



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI  
I KONSUMENTÓW**

**DELEGATURA W BYDGOSZCZY**  
ul. Długa 47; 85-034 Bydgoszcz  
Tel. 52-345-56-44, Fax 52-345-56-17,  
E-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, dnia 31 grudnia 2014r.

Znak: RBG-410-01/14/AS

**DECYZJA Nr RBG – 47/2014**

- I.** Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy – po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

– 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie porozumienia pomiędzy **Katarzyną Rafałko** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą GARDEN-COM w Białymstoku, **Jackiem Zarzeckim** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe w Białymstoku oraz **TOP 2001 Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Białymstoku na krajowym rynku świadczenia usług sprzątania pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych w ramach przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, **polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 26 czerwca 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 z późn. 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:

1. Katarzynę Rafałko prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Katarzyna Rafałko GARDEN-COM w Białymstoku w wysokości **29.996,00 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych)**,

2. Jacka Zarzeckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Jacek Zarzecki w Białymstoku w wysokości **54.246,00 zł (słownie: pięćdziesiąt cztery tysiące dwieście czterdzieści sześć złotych),**
3. TOP 2001 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w wysokości **134.263,00 zł (słownie: sto trzydzieści cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt trzy złote),**

#### **płatne do budżetu państwa.**

**III.** Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 j.t.) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

#### **obciąża się kosztami opisanego na wstępie postępowania:**

1. Katarzynę Rafałko prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Katarzyna Rafałko GARDEN-COM w Białymstoku w wysokości **26,60 zł (słownie: dwadzieścia sześć złotych 60/100),**
2. Jacka Zarzeckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Jacek Zarzecki w Białymstoku w wysokości **26,60 zł (słownie: dwadzieścia sześć złotych 60/100),**
3. TOP 2001 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w wysokości **26,60 zł (słownie: dwadzieścia sześć złotych 60/100),**

oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **w terminie 14 dni** od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

### **UZASADNIENIE**

Dnia 13 stycznia 2014r., na skutek zawiadomienia Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy zachowania przedsiębiorców działających na krajowym rynku świadczenia usług oczyszczania, sprzątnięcia i koszenia miejsc publicznych, naruszają przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W toku postępowania wyjaśniającego uzyskano informacje odnośnie przebiegu przetargów organizowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, a także przeprowadzono kontrole u przedsiębiorców TOP 2001 Sp. z o.o. oraz Jacka Zarzeckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Jacek Zarzecki w Białymstoku. Pozyskane informacje dały podstawę do przyjęcia, iż w opisanym sprawie mogło dojść do naruszenia przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (**dalej: uokik**) uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego. Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (**dalej: Prezes UOKiK lub organ antymonopolowy**)

postanowieniem nr RBG – 193/2014 **wszczał dnia 12 września 2014r. postępowanie antymonopolowe** w związku z podejrzeniem zawarcia **porozumienia ograniczającego konkurencję** pomiędzy **Katarzyną Rafałko** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Katarzyna Rafałko GARDEN-COM w Białymstoku (**dalej: Katarzyna Rafałko**), **Jackiem Zarzeckim** prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Jacek Zarzecki w Białymstoku (**dalej: Jacek Zarzecki**) i **TOP 2001 Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Białymstoku (**dalej: TOP 2001**) na krajowym rynku świadczenia usług sprzątnięcia pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych w ramach przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, **polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności cen**, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Postanowieniem tym zaliczono także w poczet dowodów dokumenty uzyskane w postępowaniu wyjaśniającym, w tym m. in. Protokół z kontroli przeprowadzonej u Jacka Zarzeckiego oraz w spółce TOP 2001 Sp. z o.o. wraz z dokumentami pozyskanymi w toku tych kontroli.

Następnie, postanowieniem nr RBG-228/2014 z dnia 26 listopada 2014r. zaliczono w poczet materiału dowodowego dokumenty nadesłane w toku postępowania wyjaśniającego przez Miasto Białystok.

Prezes UOKiK poinformował strony o prawie złożenia końcowego oświadczenia i zapoznania się z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy pismem z dnia 9 grudnia 2014r. TOP 2001 skorzystała z uprawnienia zapoznania się z materiałem dowodowym.

#### **Stanowiska Stron postępowania:**

##### **1. Katarzyna Rafałko prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Katarzyna Rafałko GARDEN-COM w Białymstoku**

Katarzyna Rafałko, w odpowiedzi na wezwanie do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów, zaprzeczyła wszystkim twierdzeniom Prezesa UOKiK przedstawionym w postanowieniu nr RBG – 193/2014 z 12 września 2014r. i wniosła o umorzenie niniejszego postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Oświadczyła, iż nie brała udziału w zмовie przetargowej. Wskazała także, iż w jej ocenie, kompleksowa analiza nie wskazywałaby na istnienie zмовy, gdyż brała ona udział w wielu przetargach, w których nie brały udziału TOP 2001 i Jacek Zarzecki. Stwierdziła ponadto, że w przetargu nr 1 zadanie 3 jej wyjaśnienia zostały uznane za wiarygodne, a w wielu zadaniach różnice cenowe pomiędzy wszystkimi złożonymi ofertami były nieznaczne. Wskazała, iż wyjaśnienia Prezesa UOKiK odnośnie mechanizmu rzekomej zмовy są w wielu miejscach sprzeczne i nielogiczne (vide: k. 724).

##### **2. Jacek Zarzecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe w Białymstoku**

Jacek Zarzecki, w odpowiedzi na wezwanie do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów, zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Prezesa UOKiK przedstawionym w postanowieniu nr RBG – 193/2014 z 12 września 2014r. i wniósł o umorzenie niniejszego postępowania z uwag na jego bezprzedmiotowość. W jego ocenie, teza o

uzgadnianiu ofert oraz o rzekomej zмовie nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym.

W odniesieniu do argumentacji Prezesa UOKiK wskazał, iż *organ antymonopolowy dokonał jedynie fragmentarycznej analizy jego działalności. Gruntowna analiza innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego spowodowałaby inne wnioski. Poinformował, iż uczestniczy w licznych przetargach, w których startują różni wykonawcy z różnym wynikiem. Wskazał, iż Prezes UOKiK wyprowadza wnioski ze szczegółowych i indywidualnych danych – tymczasem:*

- a) Katarzyna Rafalko składała oferty także w innych postępowaniach niż te, w których jednocześnie ofertę złożył Jacek Zarzecki,*
- b) oferty Katarzyny Rafalko były tańsze także od ofert przedstawionych przez innych oferentów,*
- c) w zadaniu nr 3 w przetargu nr 1 Katarzyna Rafalko nie powołuje się na rażąco niską cenę (mimo iż w zadaniu tym – poza nią, złożyły oferty TOP 2001 i Jacek Zarzecki), a wyjaśnienia Katarzyny Rafalko zostały uznane za wiarygodne przez GDDKiA,*
- d) w zadaniu nr 8 w przetargu nr 1 Katarzyna Rafalko oraz P. U.K. Sp. z o.o. zaoferowały tę samą cenę (podobnie PUK i TOP 2001 w zadaniu nr 12), a w wielu zadaniach różnice cenowe pomiędzy wszystkimi złożonymi ofertami były nieznaczące,*
- e) w zadaniu nr 2 w przetargu nr 3, gdyby mechanizm rzekomej zмовy miał rzeczywiście działać, to Katarzyna Rafalko powinna była zgodnie z przyjętym tokiem rozumowania zrezygnować z zamówienia na rzecz TOP 2001; analogiczna sytuacja miała miejsce w zadaniach nr 2 oraz nr 3 w przetargu nr 4;*
- f) w zadaniu nr 13 oraz nr 14 w przetargu nr 1 Katarzyna Rafalko uznała swoją cenę za rażąco niską, mimo, iż „beneficjentem” tego oświadczenia nie był żaden z uczestników niniejszego postępowania, ale PHU K.Z. i T.-H.; analogiczna sytuacja wystąpiła w zadaniach nr 15 i 16; analogicznie w przypadku zadania nr 13 w przetargu nr 2 na rezygnacji skorzystało P.G.K. Sp. z o.o. w G.*

W świetle powyższego, Jacek Zarzecki oświadczył, iż twierdzenia o rzekomej zмовie przetargowej pomiędzy uczestnikami niniejszego postępowania uważa za nieuzasadnione. Teza o istnieniu niedozwolonego porozumienia *nie znajduje oparcia w faktach i jest oparta na wyciąganiu wniosków z kilku jednostkowych i całkowicie przypadkowych zbiegów okoliczności* (vide: k. 721-722).

### **3. TOP 2001 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku**

TOP 2001 wniósł o umorzenie niniejszego postępowania jako bezprzedmiotowego oraz zaprzeczył wszelkim twierdzeniom przedstawionym w postanowieniu nr RBG-193/2014 z 12 września 2014r. Zdaniem Spółki teza, iż pomiędzy uczestnikami tego postępowania doszło do porozumienia przetargowego nie znajduje potwierdzenia w materiałach postępowania.

Strona, w odniesieniu do argumentacji przedstawionej przez Prezesa UOKiK wskazała, iż:

- a. przedmiotem badania ze strony Prezesa UOKiK był jedynie wycinek działalności firmy Top 2001 (i zapewne wycinek działalności pozostałych firm, którym zarzucano udział w zмовie przetargowej) – a gdyby Prezes UOKiK gruntownie przeanalizował również inne przetargi, to z pewnością nie doszedłby do wniosków takich, jak zaprezentowane w przedmiotowym postanowieniu: firma TOP 2001 uczestniczy w wielu przetargach, w których startują liczni wykonawcy, z najróżniejszym skutkiem,*

- b. Prezes UOKiK wyprowadza daleko idące wnioski z bardzo szczegółowych i indywidualnych danych – tymczasem:
- i. nie jest prawdą, by GARDEN-COM składał oferty wyłącznie w tych zadaniach, w których jednocześnie oferty złożył TOP 2001 oraz PHU Jacek Zarzecki (vide zadanie nr 13 – 17 w przetargu nr 1, zadanie nr 12, 20, 21, 22 w przetargu nr 2),
  - ii. firma GARDEN-COM była tańsza także od innych oferentów (np.: zadanie nr 4 w przetargu nr 1), co może wskazywać na agresywną politykę cenową tej firmy (chyba że Prezes UOKiK uzna, że doszło do zмовy ze wszystkimi ofertami w zakresie zadania nr 4 w przetargu nr 1 i innych),
  - iii. co więcej, w zadaniu nr 8 w przetargu nr 1 GARDEN-COM oraz P.U.K. Spółka z o.o. w E. zaoferowały tę samą cenę (podobnie PUK i TOP 2001 w zadaniu nr 12), a w wielu zadaniach różnice pomiędzy wszystkimi poszczególnymi oferentami były niewielkie,
  - iv. przeciwko istnieniu zarzucanej zмовy przemawia, na przykład, sytuacja w zadaniu nr 3 w przetargu nr 1 – gdzie GARDEN-COM nie powołuje się na rażąco niską cenę ( mimo iż w zakresie zadania nr 3 złożono wyłącznie oferty TOP 2001, PHU Jacek Zarzecki i GARDEN-COM), a wyjaśnienia GARDEN-COM zostają uznane przez GDDKiA za wiarygodne, a oferta wybrana jako najkorzystniejsza,
  - v. tak samo w zadaniu nr 2 w przetargu nr 3 – gdyby „mechanizm zмовy”, jak to opisuje Prezes UOKiK miał konsekwentnie zadziałać, to dlaczego GARDEN-COM nie „zrezygnowała” z zamówienia na rzecz TOP 2001 (tak samo w zadaniach nr 2 oraz nr 3 w przetargu nr 4),
  - vi. dalej, w zadaniu nr 13 oraz nr 14 w przetargu nr 1 – GARDEN-COM uznała swoją cenę za rażąco niską, mimo iż „beneficjentem” świadczenia nie był żaden z podmiotów, którym zarzuca się zмовę, ale PHU K.Z. i T.-H. (podobnie w zadaniach nr 15, 16),
  - vii. podobnie, „beneficjentem” w przypadku zadania nr 13 w przetargu nr 2 było P.G.K. Sp. z o.o. w G.

Powyższe okoliczności, w ocenie TOP 2001, przeczą tezie o rzekomej zмовie przetargowej, a z kilku jednostkowych, przypadkowych, faktów usiłuje się zbudować ogólny wniosek o rzekomym niedozwolonym porozumieniu. Wniosek taki zaś trąci brakiem logiki (szczególnie w przypadku, gdy GARDEN-COM miała zrezygnować z wadium w kwocie (...) zł (prawdopodobnie po zapoznaniu się z realiami szczególnie ciężkiej realizacji – obwodnica Mrągowa), w sytuacji gdy nie wybrano żadnego innego wykonawcy (zamawiający nie miał tego obowiązku) – jaki interes miałby GARDEN-COM w ryzykowaniu tak dużą kwotą).

## **Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:**

### **I. Przedsiębiorcy**

**1. Katarzyna Rafalko prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Katarzyna Rafalko GARDEN-COM w Białymstoku.** Wpisana jest do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, z którego to wpisu wynika, iż rozpoczęła ona wykonywanie działalności gospodarczej 10 grudnia 2008 roku, a przeważająca działalność gospodarcza, jaką prowadzi to działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. Startuje ona w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie działek gminnych, odśnieżanie i usuwanie śliskości, letnie i zimowe

oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, oczyszczanie ścieżek rowerowych, opróżnianie śmietniczek, wykonywanie nasadzeń roślin i ich pielęgnacja itp.

Prezes UOKiK ustalił także, że Katarzyna Rafałko dnia 15 marca 2013r. udzieliła pełnomocnictwa swojemu mężowi, K.R. jako współpracownikowi o szerokim zakresie, m. in. do podpisywania w jej imieniu dokumentów, umów, formularzy ofertowych, zaciągania zobowiązań oraz reprezentowania jej we wszystkich przetargach, negocjacjach i zapytaniach ofertowych na dostawy i usługi (vide: k. 538).

Ponadto, Prezes UOKiK ustalił, iż zgodnie z umową najmu z dnia 2 stycznia 2012r. **Katarzyna Rafałko wynajmuje od TOP 2001** przy ul. Octowej 4C w Białymstoku lokal użytkowy oraz część placu o powierzchni ok. 1000 mkw (vide: k. 533-536).

**2. Jacek Zarzecki prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Jacek Zarzecki Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe w Białymstoku.** Wpisany jest do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, z którego to wpisu wynika, iż rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej 17 kwietnia 2001 roku. Przeważająca działalność gospodarcza, jaką wykonuje to działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. Startuje on w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie działek gminnych, odśnieżanie i usuwanie śliskości, letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, oczyszczanie ścieżek rowerowych, opróżnianie śmietniczek, wykonywanie nasadzeń roślin i ich pielęgnacja itp.

Ponadto, Prezes UOKiK ustalił, iż zgodnie z umową najmu z dnia 1 sierpnia 2011r. **Jacek Zarzecki wynajmuje od TOP 2001** przy ul. Octowej 4C w Białymstoku lokal użytkowy oraz część placu o powierzchni ok. 1000 mkw (vide: k. 375-377).

**3. TOP 2001 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku** jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000002195, prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Białymstoku XII Wydział Gospodarczy KRS. Zgodnie z wpisem, przedmiotem działalności Spółki jest m.in. specjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych. Spółka startuje w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie działek gminnych, odśnieżanie i usuwanie śliskości, letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, oczyszczanie ścieżek rowerowych, opróżnianie śmietniczek, wykonywanie nasadzeń roślin i ich pielęgnacja itp.

## **II. Uwarunkowania prawne istotne w niniejszym postępowaniu**

### ***Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad***

Podstawowym aktem prawnym dotyczącym administrowania drogami publicznymi jest ustawa z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 260, j.t. ze zm.).

Zgodnie z przepisem art. 18 tej ustawy centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach dróg krajowych jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, do którego należy wykonywanie zadań zarządcy dróg krajowych i realizacja budżetu państwa w zakresie dróg krajowych. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad realizuje swoje zadania przy pomocy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (**dalej: GDDKiA lub Zamawiający**), która również wykonuje zadania zarządu

dróg krajowych. W skład GDDKiA wchodzi oddziały w województwach (art. 18a ust. 1 i 2 w/w ustawy).

Do zadań GDDKiA jako zarządcy, należą sprawy związane z budową, przebudową, utrzymaniem i ochroną wszystkich dróg krajowych oraz mostów na tych drogach, a więc m.in. utrzymanie czystości i porządku, w tym koszenie rowów i poboczy, wycinka krzewów i drzew, zimowe utrzymanie dróg i naprawy cząstkowe, a także utrzymanie przepustów, chodników i mostów. Ponadto do obowiązków zarządcy drogi należy koszenie pasa drogowego, utrzymanie zieleni przydrożnej, utrzymanie w czystości pasa drogowego: zamiatanie jezdni, zbieranie śmieci, usuwanie chwastów itp.<sup>1</sup>

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad dysponuje swoim Oddziałem w Olsztynie, który administruje siecią dróg krajowych o łącznej długości 1297,519 km i obejmuje swoim zasięgiem obszar województwa warmińsko – mazurskiego. W skład Oddziału w Olsztynie wchodzi następujące komórki organizacyjne: 11 wydziałów, 6 samodzielnych stanowisk i 7 rejonów pełniących na swoim terenie podstawowe zadania Oddziału w Olsztynie.<sup>2</sup>

GDDKiA w coraz większym stopniu zleca utrzymanie dróg firmom zewnętrznym, co odbywa się w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

### ***Zasady udzielania zamówień publicznych***

Zasady udzielania zamówień publicznych oraz postępowanie o udzielenie zamówienia regulują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907, j.t. ze zm.; **dalej: pzp**).

Przepis art. 32 ust. 1 pzp stanowi, że podstawą udzielenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy **lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem** (art. 34 ust. 1 pkt 1 pzp).

Zgodnie z przepisem art. 86 ust. 1, 2 i 3 pzp z zawartością ofert nie można się zapoznać przed upływem terminu otwarcia ofert. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania z tym, że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Następnie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na wyjaśnienia GDDKiA z dnia 28 listopada 2014r., z których wynika, iż jeśli cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację danego zadania to, Zamawiający ma prawo zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Czynnikiem decydującym

---

<sup>1</sup> Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 17 maja 2012r. na interpelację nr 4104 pana posła Dariusza Jońskiego, przesłaną w piśmie z dnia 24.04.2012r. (znak SPS-023-4104/12) w sprawie utrzymania czystości na terenach przyległych do dróg i torowisk kolejowych z uwzględnieniem rejonów szczególnie eksponowanych podczas trwania Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA Euro 2012, [www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=5729B817](http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=5729B817);

<sup>2</sup> <http://www.gddkia.gov.pl/pl/411/o-oddziale>;

o ewentualnym zwiększeniu kwoty jest posiadanie wystarczających środków finansowych w budżecie Oddziału (vide: k. 1007). Oferenci zatem do końca nie wiedzą, czy najkorzystniejsza oferta zostanie zaakceptowana.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 pzp). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust.2 pzp). Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust.3 pzp).

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 94 ust. 3 jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Przepis ten ma zatem charakter fakultatywny i nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wyboru kolejnej oferty.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 5 i 6 pzp jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen wyższych, niż zaoferowane w złożonych ofertach.

Stosownie zaś do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5 pzp zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie.

### **III. Przebieg przetargów organizowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie zorganizowała cztery przetargi w następujących zakresach:

- 1) sprzątania pasów drogowych, ulic i parkingów w ciągach dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie (podział na 30 zadań), **dalej jako przetarg nr 1,**
- 2) koszenia pasów drogowych dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie z podziałem na 22 zadania, **dalej jako przetarg nr 2,**
- 3) koszenia pasów drogowych dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie Rejon w Elblągu z podziałem na 3 zadania, **dalej jako przetarg nr 3,**
- 4) koszenia pasów drogowych dróg krajowych nr 16, 59, 59b i 63 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie Rejon w Giżycku z podziałem na 3 zadania, **dalej jako przetarg nr 4.**



Oferty w pierwszym z w/w przetargów złożyły m.in. następujące firmy:

- a) TOP 2001 – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12;
- b) Jacek Zarzecki – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12;
- c) Katarzyna Rafałko – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17.

W przetargu nr 1 obowiązywało jedno kryterium wyboru – tj. kryterium ceny. **Otwarcie ofert nastąpiło 2 kwietnia 2013r. o godz. 11:15 w siedzibie Zamawiającego w Olsztynie.** Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców.

Poniższe tabele pokazują przebieg przetargów na poszczególne zadania, w których startowało co najmniej dwóch uczestników porozumienia. Ustaleń, zawartych w poszczególnych tabelach, dokonano na podstawie protokołu z przebiegu przetargu nr 1 przedłożonego przez GDDKiA (vide: k. 34-45v).

**Tabela nr 1.**

***Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 57.153,23 zł***

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	TOP 2001	(...)
3.	Jacek Zarzecki	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż odstąpienie Katarzyny Rafałko w tym przypadku byłoby niecelowe, gdyż cena zaproponowana przez nią przewyższała już kwotę, jaką GDDKiA przeznaczyła na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania. Jest możliwe dopuszczenie jedynie najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, tylko wtedy, gdy ten może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. GDDKiA ma możliwość zaakceptowania wyższej od planowanej najkorzystniejszej oferty, jeśli pozwala na to budżet rejonu lub oddziału GDDKiA (vide: k. 1007).

W związku z powyższym GDDKiA podpisało z Katarzyną Rafałko umowę na wykonanie tego zadania dnia 6 maja 2013r.

**Tabela nr 2.**

***Zadanie nr 4 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 89.594,51 zł***

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)

2.	P. B. FHU (...)	(...)
3.	J. S.	(...)
4.	<b>TOP 2001</b>	(...)
5.	W. O. O (....)	(...)
6.	A. D.	(...)
7.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
8.	B. W.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 6 maja 2013r.

Z powyższego wynika, iż dwaj pozostali uczestnicy porozumienia byli na dalszych pozycjach, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

### Tabela nr 3.

#### Zadanie nr 5 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 115.071,89 zł

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
2.	<b>TOP 2001</b>	(...)
3.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
4.	P. B.	(...)
5.	P.G.K. Sp. z o.o.	(...)

W niniejszym zadaniu najkorzystniejszą ofertę złożyła Katarzyna Rafałko, po niej TOP 2001 a następnie Jacek Zarzecki. Katarzyna Rafałko w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013r. (vide: k. 14), zaś TOP 2001 w piśmie z dnia 25 kwietnia 2013r. (vide: k. 15) złożyli oświadczenia

o rażąco niskiej cenie, co spowodowało odrzucenie ich ofert przez Zamawiającego. Zauważyć należy, iż oświadczenia te zostały złożone przez przedsiębiorców już po otwarciu ofert.

Ponadto ustalono, iż Katarzyna Rafałko złożyła takie oświadczenie także odnośnie zadania nr 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, zaś TOP 2001 odnośnie zadań nr 10 i 11.

W związku z powyższym, przetarg wygrał Jacek Zarzecki, którego oferta, po odrzuceniu ofert Katarzyny Rafałko i TOP 2001, zawierała najniższą cenę. Umowa z nim została podpisana dnia 13 maja 2013r.

### Tabela nr 4

#### Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego Katarzyny Rafałko z zadania nr 3, 4 i 5 w przetargu nr 1

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Zadanie nr	Ilość jednostek	Cena jedn. w zł	Wartość w zł
<b>I sprzątanie – wiosenne</b> Sprzątanie pasa drogowego bez nawierzchni utwardzonych	3	170,37 km	(...)	(...)
	4	161,15 km	(...)	(...)
	5	123,61 km	(...)	(...)
<b>I sprzątanie – wiosenne</b>	3	71,22 km	(...)	(...)

Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	4	43,34 km	(...)	(...)
	5	29,89 km	(...)	(...)
<b>II sprzątanie – jesienne</b>	3	170,37 km	(...)	(...)
Sprzątanie pasa drogowego bez nawierzchni utwardzonych	4	161,15 km	(...)	(...)
	5	124,39 km	(...)	(...)
<b>II sprzątanie – jesienne</b>	3	33115,2 mkw	(...)	(...)
Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	4	48.096,8 mkw	(...)	(...)
	5	41.511,4 mkw	(...)	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez Katarzynę Rafałko, vide: k. 82-83;

Z powyższego wynika, iż cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego Katarzyny Rafałko pochodzącej z zadania nr 5 w każdej usłudze była wyższa, niż w zadaniach nr 3 i 4, w których to zadaniach Katarzyna Rafałko nie złożyła oświadczenia o rażąco niskiej cenie.

#### Tabela nr 5

#### Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego TOP 2001 z zadania nr 3, 4 i 5 w przetargu nr 1

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Zadanie nr	Ilość jednostek	Cena jedn. w zł	Wartość w zł
<b>I sprzątanie – wiosenne</b> Sprzątanie pasa drogowego bez nawierzchni utwardzonych	3	170,37 km	(...)	(...)
	4	161,15 km	(...)	(...)
	5	123,61 km	(...)	(...)
<b>I sprzątanie – wiosenne</b> Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	71,22 km	(...)	(...)
	4	43,34 km	(...)	(...)
	5	29,89 km	(...)	(...)
<b>II sprzątanie – jesienne</b> Sprzątanie pasa drogowego bez nawierzchni utwardzonych	3	170,37 km	(...)	(...)
	4	161,15 km	(...)	(...)
	5	124,39 km	(...)	(...)
<b>II sprzątanie – jesienne</b> Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	33115,2 mkw	(...)	(...)
	4	48.096,8 mkw	(...)	(...)
	5	41.511,4 mkw	(...)	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez TOP 2001, vide: k. 97-98;

Z powyższego wynika, iż cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego TOP 2001 pochodzącej z zadania nr 5 w każdej usłudze była wyższa, niż w zadaniach nr 3 i 4, w których to zadaniach TOP 2001 nie złożył oświadczenia o rażąco niskiej cenie. Jedynie w II sprzątaniu jesiennym odnośnie sprzątania nawierzchni utwardzonych i ścieków cena jednostkowa w zadaniu nr 5 była taka sama jak w zadaniu nr 3.

Wskazać w tym miejscu należy, iż z wyjaśnień GDDKiA wynika, że zadania nr 3, 4 i 5 obejmowały obszar Rejonu w Ełku, a więc odległości od siedziby wykonawcy do miejsca wykonywania czynności dla poszczególnych zadań była bardzo zbliżona. Natomiast zakres czynności do wykonania był ten sam i obejmował utrzymanie czystości dróg krajowych (vide: pismo GDDKiA z 05.12.2014r., k. 1130).

#### Tabela nr 6.

**Zadanie nr 6 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 98.711,87 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
2.	P.B.	(...)
3.	J. S.	(...)
4.	W.O.	(...)
5.	<b>TOP 2001</b>	(...)
6.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 6 maja 2013r.

Z powyższego wynika, iż dwaj pozostali uczestnicy porozumienia byli na dalszych pozycjach, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

**Tabela nr 7.**

**Zadanie nr 7 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 93.530,14 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	P.U.K. Sp. z o.o.	(...)
2.	P. B.	(...)
3.	J. S.	(...)
4.	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
5.	B. K.	(...)
6.	<b>TOP 2001</b>	(...)
7.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)

Przetarg ten wygrała spółka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Elku. Umowa z nią została podpisana dnia 6 maja 2013r.

**Tabela nr 8.**

**Zadanie nr 8 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 47.685,56 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o.	(...)
2.	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
3.	<b>TOP 2001</b>	(...)
4.	P.B.	(...)
5.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
6.	B.K.	(...)

Przetarg na zadanie nr 8 unieważniono. Katarzyna Rafałko oraz P.U.K. Sp. z o.o. zaoferowały taką samą cenę. GDDKiA wezwało przedsiębiorców do złożenia dodatkowej

oferty (art. 91 ust. 5 i 6 pzp). Dodatkowa oferta obu przedsiębiorców ponownie zawierała tą samą cenę, stąd postępowanie to zostało unieważnione przez Zamawiającego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp.

**Tabela nr 9.**

***Zadanie nr 9 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 37.773,65 zł***

<b>Lp.</b>	<b>Nazwa przedsiębiorcy</b>	<b>Cena brutto oferty</b>
<b>1.</b>	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
2.	P. B.	(...)
<b>3.</b>	<b>TOP 2001</b>	(...)
4.	J. S.	(...)
<b>5.</b>	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
6.	B. K.	(...)
7.	W. O.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 13 maja 2013r.

Z powyższego wynika, iż dwaj pozostali uczestnicy porozumienia byli na dalszych pozycjach, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

**Tabela nr 10.**

***Zadanie nr 10 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 67.779,69 zł***

<b>Lp.</b>	<b>Nazwa przedsiębiorcy</b>	<b>Cena brutto oferty</b>
<b>1.</b>	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
<b>2.</b>	<b>TOP 2001</b>	(...)
<b>3.</b>	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
4.	P. G. K. Sp. z o.o.	(...)

W niniejszym zadaniu oferty Katarzyny Rafałko i TOP 2001 zostały odrzucone z uwagi na złożenie przez tych przedsiębiorców oświadczeń o rażąco niskiej cenie ich oferty, jak w zadaniu 5.

Katarzyna Rafałko złożyła takie oświadczenie odnośnie zadania nr 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, zaś TOP 2001 odnośnie zadań nr 5, 10 i 11.

W związku z powyższym, przetarg wygrany został przez Jacka Zarzeckiego, a umowa została z nim podpisana została 13 maja 2013r.

**Tabela nr 11.**

**Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego Katarzyny Rafałko z zadania nr 8, 9, 10 i 12 w przetargu nr 1**

Wyszczególnienie czynności		Ilość mkw	Cena jedn. Netto w zł	Wartość jednorazowego sprzątnia netto	Krotność sprzątnia w roku	Wartość robót netto w zł
Usuwanie piasku, błota i wszelkich innych nieczystości komunalnych (...)	Zadanie 6	22643,5	(...)	(...)	66	(...)
	Zadanie 7	18512	(...)	(...)	66	(...)
	Zadanie 8	7680	(...)	(...)	56	(...)
	Zadanie 9	5019	(...)	(...)	64	(...)
	<b>Zadanie 10</b>	<b>4729,5</b>	(...)	(...)	<b>40</b>	(...)
	Zadanie 12	8512	(...)	(...)	13	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez Katarzynę Rafałko, vide: k. 83v-85v, 86v;

Z powyższej tabeli wynika, iż cena jednostkowa za w/w czynności w zadaniach nr 6, 7, 8, 9 i 12 była znacznie niższa niż w zadaniu nr 10, a mimo to, Katarzyna Rafałko nie złożyła tam oświadczenia o rażąco niskiej cenie. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż na ustalenie ceny jednostkowej za w/w usługę nie miała największego wpływu krotność sprzątnia w ciągu roku, gdyż w zadaniu nr 12 ilość wykonywanych sprzątań była najmniejsza, co nie zostało odzwierciedlone w cenie.

W tym miejscu należy zauważyć, iż w piśmie z dnia 25 kwietnia 2013r., w którym Katarzyna Rafałko przedstawiła wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 9 przetargu nr 1 wskazała ona, iż *oferta wybrana w zadaniu nr 6 charakteryzowała się ceną jednostkową (...) zł za mkw a wyjaśniana cena to (...) zł za mkw przy wykonywaniu takiego samego zadania*. Podniosła też, iż Zamawiający wobec tego nie ma podstaw żądania dalszych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo wyjaśniła, że koszty pracownicze w jej przedsiębiorstwie są niskie, gdyż korzysta z umów o dzieło, co daje gwarancję opłacalnego poziomu poniesienia kosztów pracowniczych w stosunku do wykonywanego zadania, wykonuje i będzie wykonywać dużo zamówień w tym okręgu, a więc zminimalizuje tym samym koszty dojazdu do koniecznego minimum, realizując kilka zadań przy jednokrotnym wyjeździe, posiada dużą ilość sprzętu i może pozwolić sobie na pozostawienie go na miejscu. Poinformowała także, iż koszty zbierania, wywozu i opłaty na wysypisku są bardzo niskie, a założony zysk firmy plasuje się na przyzwoitym poziomie w stosunku do okresu, w jakim znajduje się polska gospodarka. Zwróciła ona także uwagę na fakt, że inni wykonawcy oferują ceny o 60-70% mniejsze od wartości ceny szacunkowej zamawiającego (vide: k. 1013).

**Tabela nr 12.**

**Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego TOP 2001 z zadania nr 6, 7, 8, 9, 10 i 12 w przetargu nr 1**

Wyszczególnienie		Ilość	Cena	Wartość	Krotność	Wartość
------------------	--	-------	------	---------	----------	---------

czynności		mkw	jedn. Netto w zł	jednorazowego sprzątania netto	sprzątania w roku	robót netto w zł
Usuwanie piasku, błota i wszelkich innych nieczystości komunalnych (...)	Zadanie 6	22.634,5	(...)	(...)	66	(...)
	Zadanie 7	18512	(...)	(...)	66	(...)
	Zadanie 8	7680	(...)	(...)	56	(...)
	Zadanie 9	5019	(...)	(...)	64	(...)
	<b>Zadanie 10</b>	<b>4729,5</b>	(...)	(...)	<b>40</b>	(...)
	Zadanie 12	8512	(...)	(...)	13	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez TOP 2001, vide: k. 98v-100v, 101v;

Z powyższej tabeli wynika, iż cena jednostkowa za w/w czynności w zadaniach nr 6, 7, 8, 9 i 12 była znacznie niższa, niż w zadaniu nr 10, a mimo to, spółka TOP 2001 nie złożyła tam oświadczenia o rażąco niskiej cenie. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż na ustalenie ceny jednostkowej za w/w usługę nie miała największego wpływu krotność sprzątania w ciągu roku, gdyż w zadaniu nr 12 ilość wykonywanych sprzątań była najmniejsza, co nie zostało odzwierciedlone w cenie.

Zauważyć trzeba, iż z wyjaśnień GDDKiA wynika, że zadania nr 6-12 obejmują obszar Rejonu w Ełku, a więc odległość od siedziby wykonawcy do miejsca wykonywania czynności dla poszczególnych zadań jest bardzo zbliżona (vide: pismo GDDKiA z 05.12.2014r., k. 1130). Natomiast zakres czynności do wykonania był ten sam, a obejmował zamiatanie nawierzchni parkingów oraz ulic w miastach.

Ponadto, wskazać należy, iż w ocenie GDDKiA Oddział w Olsztynie, żadne z zadań przetargu nr 1 nie było szczególnie trudne do wykonania, a ustalenie cen zależy w głównej mierze od organizacji pracy wykonawcy (vide: pismo GDDKiA z dnia 5.12.2014r., k. 1130-1130v.).

### Tabela nr 13.

#### Zadanie nr 11 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 113.167,14 zł

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	TOP 2001	(...)
3.	Jacek Zarzecki	(...)
4.	P.G.K. Sp. z o.o.	(...)

W niniejszym zadaniu oferty Katarzyny Rafałko i TOP 2001 zostały odrzucone z uwagi na złożenie przez tych przedsiębiorców oświadczeń o rażąco niskiej cenie ich oferty, jak w zadaniu 5 i 10.

Katarzyna Rafałko złożyła takie oświadczenie odnośnie zadania nr 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, zaś TOP 2001 odnośnie zadań nr 5, 10 i 11.

W związku z powyższym, przetarg wygrany został przez Jacka Zarzeckiego, a umowa została z nim podpisana została 13 maja 2013r.

#### Tabela nr 14.

**Zadanie nr 12 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 12.269,10 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	P.U.K. Sp. z o.o.	(...)
3.	P.G.K. Sp. z o.o. w O.	(...)
4.	TOP 2001	(...)
5.	B.K.	(...)
6.	Jacek Zarzecki	(...)
7.	P.G. K. Sp. z o.o. w G.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 6 maja 2013r.

Z powyższego wynika, iż dwaj pozostali uczestnicy porozumienia byli na dalszych pozycjach, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

Katarzyna Rafałko startowała jeszcze w przetargu na zadanie nr 13, 14, 15, 16, 17. W przetargach tych nie brali udziału Jacek Zarzecki i TOP.

W zadaniu 13, 14, 15 i 16 złożona przez nią oferta była najkorzystniejsza, natomiast w zadaniu nr 17 jej oferta była druga z kolei pod względem ceny. Jednakże we wszystkich tych zadaniach, tj. 13, 14, 15, 16 i 17 Katarzyna Rafałko została wezwana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odpowiedzi na które złożyła oświadczenie o rażąco niskiej cenie swojej oferty na poszczególne zadania.

#### **Ad 2) Oferty w drugim z w/w przetargów złożyły m.in. następujące firmy:**

- a) TOP 2001 – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 13, 19, 20, 21, 22;
- b) Jacek Zarzecki – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 12, 13, 14, 15, 16;
- c) Katarzyna Rafałko – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 12, 13, 14, 15, 16.

W przetargu obowiązywało jedno kryterium wyboru ofert – tj. kryterium ceny. **Otwarcie ofert nastąpiło 7 maja 2013r. o godz. 11:15 w siedzibie Zamawiającego w Olsztynie.** Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców.



Poniższe tabele pokazują przebieg przetargów na poszczególne zadania, w których startowało co najmniej dwóch uczestników porozumienia. Ustaleń dokonano na podstawie protokołu z przebiegu przetargu nr 2 przedłożonego przez GDDKiA (vide: k. 122-128v).

**Tabela nr 15.**

**Zadanie nr 11 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 285.661,66 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	s.c. L. P. Z.	(...)
<b>2.</b>	<b>Katarzyna Rafalko</b>	(...)
<b>3.</b>	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
<b>4.</b>	<b>TOP 2001</b>	(...)
5.	P. S.	(...)

Katarzyna Rafalko, wezwana do wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny swojej oferty złożonej w przedmiotowym przetargu, pismem z dnia 20 maja 2013r. wyjaśniła, iż po analizie czynników cenotwórczych i po wykryciu błędu obrachunkowego przy kalkulacji w zadaniu nr 11 i 13 **uznała zaproponowane ceny za znacznie odbiegające od cen, które Zamawiający miał przeznaczyć na realizację tych zadań, uznając je tym samym za rażąco niskie.** W jej ocenie, realizacja w/w zadań w takich cenach nie gwarantowałyby ich prawidłowego wykonania (vide: k. 16).

Niezależnie od powyższego, przetarg wygrała s. c. L.P., Z..

**Tabela nr 16.**

**Zadanie nr 12 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 204.940,99 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	M. S.	(...)
2.	P. B.	(...)
<b>3.</b>	<b>Katarzyna Rafalko</b>	(...)
4.	Z.U. P.	(...)
5.	J. S.	(...)
<b>6.</b>	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)

Przetarg na to zadanie wygrał pan M. S. prowadzący U.K. w miejscowości B.P., a umowa z nim została podpisana dnia 3 czerwca 2013r.

**Tabela nr 17.**

**Zadanie nr 13 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 368.907,93 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	<b>Katarzyna Rafalko</b>	(...)
2.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
3.	s.c.L. P., Z.	(...)
4.	P.G.K. Sp. z o.o.	(...)
5.	<b>TOP 2001</b>	(...)
6.	P. S.	(...)

Katarzyna Rafalko, wezwana do wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny swojej oferty złożonej w przedmiotowym przetargu, pismem z dnia 20 maja 2013r. wyjaśniła, iż po analizie czynników cenotwórczych i po wykryciu błędu obrachunkowego przy kalkulacji w zadaniu nr 11 i 13 **uznała zaproponowane ceny za znacznie odbiegające od cen, które Zamawiający miał przeznaczyć na realizację tych zadań, uznając je tym samym za rażąco niskie.** W jej ocenie, realizacja w/w zadań w takich cenach nie gwarantowałyby ich prawidłowego wykonania.

Ponadto, Jacek Zarzecki, wezwany do tożsamyh wyjaśnień również wskazał, iż *jeszcze raz przeanalizował wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość możliwych do poniesienia kosztów związanych z wykonywaniem tego zamówienia w zadaniu nr 13 i okazało się, że zaproponowana cena w ofercie na wykonanie zadania 13 nie gwarantuje osiągnięcia dochodu i znacznie odbiegają od wartości ceny przeznaczonej przez zamawiającego na to zadanie.*

***W związku z tym cena ta nie gwarantuje prawidłowe wykonanie zadania nr 13.***

W związku z powyższym oświadczeniem o rażąco niskiej cenie obie oferty zostały przez Zamawiającego odrzucone.

Odrzucona została także oferta s.c. L.P.,Z. Przetarg wygrała spółka P.G.K. Sp. z o.o. z siedzibą w G., której oferta zawierała kolejno najniższą cenę.

**Tabela nr 18.**

**Zadanie nr 14 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 198.547,20 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	<b>Katarzyna Rafalko</b>	(...)
2.	<b>Jacek Zarzecki</b>	(...)
3.	J. S.	(...)
4.	P. S.	(...)

**Tabela nr 19.**

**Zadanie nr 15 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 152.755,20 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	Jacek Zarzecki	(...)
3.	J.D.	(...)
4.	P. S.	(...)

**Tabela nr 20.**

*Zadanie nr 16 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 232.761,60 zł*

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	Jacek Zarzecki	(...)
3.	G.W.	(...)
4.	P. S.	(...)

Po rozstrzygnięciu przetargów na zadanie nr 14, 15 i 16 Zamawiający dnia 16 maja 2013r. dokonał wyboru oferty Katarzyny Rafałko jako najkorzystniejszej na zadanie nr 14, 15 i 16. Termin podpisania umowy na zadanie 14 został wyznaczony na dzień 3 czerwca 2013r., zaś na zadania 15 i 16 na 28 maja 2013r.

Jednakże dnia 28 maja 2013r. Zamawiający otrzymał pismo z dnia 28 maja 2013r., przesłane pocztą elektroniczną, z oświadczeniem o odstąpieniu od podpisania umów na w/w zadania przez Katarzynę Rafałko. Wskazała ona w nim, że w związku z zaistnieniem nowych, wcześniej nieznanymi okoliczności, nie podpisze umowy na wykonywanie w/w usługi w zadaniach 14, 15 i 16. Wskazała również, iż równowartość wadium (obecnie w gwarancji bankowej) zastąpi gotówką w postaci przelewu prosząc o zwrot gwarancji ubezpieczeniowych w celu ułatwienia procedury. Łączna wartość wadium, jakie zostało zatrzymane od Katarzyny Rafałko z uwagi na odmowę podpisania umów w w/w zadaniach wyniosła (...) zł (vide: k. 18).

Zamawiający nie dokonał wyboru kolejnej oferty na zadanie nr 14, 15 i 16 i tym samym zamknął postępowanie. Z wyjaśnień GDDKiA zawartych w piśmie z dnia 28 listopada 2014r. wynika, iż w ocenie Zamawiającego działanie Katarzyny Rafałko, która odmówiła podpisania umowy na zadanie nr 14, 15 i 16 było celowe i miało doprowadzić do podpisania umowy z Jackiem Zarzeckim (vide: k. 1007v).

Wskazać w tym miejscu należy, iż po rezygnacji Katarzyny Rafałko, kolejną ofertą, zawierającą najkorzystniejszą cenę, we wszystkich trzech przetargach (na zadanie 14, 15 i 16) była oferta Jacka Zarzeckiego, którego cena mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. Rezygnacja Katarzyny Rafałko umożliwiłaby wygranie przetargu Jackowi Zarzeckiemu.

Informacyjnie należy także wspomnieć, iż TOP 2001 wystartował także w przetargach na zadanie nr 19, 20, 21, 22, wygrywając przetarg na zadanie 19, 21 i 22.

#### Tabela nr 21.

#### Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego Katarzyny Rafałko z zadania nr 11, 12, 13, 14, 15 i 16 w przetargu nr 2

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych		Ilość km	Ilość jedn.	Cena jedn. netto PLN	Wartość robót netto w zł
Koszenie pasa drogowego	<b>Zadanie 11</b>	<b>73,3</b>	<b>4</b>	(...)	(...)
	Zadanie 12	79,6	4	(...)	(...)
	<b>Zadanie 13</b>	<b>65,14</b>	<b>4</b>	(...)	(...)
	Zadanie 14	57,45	4	(...)	(...)
	Zadanie 15	44,2	4	(...)	(...)
	Zadanie 16	67,35	4	(...)	(...)
Koszenie poboczy	<b>Zadanie 11</b>	<b>73,3</b>	<b>2</b>	(...)	(...)
	Zadanie 12	79,6	2	(...)	(...)
	<b>Zadanie 13</b>	<b>65,14</b>	<b>2</b>	(...)	(...)
	Zadanie 14	57,45	2	(...)	(...)
	Zadanie 15	44,2	2	(...)	(...)
	Zadanie 16	67,35	2	(...)	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez Katarzynę Rafałko, vide: k. 174-179;

W tym miejscu wskazać należy, iż, w ocenie GDDKiA Oddział w Olsztynie, żadne z zadań przetargu nr 2 nie było szczególnie trudne do wykonania. Zadania nr 11-13 obejmują obszar Rejonu w Ełku, zaś zadania 14-16 obszar Rejonu w Giżycku. Zakres prac, jakie należało wykonać w ramach tych zadań był identyczny (vide: pismo GDDKiA z dnia 5.12.2014r., k. 1020).

Ceny w w/w zadaniach są porównywalne. Odległości z Białegostoku do Ełku i z Białegostoku do Giżycka są zbliżone.

Natomiast należy zwrócić uwagę, iż przy identycznych zakresach czynności do wykonania i bardzo zbliżonych odległościach w zadaniach 11-13 Katarzyna Rafałko zaproponowała identyczne stawki za koszenie pasa drogowego, przy czym w zadaniu nr 11 i 13 uznała ona, iż zaproponowana przez nią cena jest rażąco niska. Jednakże odnośnie zadania nr 12 Katarzyna Rafałko nie złożyła oświadczenia o rażąco niskiej cenie, pomimo tego, iż cena tak była taka sama jak w zadaniu 11 i 13 (jeśli chodzi o koszenie pasa

drogowego), a także taka sama jak w zadaniu nr 11 i niższa od ceny z zadania 13 (jeśli chodzi o koszenie poboczy).

Natomiast jeśli chodzi o zadania 14-16 nie wyjaśniła przyczyn rezygnacji z podpisania umowy.

**Tabela nr 22.**

**Porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego Jacka Zarzeckiego z zadania nr 11, 12, 13, 14, 15 i 16 w przetargu nr 2**

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych		Ilość km	Ilość jedn.	Cena jedn. netto PLN	Wartość robót netto w zł
Koszenie pasa drogowego	Zadanie 11	73,3	4	(...)	(...)
	Zadanie 12	79,6	4	(...)	(...)
	<b>Zadanie 13</b>	<b>65,14</b>	<b>4</b>	(...)	(...)
	Zadanie 14	57,45	4	(...)	(...)
	Zadanie 15	44,2	4	(...)	(...)
	Zadanie 16	67,35	4	(...)	(...)
Koszenie poboczy	Zadanie 11	73,3	2	(...)	(...)
	Zadanie 12	79,6	2	(...)	(...)
	<b>Zadanie 13</b>	<b>65,14</b>	<b>2</b>	(...)	(...)
	Zadanie 14	57,45	2	(...)	(...)
	Zadanie 15	44,2	2	(...)	(...)
	Zadanie 16	67,35	2	(...)	(...)

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez Jacka Zarzeckiego, vide: k. 193-198;

Podobnie sytuacja przedstawia się z cenami ofertowymi Jacka Zarzeckiego. Zadania 11-13 dotyczyły obszaru Rejonu w Ełku, a więc odległość do wykonanego zadania z siedziby przedsiębiorcy była bardzo zbliżona. Natomiast należy zwrócić uwagę, iż przy identycznych zakresach czynności do wykonania i bardzo zbliżonych odległościach w zadaniach 11-13 Jacek Zarzecki zaproponował identyczne stawki, przy czym jedynie w zadaniu nr 13 uznał on, iż zaproponowana przez niego cena jest rażąco niska.

**Ad 3) W trzecim z w/w przetargów oferty złożyły m.in. następujące firmy:**

- a) TOP 2001 – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3;
- b) Katarzyna Rafałko – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3.

W przetargu obowiązywało jedno kryterium wyboru – tj. kryterium ceny. **Otwarcie ofert nastąpiło 12 czerwca 2013r. o godz. 9:15 w siedzibie Zamawiającego GDDKiA Rejon w Elblągu.** Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców.

Poniższe tabele pokazują przebieg przetargów na poszczególne zadania, w których startowali uczestnicy porozumienia. Ustaleń dokonano na podstawie protokołu z przebiegu przetargu nr 3 przedłożonego przez GDDKiA (vide: k. 207-211v).

**Tabela nr 23.**

*Zadanie nr 1 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 152.755,20 zł*

<b>Lp.</b>	<b>Nazwa przedsiębiorcy</b>	<b>Cena brutto oferty</b>
1.	K.N.	(...)
2.	P. Z.	(...)
<b>3.</b>	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
4.	M.W.	(...)
<b>5.</b>	<b>TOP 2001</b>	(...)
6.	J. H.	(...)

Przetarg na zadanie nr 1 wygrał K.N. prowadzący PTHU A. w P. Umowa z nim została podpisana dnia 24 czerwca 2013r.

**Tabela nr 24.**

*Zadanie nr 2 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 179.992,80 zł*

<b>Lp.</b>	<b>Nazwa przedsiębiorcy</b>	<b>Cena brutto oferty</b>
<b>1.</b>	<b>Katarzyna Rafałko</b>	(...)
<b>2.</b>	<b>TOP 2001</b>	(...)
3.	J. U.	(...)

Przetarg na zadanie nr 2 wygrała Katarzyna Rafałko.

Z powyższego wynika, iż rezygnacja Katarzyny Rafałko w tym przypadku byłaby niecelowa, gdyż zarówno cena zaproponowana przez nią, jak i przez TOP 2001 przewyższała już kwotę, jaką GDDKiA zamierzała przeznaczyć na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania. Z uwagi na budżet GDDKiA zaakceptowało ofertę Katarzyny Rafałko i dnia 26 czerwca 2013r. podpisało z nią umowę (por. komentarz pod tabelą nr 1).

**Tabela nr 25.**

**Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 230.649,12 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	TOP 2001	(...)
3.	A. H.	(...)

Przetarg na zadanie nr 3 wygrała Katarzyna Rafałko.

Z powyższego wynika, iż rezygnacja Katarzyny Rafałko w tym przypadku, podobnie jak w tabeli nr 24, byłaby niecelowa, gdyż zarówno cena zaproponowana przez Katarzynę Rafałko, przewyższała już kwotę, jaką GDDKiA przeznaczyła na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania. Z uwagi na budżet GDDKiA zaakceptowało ofertę Katarzyny Rafałko i dnia 26 czerwca 2013r. podpisało z nią umowę (por. komentarz pod tabelą nr 1).

**Ad 4) Następnie, w czwartym z w/w przetargów oferty złożyły m.in.:**

- a) TOP 2001 – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3;
- b) Katarzyna Rafałko – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3.

W przetargu obowiązywało jedno kryterium wyboru – tj. kryterium ceny. **Otwarcie ofert nastąpiło 12 czerwca 2013r. o godz. 9:15 w siedzibie Zamawiającego GDDKiA Rejon w Giżycku.** Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców.

Poniższe tabele pokazują przebieg przetargów na poszczególne zadania, w których startowali uczestnicy porozumienia. Ustaleń dokonano na podstawie protokołów z przebiegu przetargu nr 4 przedłożonego przez GDDKiA (vide: k. 261-263v, 264-266v, 267-269v).

**Tabela nr 26.**

**Zadanie nr 1 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 188.619,84 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	J. S.	(...)
3.	TOP 2001	(...)
4.	J. B.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 19 czerwca 2013r.

Z powyższego wynika, iż TOP 2001 był na dalszej pozycji, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

**Tabela nr 27.**

**Zadanie nr 2 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 145.117,44 zł**

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	TOP 2001	(...)
3.	J. B.	(...)
4.	J. D.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 26 czerwca 2013r.

Z powyższego wynika, iż rezygnacja Katarzyny Rafałko w tym przypadku byłaby niecelowa, gdyż kwota, jaką zaproponowała TOP 2001 przewyższała kwotę, jaką GDDKiA przeznaczyła na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania z uwagi na art. 93 ust. 1 pkt 4 lub art. 94 ust. 3 pzp.

#### Tabela nr 28.

*Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 221.123,52 zł*

Lp.	Nazwa przedsiębiorcy	Cena brutto oferty
1.	Katarzyna Rafałko	(...)
2.	J. B.	(...)
3.	TOP 2001	(...)
4.	G. W.	(...)

Przetarg wygrała Katarzyna Rafałko. Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 26 czerwca 2013r.

Z powyższego wynika, iż TOP 2001 był na dalszej pozycji, a więc rezygnacja Katarzyny Rafałko z przetargu byłaby niecelowa.

Ponadto, wskazać należy, iż Kancelaria GDDKiA odnotowała wpływ ofert przedsiębiorców: Katarzyny Rafałko, Jacka Zarzeckiego i TOP 2001 o tej samej godzinie:

- w przetargu nr 1 wpływ wszystkich trzech ofert nastąpił dnia 2 kwietnia 2013r. o godzinie 10:24,
- w przetargu nr 2 dnia 7 maja 2013r. o godzinie 10:43,
- w przetargu nr 3 na trzy zadania oddzielnie oferty TOP 2001 wpłynęły o godz. 8:49, zaś od Katarzyny Rafałko o godz. 8:50,
- w przetargu nr 4 oferty TOP 2001 oraz Katarzyny Rafałko wpłynęły do Kancelarii GDDKiA 12 czerwca 2013r. o tej samej godzinie, tj. 8:30.

#### IV. Oświadczenia odebrane w toku kontroli

**W toku przeprowadzonej w spółce TOP 2001 kontroli odebrano także oświadczenia od Dyrektora Generalnego w osobie K. R., który zeznał, iż pracuje w TOP 2001 na stanowisku Dyrektora Generalnego od 2004r. i jest odpowiedzialny za uzyskiwanie zamówień publicznych i nadzór, z czego 90% działalności firmy to zamówienia publiczne, 10% to co wykonuje Prezes czyli szkolenia. Prezes nigdy nie ingerował w zamówienia publiczne. (...) Wszystkie przetargi staram się kontrolować na etapie wykonawstwa. Za**



przygotowanie ofert w TOP 2001 odpowiada pani B. G. **Staram się wyłączać z przetargów firmy TOP 2001 na rzecz firmy mojej żony, bo to jest bardziej opłacalne dla mnie. Jest między nami ugoda, żeby firmy konkurowały cenowo, ale żeby wspierały się wiedzą techniczną, ale jest zasada, że oferty są tajne. Nie ma wśród tych trzech firm żadnej zmywy cenowej, jest między nami współpraca w celu zmniejszenia kosztów, zlecamy jednej osobie, żeby w imieniu 3 lub 2 firm kontaktowała się z zamawiającym, to obniża koszty, można tę samą usługę zamówić za 1/3 ceny.(...). B.G. bardziej reprezentuje TOP 2001. Jacek Zarzecki i GARDEN-COM sami przygotowują oferty. Skupiam się na GARDEN-COM, bo to jest nasze życie, nasz dochód. (...). W TOP 2001 wspólnie zastanawiamy się, w jakich przetargach startować, Prezes w to nie wnika. Ja się staram startować do wszystkich zamówień, które odpowiadają terytorialnie w dziedzinach, które znamy. Jak wiem, że do przetargu składana jest oferta mojej żony, to nie ma reguły, każdy mierzy siły na zamiary. (...)**

Jacek Zarzecki jest z nami, wynajmuje od nas pomieszczenie, mamy 3 ha wieczystej dzierżawy od Skarbu Państwa. **Tu jest tyle miejsca, że zmieści się sprzęt wszystkich, tu są biura wszystkich. Nie ukrywamy, że współpracujemy razem. Jacek Zarzecki płaci nam czynsz.**

W TOP 2001 bardzo dużo osób pracuje na umowę zlecenie w zależności ile mamy pracy. Na umowę o pracę jest ok. 20 kilku osób. **Podzlecamy sobie z Jackiem Zarzeckim różne prace, jak mamy zator, jest dużo pracy. Jeśli któraś firma się nie wyrabia a druga ma luz to sobie podzlecam, wszystko legalnie, mamy faktury.** Wytypowałem ostatnio kilka firm, które dały tańsze oferty w przetargu, żeby zapytać czy pomogą zrealizować nasze umowy, tj. umowy GARDEN-COM. Nie ukrywam, że jestem w stosunku pełnym z żoną i zawsze mogę udzielać się w GARDEN-COM bezfinansowo.

Z TOP 2001 bezpośrednio u zamawiającego składa oferty na ogół pani B.G., ale mogą być sytuacje, że woził ktoś inny. Nie ma takich sytuacji, żeby ta osoba składała oferty GARDEN-COM, czy Jacka Zarzeckiego.

**TOP 2001 posiada tutaj sprzęt, stoi tutaj sprzęt GARDEN-COM i Zarzeckiego, zmniejszamy w ten sposób koszty wspólnie. Ta baza istnieje jakieś 3 lata. Myślę, że sprzętu każdy ma na placu w porównywalnej ilości. TOP 2001 raczej nie używa innym sprzętu, teraz sprzętu jest więcej niż potrzebne.**

Jesteśmy posądzeni o to, że się zmawiamy od kilku lat, pomimo tego, że w przetargach uczestniczy kilkanaście firm. W przetargach, w których my uczestniczymy jest kilkanaście firm, nas się próbuje wplątać, **zminimalizowaliśmy koszty dozoru i przez to jesteśmy atrakcyjni cenowo. Zdarzało się tak, że ktoś tam wypadł, żeby ktoś dalej w tabeli poszedł, ale nie ma na to dowodów, że umówiliśmy się.** Zdarza się, że nieraz są dwie nasze firmy, a umowa jest realizowana przez tą firmę z niższą ofertą, nie rezygnuje ona z podpisania umowy. Gdyby mnie tu zabrakło, nie byłoby nic, wychowałem się w tej spółce, jest firma żony – nie jest zabroniona współpraca między dwoma firmami. Nie mamy umowy konsorcjum. Koszty są kalkulowane

w TOP 2001 w ten sposób, że uczestniczy zawsze w przetargach podobnego typu, ja i Pani B.G. znamy te koszty, wiemy ile w poprzednich przetargach wyszło zysku i wiemy, ile możemy zejść w dół. Ostatnio przegrywamy przetargi. W ostatnim przetargu startował TOP 2001 i GARDEN-COM, cena zamawiającego to 2.000.000 zł, a inne firmy oferują wykonanie zamówienia za 400 tys. zł. Udaje nam się wypracować zysk z oszczędności kosztów. Na przykład gdy każdy miał własnych inspektorów przy wykonaniu zamówienia to są koszty, **ich jest mnóstwo, łatwiej jest wytypować jedną osobę i zapłacić jej jedne pieniądze od 3 firm.**

Zawsze wyrabialiśmy się z realizacją zamówień, ale od zeszłego roku mamy opóźnienia, bo zamawiający za późno rozpoczął procedurę przetargową (wszyscy byli na urloпах, trawa już była bardzo wysoka) te kontrakty wyszły nam na zero. Przy wykonaniu kontraktu musimy wykonywać, wiele procedur. Pani B.G. jeździ teraz po regionie i próbuje

łagodzić te wszystkie sprawy. *Stawki mamy teraz schodzące w dół, musimy się teraz zastanawiać, czy wchodzić w procedury przetargowe, bo kondycja finansowa innych firm jest tak słaba, że biorą zamówienia praktycznie po kosztach, padają kwoty nierealne do zadań. Powtarzalność tych przetargów jest potężna, my znamy tych ludzi, ale przychodzą teraz firmy z Polski wykonywać tutaj zamówienia.* Ciężko się połapać, kto będzie startować, nie wiadomo nic. *Pani B.G. przygotowuje oferty Top2001, a ja przygotowuje oferty Gardencom – moja żona w ogóle się na tym nie zna. (...).* Nie wiem od kiedy spotykamy się w przetargach z K. Rafalko i Jackiem Zarzeckim – ok. kilku lat.

*W 2013 i 2014r. nie potrafię powiedzieć kto startował w przetargach, tego jest dużo. My od 3 lat jako Top2001 wygramy bardzo mało. Gardencom wygrywa też nie za dużo. Zarzecki nie ma prawie nic. Kto inny zaczął tutaj dominować w sensie rażąco niskich cen, firma MPO, C.. Mamy 2 sektory z 6 w tzw. zieleńcu (utrzymanie zieleni miejskiej). Od kilku lat przegrywamy te przetargi.*

*Startowaliśmy w przetargu fairplay w Elblągu (droga krajowa S7), ja byłem reprezentantem GARDEN-COM, a pani B.G. Top 2001.*

*Mamy sprzęt, który możemy zawieźć, ale np. traktory zawieźć 500 km, to jest dla nas nieopłacalne. W Elblągu współpracujemy tj. Gardencom z firmą S. (dostawca sprzętu). Na tym rynku podlaskim, war.-mazurskim i mazowieckim, jest tak dużo zamówień, że dla każdego pracy wystarczy, ale od ostatniego czasu mamy spadek opłacalności tych wszystkich działań i w tej chwili ja jako osoba stoję przed dylematem konkurowania. Moja żona ma leasingi, musi być obrót, musi zarabiać – to jest moim mottem życiowym. Wkurzam się gdy słyszę, że tu jest zmowa cenowa. Jest takie ustalenie, że ja nie mogę znać cen Top2001, ja mogę pomóc coś proceduralnie, jest fairplay. Jeżeli jest 6 zadań, to jak 3 firmy startują do 2 różnych zadań to nie jest przestępstwo, każdy może konkurować. Te przetargi, które panie mają wiedzę, ktoś zawiadomił, może się wydawać, że coś jest nie tak, ale to wszystko dzieje się na dole tabeli, kiedy ten koszt jest śmiesznie niski. Nie znam kosztów ponoszonych przez Top2001. Sprawy przetargowe załatwia Pani Basia w Top2001.*

*Wszyscy się znamy, to oczywiste ja z żoną, są tam jakieś rozmowy, nawet prywatne. To jest jeden wielki młyn, miasto sobie zdaje z tego sprawę. **Przyznaję się do współpracy firm w sensie gospodarczym, nie przyznaję się do stosowania zmów cenowych.** Ja pojmuję znowę cenową, jeżeli na rynku jest kilka silnych firm, jedna wygrywa przetarg a kilka zawiązujących się realizuje umowę. Jeżeli ktoś oferuje realizację zamówienia w cenie 50% wartości zamówienia, a ktoś inny się na to skarży bo nie uzyskał zamówienia to nie jest zmowa. Ostatnio nie podejmuję decyzji, kiedy Top2001 ma startować w przetargach, wcześniej podejmowałam. Jeżeli jest ogłoszony przetarg, to nie jest decyzja to jest obowiązek startowania do wszystkich przetargów, jeżeli spełniamy warunki. Nie ma takiego momentu, że ktoś podejmuje decyzję, czy przystępujemy do przetargu czy nie. Nie przypominam sobie, żeby ktoś zrezygnował z przetargu, żeby wygrała np. Katarzyna Rafalko. Raczej to jest oblig, że startuje każdy. Czasem ktoś z pracowników mógł zawalić i oferta nie została złożona, takich przypadków było bardzo mało.*

**W toku przeprowadzonej w spółce TOP kontroli odebrano także oświadczenia od pani B.G., która zeznała:**

*Jako Dyrektor zajmuje się w spółce dwiema działkami, tj. realizacją umów i pozyskiwaniem umów, czyli przetargami. Pozyskiwanie zamówień, polega na przygotowaniu oferty przetargowej. Oferty do przetargu Top2001 przygotowuję ja i ustalę oferowane w nich ceny. Kalkulacja takich stawek do oferty nie jest dla mnie trudna, bo mam duże*

doświadczenie, znam ceny roślin, koszty ile jaka usługa może kosztować. Sugeruję się realiami. Od Prezesa K.P. dostałam odgórne przyzwolenie samej ustalać wysokość ofert przetargowych, nikt mnie nie kontroluje. Startujemy do przetargów w przedmiocie sprzątania, koszenia

i nasadzenia. Nie przygotowuję ofert dla innych firm w tym zakresie.

Jeśli chodzi o realizację umów zajmuję się tym dla firm Top2001, PHU Jacek Zarzecki i GARDEN-COM. Mam zawartą umowę o dzieło z firmami GARDEN-COM i PHU Jacek Zarzecki. Z GARDEN-COM umowę o dzieło zawarła ze mną osobiście Pani Katarzyna Rafalko. W firmie bezpośrednio podlegam pod Prezesa K.P. on jest najwyższy, Pan K.R. też przygląda się mojej pracy i ma coś do powiedzenia tj. czy jestem w pracy, jak pracuję. Z Panem K.R. o składaniu ofert, jak skalkulować stawkę nie rozmawiamy, nie ma żadnej konsultacji, wymiany zdań na ten temat. Jak pracuję nad ofertą trzymam ją w sejfie, klucze zabieram. Jeśli chodzi o Panią Katarzynę Rafalko i Jacka Zarzeckiego kontaktujemy się telefonicznie w celu realizacji wiążącej nas umowy o dzieło. Na tym terenie pracuje Pan Jacek, więc również osobiście się kontaktujemy, ten kontakt jest częstszy. Sprawy GARDEN-COM załatwiam w większości przez Pana K.R., bo jest tu na miejscu. **Pan K.R. prowadzi sprawę**

**w imieniu pani Katarzyny.** Nie widzę w tym żadnego konfliktu interesów, każdy zajmuje się swoją działką. Pan K.P. wie o tym, że pan K.R. prowadzi taką działalność, dostaliśmy zgodę od Pana K.P., że możemy się wspierać gospodarczo, natomiast nie ma między nami żadnego porozumienia, a wręcz dostaliśmy zakaz porozumiewania się od Pana K.P. jeżeli chodzi o sprawy przetargowe. **Wzajemne wsparcie gospodarcze polega na tym, że jak któraś z firm wygra przetarg i realizuje umowę i nie wyrabia się sprzętowo, to jak w drugiej firmie sprzęt jest dostępny to jest on użyczany – tylko takie jest wsparcie między firmami.** Nie mam pojęcia, czy Pan K.R. ma dostęp do dokumentów finansowych spółki Top2001.

Kiedyś proces przygotowania ofert trwał dużej, ale z czasem wraz ze zdobyciem doświadczenia trwa coraz krócej. Zależy czego dotyczy przetarg. Jeśli dotyczy nasadzenia, to w pierwszej kolejności szukam dostawcy, żeby powiedział, jaki jest koszt roślin. Jeśli chodzi o koszenie sama ustalam stawki, wiem ile co kosztuje, ile spala maszyna, jaki jest koszt pracy człowieka. Trudno powiedzieć jaką marżę bierzemy dla siebie. Ostatni przetarg przy koszeniu lub sprzątaniu, bardziej kwotowo ustalam niż marżowo. **Bardzo często są takie prace, które robi się na granicy dochodów.** Zależy gdzie jest ta praca, jeżeli na miejscu to ta marża może być minimalna. Są różne arkusze kalkulacyjne, ja podchodzę do tego globalnie. **Nie pamiętam żadnego przykładu naszej stawki.** Na przykład bierzemy stawkę cenę za kilometr przy koszeniu lub sprzątaniu, **ale nie pamiętam jaką mieliśmy ostatnią stawkę cenę za kilometr.** Wcześniej pomagałam Panu K.R. przygotowywać oferty, ale w momencie kiedy powstało GARDEN-COM, musiałam sama przygotowywać oferty dla Top2001. Nie wiem od kiedy. **Sama przygotowuję od kilku lat w Top2001 oferty, ale nie pamiętam żadnej przykładowej naszej stawki. Oferty podpisuje ja.** Najczęściej ja jeżdżę na przetargi i osobiście składam oferty. Unikam takich sytuacji, że składam oferty dla kilku firm, aczkolwiek mogło się tak zdarzyć, nie przypominam sobie żeby taka sytuacja miała miejsce. Mogę nawet powiedzieć, że nie zdarzyła się taka sytuacja, żeby składała czyjaś ofertę. Najczęściej spotykamy się na przetargach w siedzibie zamawiającego, **chyba że jest daleko to jest taka możliwość, że dwie osoby jadą z 3 lub 2 ofertami. Jeżeli zamawiający jest daleko, to wtedy może się tak zdarzyć, że jednym samochodem jadą trzy osoby z 3 ofertami.**

Nie przypominam sobie, żebyśmy zrezygnowali z przetargu, ze względu na zbyt niską cenę przez nas oferowaną, mogę tego nie pamiętać. Gdy w jednym przetargu Top2001 składa oferty razem z Jackiem Zarzeckim i GARDEN-COM zdarza się że nie wygrywamy, to jest ryzyko raz się wygrywa raz przegrywa. Każda wspomniana firma trzyma się swojej ceny.

**Ja podpisuje protokoły odbioru robót i stąd mam pieczętkę GARDEN-COM muszę ją mieć do tego to jest wymagane. Tylko do tego służy ta pieczętka. Pieczętkę dostałam od**

**Pana Rafałko.** W momencie podpisania umowy wskazuję się osobę odpowiedzialną za realizację umowy, nie muszą mieć upoważnienia, jak jest potrzebne to jest wystawiane przez Panią Katarzynę lub Pana Jacka. Pan Jacek wystawia upoważnienie, jak jadę dokonać odbioru dla jego firmy. Nie przypominam sobie takiej sytuacji, żeby upoważnienie było potrzebne. Dostaję wynagrodzenie za to, że wykonuję pracę dla GARDEN-COM i Jacka Zarzeckiego. Wiem, że Pani K.W. reprezentuje tak samo firmę Jacka Zarzeckiego i GARDEN-COM przed urzędem, ja działam bardziej w terenie.

Konkurujemy na zasadzie, że każda firma startuje w przetargach, zdobywa zamówienia i na tym polega przetarg. Od GARDEN-COM i PHU Jacek Zarzecki mamy więcej doświadczenia w nasadzeniach. Mamy stałych pracowników, którzy dokonują nasadzenia. Nie ma w firmie rozróżnienia na stałych pracowników a pracowników na umowy zlecenia jeśli chodzi o wykonywane prace. Stały pracownik może i posadzić i skosić nie ma podziału, że dany pracownik robi jedną określoną czynność. Jak pracuje w parku to może coś opielić i skosić. Wydaje mi się, że przetargi to jest jedno, a nadzór nad realizacją zamówienia to jest drugie. Ostatnio nie za dużo wygrywamy, jest to podyktowane tym, że są inne tańsze firmy. Dają niższe ceny, wręcz je zaniżają. Ja realnie podchodzę do cen. Z Katarzyną Rafałko możemy konkurować wiedzą i doświadczeniem, dokładnością. **Nie pamiętam, jakie było kryterium wyboru ofert w przetargach na koszenie i sprzątanie w przetargach ogłoszonych przez GDDKiA w Olsztynie.**

**W toku przeprowadzonej u Jacka Zarzeckiego kontroli odebrano także oświadczenia od niego. Zeznał on:**

Działalność prowadzę od ok. 10-11 lat. Obecnie polega ona na oczyszczaniu miasta, koszeniu trawników oraz odśnieżaniu w okresie zimowym, tą działalnością zajmuję się od około 5 lat. Zatrudniam pracowników na umowę o pracę, poza tym w przypadku większych zleceń zatrudniam na umowę zlecenie dodatkowe osoby. Posiadam pługi zimowe (ok. 20 sztuk), ciągniki z kosiarkami. **Nie jestem w stanie podać konkretnej ilości.** Startuję w przetargach i głównie z tego źródła pozyskuję zlecenia. Oferty w przetargach składam głównie na terenie Mazur i Białymstoku. Samodzielnie przygotowuję oferty. Ceny za usługi wyliczam za pomocą internetowych arkuszy kalkulacyjnych (np. dostępnych na stronie GDDKiA). Staram się samodzielnie wykonywać zadania z wygranych przetargów. **W przypadku większych prac muszę korzystać z podwykonawstwa spółki TOP 2001. Nie korzystam z podwykonawstwa firmy pani Katarzyny Rafałko. Ja podpisuję umowy, a pani B.G. ze spółki TOP 2001 dopilnowuje wykonawstwa.** Z panią B.G. mam zawartą w tym zakresie umowę o dzieło. **Pan K.R. zajmuje się sprowadzaniem sprzętu do prowadzonej przeze mnie działalności gospodarczej i ja korzystam z jego usług i kupuję sprowadzony przez niego sprzęt.** Znam panią Rafałko, z którą od wielu lat się koleguję, Generalnie nie zawiązuję konsorcjów

w celu złożenia oferty w przetargu. **Konkuruję głównie ceną, sytuacja na rynku jest bardzo ciężka, jest mało pracy i ceny schodzą w dół.** Nie kojarzę sytuacji, że musiałem wycofać się z przetargu ze względu na przeszacowanie złożonej oferty. Nie jestem w stanie dokładnie określić, w ilu przetargach rocznie biorę udział, staram się brać udział w każdym przetargu jaki zauważę. Myślę, że może to być liczba ok. 10. Są sytuacje, że mam wiedzę, że firma TOP 2001 składa ofertę w tym samym przetargu co ja, jednak nie ma w tym zakresie reguły, czasem nie wiem, że składają ofertę. Podobnie jest w przypadku pani Rafałko. Nie mam wiedzy o cenach oferowanych przez ww. przedsiębiorców. Jesteśmy konkurentami.

## V. Przetargi organizowane przez Urząd Miasta Białegostoku i GDDKiA Oddział w Białymstoku

Prezes UOKiK ustalił ponadto, na podstawie dokumentacji, przedłożonej w toku postępowania antymonopolowego przez Prezydenta Miasta Białegostoku, dotyczącej postępowań przetargowych przeprowadzonych przezeń w latach 2010 – 2012, że Strony niniejszego postępowania dokonywały podobnych działań opartych na przedstawionych w niniejszym postępowaniu schematach. Przedstawiało się to w sposób następujący:

1. Postępowanie nr OSGK.IV-341/07/10 *Wykonanie nasadzeń roślin i ich pielęgnację w kwietnikach na terenie miasta Białegostoku oraz kompleksową pielęgnację zieleni na skarpie przy Kościele Katedralnym*, w którym wykonawca Katarzyna Rafałko, odstąpiła od podpisania umowy ze względu na stwierdzenie po wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej, że w ofercie popełniła omyłkę w kalkulacji ceny, uniemożliwiającą wykonanie umowy za cenę podaną w ofercie. Umowa została zawarta zatem z kolejnym wykonawcą - Jackiem Zarzeckim. Oferta złożona przez TOP 2001 w tym przetargu uzyskała czwarte miejsce. Ustalono także, iż ofertę TOP 2001 podpisał pan K.R. (vide: k. 786-805).
2. Postępowanie nr DOS-IV.271.14.2011 *Zagospodarowanie terenu Kopca Papieskiego – Etap I*, w którym wykonawca Katarzyna Rafałko została wykluczona z powodu nieuzupełnienia dokumentów w ofercie (oferta najtańsza). Podpisano umowę z wykonawcą Jackiem Zarzeckim. Oferta TOP 2001, najdroższa z trzech ofert złożonych przez tych samych wykonawców, uzyskała 4 miejsce w rankingu ofert. Ustalono także, iż ofertę TOP 2001 podpisał pan K.R. (vide: k. 806-821).
3. Postępowanie nr DOS-IV.271.24.2011 *Letnie oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie śmietniczek, oczyszczanie ścieżek rowerowych, zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku*, w którym na część I i II zamówienia zostały złożone oferty przez Jacka Zarzeckiego i TOP 2001. Oferta tańsza Jacka Zarzeckiego nie została uzupełniona, w związku z czym wykonawcę wykluczono, a wybrana została w obu częściach oferta TOP 2001, która była znacznie droższa. Ustalono także, iż ofertę TOP 2001 podpisał pan K.R. (vide: k. 822-856).
4. Postępowanie nr DOS-IV.271.40.2011, *Zimowe oczyszczanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych, przystanków, śmietniczek oraz zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku*, w którym poszczególni wykonawcy złożyli oferty na poszczególne sektory (części zamówienia).
5. Postępowanie nr DOS-IV.271.4.2012 *Letnie oczyszczanie chodników, ścieżek rowerowych, przystanków komunikacji miejskiej oraz opróżnianie śmietniczek na terenie miasta Białegostoku*, w którym na wszystkie części zamówienia (I-VI) złożyli oferty wykonawcy Jacek Zarzecki, TOP 2001 i Katarzyna Rafałko. W części I zawarto umowę z wykonawcą TOP 2001, ponieważ wykonawca Katarzyna Rafałko (oferta tańsza) odmówiła podpisania umowy. W części II umowę zawarto z TOP 2001, ponieważ wykonawca Katarzyna Rafałko została wykluczona z powodu nieuzupełnienia dokumentów (oferta tańsza). W części III umowę zawarto z Katarzyną Rafałko. W części IV i V umowę zawarto z TOP 2001 (oferta droższa), ponieważ wykonawca Katarzyna Rafałko (oferta tańsza) odmówiła podpisania umowy. Ustalono także, iż ofertę TOP 2001 podpisał pan K.R. (vide: k. 857-913).
6. Postępowanie nr DOS-IV.271.16.2012 *Usługi związane z utrzymaniem terenów zabytkowej zieleni urządzonej w Białymstoku*, w którym w części I, II i III zamówienia zostały złożone oferty przez wykonawców Katarzynę Rafałko, Jacka Zarzeckiego oraz

TOP 2001. W części I i II z powodu niezpełnienia dokumentów wykluczeniu podlegały oferty tańsze złożone przez Katarzynę Rafałko oraz Jacka Zarzeckiego, a wybrano ofertę najdroższą (3 pozycja) złożoną przez TOP 2001. W części III umowa została zawarta z Jackiem Zarzeckim. Oferta tańsza złożona przez Katarzynę Rafałko została odrzucona - wykonawca wykluczony z powodu niezpełnienia dokumentów. Oferta najdroższa z trzech uzyskała w tej części zamówienia dopiero 4 pozycję. Ustalono także, iż ofertę TOP 2001 w tym przetargu podpisał pan K.R. (vide: k. 914-952).

7. Postępowanie nr DOS-IV.271.95.2012 *Letnie oczyszczanie zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku*, w którym w części III zamówienia pierwsze miejsce pod względem ceny uzyskała oferta Katarzyny Rafałko, która została odrzucona ze względu na wyjaśnienia wykonawcy, iż jej oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wybrana została oferta droższa złożona przez TOP 2001. Oferta jeszcze droższa złożona przez Jacka Zarzeckiego uzyskała dopiero 5 miejsce w rankingu ofert. Różnica w cenie ww. ofert wynosiła proporcjonalnie ok. 300 000,00 zł. (vide: k. 953-977v).

8. Postępowanie nr DOS-IV.271.4.2014 *Utrzymanie działek gminnych, Skarbu Państwa zlokalizowanych na terenie miasta Białegostoku*, w którym Katarzyna Rafałko (z najniższymi cenami we wszystkich częściach zamówienia) i TOP 2001 uzupełnili brakujące dokumenty, które jednak nie potwierdziły, iż spełniają warunki opisane w SIWZ. Złożyli także oferty w identycznym czasie, a ubezpieczeniowe gwarancje zapłaty wadium zostały udzielone przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe i w tym samym dniu, a złożone w kasie Urzędu Miejskiego o tej samej godzinie. Zamawiający odrzucił oferty tych wykonawców (vide: k. 978-1005).

Prezes UOKiK ustalił również, na podstawie dokumentacji, przedłożonej w toku postępowania antymonopolowego przez Centralne Biuro Antykorupcyjne Delegaturę w Białymstoku, iż Katarzyna Rafałko w postępowaniu nr GDDKiA-O/BI-ZR-R-2-284-12/U/2013 składając ofertę najkorzystniejszą (następna po niej była oferta TOP 2001), nie uzupełniła brakującej dokumentacji w zakresie posiadanego doświadczenia, co spowodowało odrzucenie jej oferty przez Zamawiającego i wybór droższej oferty TOP 2001.

**Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Prezes UOKiK zważył, co następuje:**

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zawierania porozumień, których **celem lub skutkiem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Porozumienia ograniczające konkurencję horyzontalne (poziome) są to porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, którzy powinni ze sobą rywalizować. Natomiast porozumienia wertykalne (pionowe) to porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu.

Zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości.<sup>3</sup> Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja w przetargu funkcjonowała prawidłowo.<sup>4</sup>

Niezależnie od rodzaju porozumienia może ono dojść do skutku jedynie w stosunkach między samodzielnymi przedsiębiorcami, którzy dobrowolnie, świadomie do niego

<sup>3</sup> *Zmowy przetargowe*, UOKiK Warszawa 2013, s. 3;

<sup>4</sup> *Ibidem*, s.3;

przystąpili, dla osiągnięcia zakazanego ustawą celu, wymierzonego przeciwko innym uczestnikom obrotu towarowego. Efektem takich działań jest zniekształcenie i zamazanie relacji konkurencyjnych na rynku właściwym.

**Stronom postępowania postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez GDDKiA warunków składanych ofert,  
w szczególności cen.**

W pierwszej kolejności jednak kwestią podstawową jest rozważenie, czy w wyniku stosowania zarzucanej praktyki doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego.

## **I. Interes publicznoprawny.**

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, *określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*. Podejmując więc działania określone w przywołanej ustawie, organ ochrony konkurencji występuje w funkcji rzecznika interesu publicznego<sup>5</sup>.

Z wyżej przywołanej klauzuli generalnej wynika, iż podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalenie, że nastąpiło naruszenie interesu publicznego, nie zaś interesu jednostki<sup>6</sup>, czy też grupy<sup>7</sup>. Wspomniany cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu, a co za tym idzie, co do zasady wyłącza możliwość podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony wyłącznie interesów indywidualnych. Postępowanie w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma więc za swój przedmiot i cel ochronę interesu publicznoprawnego.

Sąd Antymonopolowy, interpretując treść kategorii „interesu publicznego”<sup>8</sup>, wyjaśnił m.in., iż: *interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu [...]. Publiczny oznacza dotyczący ogółu, dostrzeżony przez nieokreśloną z góry liczbę osób, a nie jednostki, czy też określoną grupę*.

Zatem, podstawą do zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy. Pogląd ten, potwierdzony został wcześniejszym wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 roku, sygn. akt I CKN 1217/98. W wyroku tym Sąd Najwyższy odniósł się bezpośrednio do publicznoprawnego charakteru ustawy antymonopolowej, stwierdzając m.in., iż nie ma ona zastosowania do roszczeń indywidualnych. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy wykazane zostanie nie tylko, że zachowanie przedsiębiorcy w konkretnym stanie faktycznym stanowi praktykę zakazaną ustawą, ale

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lipca 2001r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

<sup>6</sup> Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2002r., sygn. akt XVII Ama 88/01, wyraźnie wskazał, iż „Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta”.

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002r., sygn. akt XVII AmA 47/2001.

<sup>8</sup> por. wyrok z dnia 4 lipca 2002r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

przede wszystkim, że w danym sporze doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu publicznego, a tym samym kwestionowane działanie godzi w warunki właściwego funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, charakteryzującej się m. in. swobodą podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej i nie podlegającym ograniczeniom, inne niż ustawowe, współzawodnictwem rynkowym pomiędzy przedsiębiorcami. W uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku Sąd Najwyższy stwierdził m.in.: *Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu uznać należy jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacje pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ingerencja organów działających na podstawie ustawy antymonopolowej uzasadniona była tylko wówczas, gdy służyła ochronie tak pojętej konkurencji.*

Stanowiska to Sąd Najwyższy podtrzymał w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 roku, III SK 40/07 (OSNP 2009/19-20/272), w którym uznał, że każde działanie wymierzone w mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. W uzasadnieniu orzeczenia podniesiono m. in. *Sąd Najwyższy podziela w pełni dotychczasową linię orzecznictwa, zgodnie z którą naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został „szerszy krąg uczestników rynku”, ale także, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska*<sup>9</sup>. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lipca 2003 roku, I CKN 496/01 (niepublikowany), *istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań na określonym rynku. Użytego w tych orzeczeniach sformułowania: "dotknięcie skutkami działań" sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można jednak rozumieć w sposób wąski i mechaniczny jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta lub konkurentów przedsiębiorcy dopuszczającego się praktyki ograniczającej konkurencję lub innych uczestników rynku (w rozpoznawanej sprawie zainteresowanego przedsiębiorcy Bogusław W. i Zbigniew W.). Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierując się ogólnymi celami prawa ochrony konkurencji.*

Rozpatrując niniejszą sprawę Prezes UOKiK uznał, że ma ona charakter publicznoprawny i może być rozpatrywana na gruncie przepisów prawa antymonopolowego, bowiem wszelkie uzgodnienia dokonywane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym rynku, będącymi konkurentami zawsze prowadzą do zakłócenia zasad wolnego rynku poprzez ograniczenie, czy wręcz zaniechanie podejmowania działań konkurencyjnych, podczas gdy skutki takich praktyk odczuwalne są przede wszystkim przez kontrahentów przedsiębiorców, najczęściej konsumentów.

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 w przetargach pomiędzy przedsiębiorcami poprzez zawarcie porozumienia może z jednej strony prowadzić do wzrostu cen za oferowane towary lub usługi, a z drugiej strony niweluje impuls dla tych samych przedsiębiorców do zwiększania efektywności swoich działań.

Niniejsze postępowanie dotyczy zawarcia przez Katarzynę Rafałko, Jacka Zarzeckiego i TOP 2001 porozumienia przetargowego, polegającego na ustaleniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny w przetargach organizowanych przez GDDKiA na

---

<sup>9</sup> zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 29 maja 2001r., I CKN 1217/98, OSNC 2002 nr 1, poz. 13; z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002 nr 11, poz. 144; z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, niepublikowany.



sprzątanie

i koszenie dróg publicznych. Taka praktyka ogranicza konkurencję cenową pomiędzy poszczególnymi oferentami a także naraża na uszczerbek finanse publiczne. Natomiast w interesie publicznym leży istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych. Działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny.<sup>10</sup>

Zmowy przetargowe są tym bardziej szkodliwe, gdyż mogą 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: SOKiK w wyroku z dnia 17 kwietnia 2008r., 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.

## II. Strony postępowania

Postępowanie antymonopolowe, podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne, toczy się z udziałem podmiotów mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania antymonopolowego jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Podmiotami, wobec których zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia **porozumienia przetargowego** na rynku świadczenia usług sprzątania pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych dróg krajowych w ramach przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, **polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny**, są:

1. **Katarzyna Rafałko** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą GARDEN-COM w Białymstoku,
2. **Jacek Zarzecki** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe w Białymstoku,
3. **TOP 2001 Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Białymstoku.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 uokik pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013r., poz. 672, j.t.). Stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, za przedsiębiorcę uznać należy podmiot spełniający łącznie następujące kryteria:

1. jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną,
2. wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj.: działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły.

Katarzyna Rafałko i Jacek Zarzecki są wpisani do ewidencji działalności gospodarczej, zaś spółka TOP 2001 Sp. z o.o. wpisana jest do Rejestru Przedsiębiorców KRS. Wszystkie w/w podmioty prowadzą we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły, o czym świadczy m.in. przystępowanie do przetargów i zawieranie umów na wykonanie poszczególnych zadań. Nie ulega zatem wątpliwości, że w/w podmioty

---

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005r., sygn. Akt: XVII Ama 16/04,

posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 *uokik*. W konsekwencji ich działania mogą być poddane ocenie w toku postępowania przed Prezesem UOKiK w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

### III. 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 *uokik* konieczna jest delimitacja rynku właściwego w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 *uokik* 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 *uokik*, także usługi.

Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości<sup>11</sup>. 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.

Powyższa definicja rynku właściwego jednoznacznie wskazuje, że jego delimitacja winna uwzględniać dwa składniki a mianowicie **produktowy**, wskazujący na towar lub usługę oraz **przestrzenny (geograficzny)**, identyfikujący obszar, na którym w odniesieniu do danego towaru lub usługi *panują zbliżone warunki konkurencji*.

Identyfikacja wymiaru produktowego rynku sprowadza się do wyodrębnienia w niniejszej sprawie usług, w oparciu o ich szczególne właściwości tak, aby odróżnić te usługi od innych w taki sposób, by nie istniała możliwość dowolnej ich zamiany. Są to usługi takie same lub uznane za substytuty. Niniejsze postępowanie dotyczy usług polegających na sprzątaniu pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszeniu pasów drogowych. W dotychczasowym orzecznictwie Prezesa UOKiK usługi te definiowano w podobny sposób (vide: decyzja RŁO 58/2013, decyzja RŁO 59/2013, decyzja RŁO 60/2013, decyzja RŁO 61/2013, decyzja RŁO 62/2013).

Rynek usług bieżącego sprzątania pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej w ciągach dróg, jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w sprzęt i narzędzia niezbędne do czyszczenia ulic (np. zamiatarki), wykaszania traw, przycinania i wycinania drzew i krzewów.

Odbiorcami tej usługi są właściciele i zarządcy dróg publicznych, w więc wszystkich rodzajów dróg występujących na terenie kraju. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższą usługę przedsiębiorcy zajmujący się koszeniem traw, wycinaniem krzewów, czy drzew, sprzątaniem dróg muszą brać udział w dużej ilości przetargów organizowanych przez zarządców dróg w kraju, aby pozyskać zlecenia na te usługi.

---

<sup>11</sup> E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

Usługa ta nie posiada substytutów, gdyż z uwagi na ochronę środowiska, przepisy przeciwpożarowe nie można jej zastąpić inną usługą, np. chemicznym usuwaniem traw i krzaków, czy wypalaniem traw na poboczach dróg.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień niepodlegających wyłączeniom *de minimis*. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).

Mając powyższe na względzie, Prezes UOKiK uznał za rynek właściwy pod względem produktowym rynek usług polegających na sprzątnięciu pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszeniu pasów drogowych.

Natomiast definicja rynku w ujęciu geograficznym wyraża ogół stosunków wymiany oraz stosunków równoległych zachodzących między jego uczestnikami, usytuowanymi na danym obszarze. W niniejszej sprawie należy uznać, iż będzie to rynek krajowy. Drogi krajowe, których dotyczyły usługi, a którymi administruje GDDKiA Oddział w Olsztynie, znajdują się wprawdzie na terenie województwa warmińsko – mazurskiego. Jednakże z uwagi na fakt, iż przetargi ogłaszane były na stronach internetowych zarządców dróg i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, potencjalnie do tak ogłoszonych przetargów mogli przystąpić przedsiębiorcy z terenu całego kraju, stąd należało wyznaczyć rynek geograficzny jako krajowy.

Ponadto, należy wskazać, że przetargi były organizowane przez GDDKiA Oddział w Olsztynie, właściwy do administrowania drogami publicznymi znajdującymi się w województwie warmińsko – mazurskim, zaś ubiegający się o wygraną przetargów przedsiębiorcy pochodzili także z województwa podlaskiego, a także mazowieckiego, co świadczy o tym, iż rynek nie jest regionalny. Nadmienić także należy, iż przedsiębiorcy z Białegostoku obawiali się konkurencji z Polski (vide: oświadczenia pana K.R. na k. 355). Jest to zatem kolejny argument przemawiający za wyznaczeniem rynku geograficznego jako krajowego. Dotychczasowe orzecznictwo Prezesa UOKiK również potwierdza słuszność takiego wyznaczenia rynku geograficznego ((vide: decyzja RŁO 58/2013, decyzja RŁO 59/2013, decyzja RŁO 60/2013, decyzja RŁO 61/2013, decyzja RŁO 62/2013).

**W związku z powyższym, w niniejszym postępowaniu Prezes UOKiK uznał, że porozumienie zawarto na krajowym rynku świadczenia usług sprzątnięcia pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych dróg krajowych.**

#### **IV. Brak wyłączenia spod zakazu art. 7 ust. 1 oraz art. 8 uokik**

Przedsiębiorcom będącym stronami niniejszego postępowania zarzuca się naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przywołane przepisy zakazują przedsiębiorcom 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 warunków składanych ofert, w szczególności ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 *uokik*).

Do porozumień ograniczających konkurencję między przedsiębiorcami stosuje się, co do zasady, regułę *de minimis* (o której mowa w art. 7 ust. 1 *uokik*), która wyłącza

ingerencję Prezesa UOKiK w porozumienia o charakterze bagatelnym, które ze swej istoty nie mogą wywrzeć odczuwalnego skutku dla stanu konkurencji na rynku. Jeżeli zaś chodzi o porozumienia określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 *uokik* reguła ta nie ma zastosowania. Zgodnie bowiem z ust. 2 art. 7 *uokik* zwolnienie ze stosowania zakazu zawierania porozumień wyłączone jest między innymi przy porozumieniach polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w szczególności ceny.

Uczestnicy porozumienia nie wykazali także, aby zachodziła którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 8 ust.1 *uokik*. W ocenie Prezesa UOKiK, zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania porozumienie nie podlega także wyłączeniom, o których mowa w art. 8 ust. 3 *uokik*.

## V. Porozumienie ograniczające konkurencję

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym, w szczególności polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 *uokik*).

Zgodnie z art. 4 pkt 5 *uokik* porozumienia te mogą przybrać następujące formy:

a) umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,

**b) uzgodnień dokonanych w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,**

c) uchwał lub innych aktów związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Istnienie konkurencji gwarantuje nie tylko swobodę działania i podejmowania niezależnych decyzji przez wszystkie działające na rynku przedsiębiorstwa, ale także wolność wyborów dokonywanych przez konsumentów. Ograniczenie konkurencji ma miejsce m.in. wówczas, gdy przedsiębiorcy rezygnują z samodzielności w zakresie podejmowania niezależnych decyzji co do tego, jaką politykę rynkową realizować i za pomocą jakich parametrów działania (cena, jakość, warunki dystrybucji) to czynić, jak również gdy wskutek działań przedsiębiorców zamawiający ma ograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 5 pkt b za porozumienia uznaje się „**uzgodnienia dokonywane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki**”. Istotą tej praktyki jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji (tzw. praktyki uzgodnione czy tzw. współpraca faktyczna). **Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurencji**<sup>12</sup>. Praktyczna kooperacja pomiędzy przedsiębiorcami zajmuje więc miejsce konkurencji. Decydujące zatem, dla zakazu praktyk uzgodnionych, jest stwierdzenie ograniczenia wolności działania przedsiębiorców przez koordynowanie ich zachowań, czyli zastąpienia działaniami skoordynowanymi działaniami samodzielnymi<sup>13</sup>. **Uzgodnienie to może przybrać formę wymiany informacji o przyszłych zachowaniach**

<sup>12</sup> E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie (...), op. cit.*, s. 44.

<sup>13</sup> T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo antymonopolowe organów wspólnot europejskich, Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 29.

rynkowych, w oczekiwaniu na osiągnięcie efektu koordynacyjnego<sup>14</sup>. Przyjmuje się, że wystarczy jeżeli z wyprzedzeniem przedsiębiorcy poinformują się wzajemnie o zachowaniu, przez co każdy z nich może planować swoje działanie, polegające na tym, że konkurenci równolegle uczynią to samo<sup>15</sup>. Sąd Pierwszej Instancji (SPI) w Luksemburgu w wyroku z dnia 6 kwietnia 1995 roku wskazuje także, że **wymiana, między konkurującymi przedsiębiorcami, informacji, które mogą być wykorzystane do stworzenia kartelu stanowi praktykę uzgodnioną (...)**<sup>16</sup>. Ponieważ pojęcie uzgodnionych praktyk zakłada istnienie wzajemnych kontaktów, przyjmuje się także, że warunek ten jest spełniony jeśli ujawnienie przez jednego konkurenta innemu przyszłych zamiarów lub zachowania na rynku było wnioskowane, bądź **przynajmniej zaakceptowane, przez tego innego konkurenta**<sup>17</sup>. **Uznać należy, że jakiegokolwiek kontakt, czy to bezpośredni, czy też pośredni, między podmiotami gospodarczymi, w efekcie którego dochodzi do ujawnienia konkurentowi jego zamiarów i planów, stanowi zakazaną praktykę uzgodnioną**<sup>18</sup>.

W celu udowodnienia, że pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami/konkurentami doszło do praktyk uzgodnionych, nie jest konieczne, aby którykolwiek z nich lub wszyscy, w sposób formalny zobowiązali się do podjęcia określonego zachowania. Wystarczającym jest, że poprzez ujawnienie lub podjęcie zamiarów **zmniejszyła się niepewność co do zachowania, jakiego można się spodziewać na rynku**. Wystarczy, że przez stwierdzenie zamiarów, przedsiębiorstwo wykluczyło lub, przynajmniej, w istotny sposób zmniejszyło niepewność co do zachowania, jakiego można się spodziewać na rynku z jego strony<sup>19</sup>. Bez znaczenia, w ocenie Prezesa UOKiK, jest więc, czy strony przedmiotowego postępowania uważały się za związane – prawnie, faktycznie lub moralnie – podjętymi uzgodnionymi działaniami.

Stosownie do art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014r., poz. 101, j.t. ze zm., dalej: *kpc*) w zw. z art. 84 *uokik* można uznać za ustalone fakty, mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) **może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego**

---

<sup>14</sup> T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo ...*, s. 29; por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Wyroków SE 1972, 619.

<sup>15</sup> T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo ...*, s. 112, por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Wyroków SE 1972, 619.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (SPI) z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie T-142/89 *Usines Gustave Boël SA v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. orz. 1995, II-867, w *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom II Część 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1990 – 2004*, Opracowanie i wprowadzenie Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2005, s. 228.

<sup>17</sup> Wyrok SPI z dnia 15.03.2000 r. w połączonych sprawach T-25/95 (...) *Cimenteries CB i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. orz. 2000, II-491, w *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom II Część 2, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1990 – 2004*, Opracowanie i wprowadzenie Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2005, s. 464 i n.

<sup>18</sup> Wyrok SPI z dnia 15.03.2000 r. w połączonych sprawach T-25/95 (...) *Cimenteries CB i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. orz. 2000, II-491 w *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom II Część 2 ...*, s. 471.

<sup>19</sup> Por. wyrok SPI z dnia 14.05.1998 r. w sprawie T-347/94 *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft GmbH v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. orz. 1998, II-1751, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom II Część 1 ...*, s. 381 i 382.

**zachowania tych podmiotów na rynku**<sup>20</sup>. Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu dopuszcza stwierdzenie istnienia praktyki uzgodnionej bez konkretnego dowodu, jeżeli, przy uwzględnieniu wszelkich poszlak, identyczności zachowań przedsiębiorców nie da się wyjaśnić inaczej niż uzgodnieniem<sup>21</sup>.

W tym miejscu wskazać również należy na wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 roku w sprawie III SK 6/06, gdzie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia dotyczącego uzgodnienia cen jako elementu najsilniej oddziałującego na relacje konkurencyjne między przedsiębiorcami, a zarazem wpływającego na wybór ofert przez odbiorców (noszącego nazwę kartelu cenowego), które uznane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję, możliwe - a niekiedy nawet konieczne - jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. W ocenie pozwanego nie było możliwości przeprowadzenia dowodów bezpośrednich zatem w przedmiotowej sprawie celowe i uzasadnione było stosowanie domniemań faktycznych”.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, iż wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. *Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы 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. z 2014r., poz. 101, j.t.), 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

<sup>20</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 1.03.1993 r., XVII Amr 37/92, „Orzecznictwo Gospodarcze” 1993, z. 3, poz. 63; Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 20.09.1995 r., XVII Amr 15/95, „Wokanda” 1996, Nr 8 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.4.1996 r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, Nr 9, poz. 124.

<sup>21</sup> T. Skoczny, W. Springer, *Podstawowe orzecznictwo ...*, s. 30.

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).

W przedmiotowej sprawie brak jest, co prawda, bezpośrednich dowodów potwierdzających fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez wszystkich skarżonych przedsiębiorców, ustalone przez organ antymonopolowy okoliczności wskazują jednak, iż **między Katarzyną Rafalko, Jackiem Zarzeckim i TOP 2001 doszło do porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny.**

Dowiedzenie w niniejszej sprawie faktu zawarcia przez Katarzynę Rafalko, Jacka Zarzeckiego i TOP 2001 porozumienia ograniczającego konkurencję co do warunków składanych ofert, w szczególności ceny oraz zachowania w toku przetargów organizowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie za pomocą środka dowodowego, jakim jest domniemanie faktyczne polega na wykazaniu, iż miały miejsce następujące trzy fakty:

**A. kontakt stron postępowania,**

**B. zbieg działań lub zaniechań stron postępowania,**

**C. brak adekwatnego/ wiarygodnego wyjaśnienia dla tych zachowań, innego niż uczestnictwo w porozumieniu ograniczającym konkurencję.**

**Ad A.**

Jak wskazuje się w doktrynie, obok wystąpienia w konkretnej sprawie koordynacji zachowań przedsiębiorców oraz braku przedstawienia przez nich wiarygodnych wyjaśnień tych zachowań (które zostaną omówione poniżej), okolicznością rozstrzygającą jest **fakt zaistnienia** lub prawdopodobieństwo zaistnienia **kontaktu pomiędzy przedsiębiorcami** podejrzanymi o zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia.<sup>22</sup>

Jako pierwszą przesłankę takiego kontaktu można wskazać **więzi osobowe** występujące pomiędzy przedsiębiorcami (chodzi tu o m.in. więzi biologiczne czy prawne). Kolejną przesłanką jest zamieszkiwanie lub prowadzenie działalności gospodarczej pod tym samym adresem – **zbieżność adresowa**. Można przy tym wyróżnić **zbieżność adresową pierwszego stopnia** (tj. identyczna siedziba przedsiębiorców lub faktycznego wykonywania działalności) oraz **zbieżność adresową drugiego stopnia** (np. należące do uczestników porozumienia sąsiadujące działki, czy magazyny, gdzie przechowywany jest sprzęt do prowadzenia działalności gospodarczej).<sup>23</sup>

Trzecią przesłanką mogącą świadczyć o występowaniu kontaktu pomiędzy przedsiębiorcami wiąże się z łączącymi ich **związkami gospodarczymi**, które można podzielić na stałe i incydentalne.<sup>24</sup>

### ***Kontakt i współpraca uczestników porozumienia***

W niniejszej sprawie kontakt występujący pomiędzy stronami przedmiotowego porozumienia jest niezaprzeczalny i udowodniony. Wyraża się on poprzez więzi osobowe

<sup>22</sup> Ł. Dubiński, *Sugerowanie cen...*, *op.cit.*

<sup>23</sup> Ibidem, vide: decyzja Prezesa UOKiK nr 28/2005,

<sup>24</sup> Ibidem,

między spółką TOP 2001 i Katarzyną Rafałko w osobie pana K.R., Dyrektora Generalnego TOP 2001, męża Katarzyny Rafałko, a także poprzez zatrudnianie pani B.G. przez trzy firmy do nadzoru nad wykonawstwem w przetargach oraz poprzez faktyczne prowadzenie działalności trzech firm pod tym samym adresem. Między tymi trzema przedsiębiorcami istnieją również powiązania gospodarcze, tj. stałe związki jak umowa najmu TOP z Jackiem Zarzeckim i Katarzyną Rafałko, oraz incydentalne jak umowy podwykonawstwa na określone usługi, czy też użyczenie sprzętu.

### ***Kontakt Katarzyna Rafałko – TOP 2001***

W kontakcie między spółką TOP 2001 a Katarzyną Rafałko najistotniejszą okolicznością jest faktyczne prowadzenie firmy Katarzyny Rafałko przez jej męża, K.R., będącego jednocześnie Dyrektorem Generalnym w spółce TOP 2001.

Ponadto wskazać należy, iż K.P., Prezes TOP 2001 jest szwagrem Katarzyny Rafałko (nazwisko rodowe: Morozewicz; jej siostra A. P. – z domu M. jest żoną K.P.). Ponadto, pani M.M., udziałowic w spółce TOP 2001 jest siostrą cioteczną Katarzyny Rafałko (vide: protokół kontroli CBA, k. 1051-1052v, 1054-1064v.).

Katarzyna Rafałko udzieliła panu K.R. ogólnego pełnomocnictwa z dnia 15 marca 2013r., które uprawnia go m. in do podpisywania w jej imieniu dokumentów, umów, deklaracji, formularzy ofertowych, oraz ich składania w instytucjach, zaciągania zobowiązań w imieniu GARDEN-COM Katarzyna Rafałko, reprezentowania jej we wszystkich przetargach (vide: k. 538).

Pan K.R. podpisał m. in. umowę nr GDDKiA-O/OL-R2-Z1-2814-01/13 Zadanie nr 3 z dnia 6 maja 2013r. (dotyczącą przetargu nr 1) z upoważnienia Katarzyny Rafałko, na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu dnia 6 maja 2013r. jako **współpracownikowi Katarzyny Rafałko**.

Z oświadczenia TOP 2001 z dnia 21 lutego 2012r. podpisanego przez pana K.R., (pozyskanym w toku kontroli TOP 2001) odnośnie przetargu na *Letnie oczyszczanie chodników, ścieżek rowerowych, przystanków komunikacji miejskiej oraz opróżnianie śmietniczek na terenie miasta Białegostoku* wynika, iż TOP 2001 udostępni Katarzynie Rafałko jako ubiegającej się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (...) sztuk zamiatarek mechanicznych na okres realizacji zamówienia (vide: k. 539).

Przy podpisaniu umowy nr GDDKiA-O/OL-Z11-281/14.2/2013 Zadanie nr 2 z dnia 26 czerwca 2013r. (dotyczącą przetargu nr 3) oraz umowy nr GDDKiA-O-OI-Z13-28/2.1/2013 Zadanie nr 3 z dnia 26 czerwca 2013r. z Katarzyną Rafałko była ona reprezentowana przez pana **R. G.**, zaś jako osobę odpowiedzialną za przebieg i realizację obu umów z ramienia Wykonawcy wskazano panią **B. G.**, współpracownicę Katarzyny Rafałko.

Natomiast umowy nr GDDKiA-O/OL-Z13-28/2.1/2013 z dnia 19 czerwca 2013r. Zadanie nr 1, nr GDDKiA-O/OL-Z13-28/2.2/2013 z dnia 19 czerwca 2013r. Zadanie nr 2, nr GDDKiA-O/OL-Z13-28/2.3/2013 z dnia 19 czerwca 2013r. Zadanie nr 3 (dotyczące przetargu nr 4) w imieniu Katarzyny Rafałko podpisała pani **B. G.** na podstawie udzielonego jej jako **współpracownicy** pełnomocnictwa z dnia 19.06.2013r. Pani **B. G.** została także wyznaczona jako osoba odpowiedzialna z ramienia Wykonawcy za przebieg i realizację wszystkich trzech w/w umów.

Tymczasem umowy nr GDDKiA-O/OL-R2-Z1-2814-02/13 Zadanie nr 19 z dnia 3 czerwca 2013r. (dotyczącą przetargu nr 2) oraz nr GDDKiA-O/OL-R2-Z1-2814-02/13



Zadanie nr 22 z dnia 3 czerwca 2013r. w imieniu TOP 2001 podpisał jej pełnomocnik pan R. G. na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa z dnia 31 maja 2013r., będąc **zatrudniony w TOP 2001 na stanowisku specjalisty do spraw usług (vide: k. 323-324v.)**. Ofertę TOP 2001 do tego przetargu podpisała pani B.G., **Dyrektor w TOP 2001**, występująca także w tych umowach jako osoba odpowiedzialna z ramienia Wykonawcy za przebieg i realizację umowy. Polisę ubezpieczeniową OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej nr 436000002995, dołączoną do ofert TOP 2001 w tych przetargach w imieniu Spółki, podpisał **Dyrektor Generalny TOP 2001 pan K.R.** (vide: k. 329-330).

W tym miejscu wskazać należy, iż Katarzynę Rafałko i TOP 2001 łączy stała więź gospodarcza polegająca m.in. na wynajmowaniu przez TOP 2001 Katarzynie Rafałko lokalu użytkowego przy ul. Octowej 4C oraz części placu o powierzchni ok. 1000 mkw (vide: k. 533-536).

### ***Kontakt Jacek Zarzecki – TOP 2001***

Jeśli chodzi o kontakt Jacka Zarzeckiego ze spółką TOP 2001 wskazać należy przede wszystkim na posiadanie faktycznej siedziby prowadzonej działalności pod tym samym adresem w sąsiadujących ze sobą budynkach. Ponadto, od sierpnia 2011r. Jacek Zarzecki wynajmuje od TOP 2001 przy ul. Octowej 4C lokal użytkowy oraz część placu o powierzchni ok. 1000 mkw (vide: k. 375-377).

Już w 2012 roku przedsiębiorcy Ci wskazywali wspólny numer kontaktowy podawany w wyniku realizacji zimowego oczyszczania miasta Białegostoku. Z ogłoszenia o *Zimowym oczyszczaniu miasta* (na stronie internetowej [www.bialystok.pl/154-szczegoly-aktualnosci/newsid/3595/default](http://www.bialystok.pl/154-szczegoly-aktualnosci/newsid/3595/default)), wynikało, iż Jacek Zarzecki wykonywał usługi oczyszczania w sektorze I, zaś TOP 2001 w sektorze II, podawali oni ten sam numer telefonu do kontaktu. Informacja ta miała następującą treść:

***„25.10.2012 10:04***

***Podobnie jak w ubiegłych latach, miasto zostało podzielone na sektory. Za kompleksowe utrzymanie ulic w każdym z sektorów bezpośrednio odpowiedzialne są firmy oczyszczające, wyłonione w przetargu:***

- ***Sektor I*** – „PHU Jacek Zarzecki”, tel./fax 85-662-37-90, kom. 519-334-701,
- ***Sektor II*** – „Top 2001”, tel./fax 85-662-37-90, kom. 519-334-701. (vide: notatka służbowa ze stosownym wydrukiem, k. 754-760v)”.

Wskazać należy, iż numer telefonu operatora Orange Polska 519334701 należy do TOP 2001 Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (vide: k. 1044).

Pozyskano także dokumenty świadczące o współpracy obu firm w szerokim zakresie (umowa najmu samochodu z 02.03.2009r. (k. 371-372), umowa nr 1/ZIMA/2009 z 25.11.2009r. dotycząca realizacji przez Jacka Zarzeckiego prac polegających na zimowym oczyszczaniu miasta na zlecenie TOP 2001 przez okres od 25.11.2009r. do 30.04.2011r. (vide: 373-374), czy też umowa z 07.04.2014r., której przedmiotem jest użyczenie przez Jacka Zarzeckiego na rzecz TOP 2001 (...) zamiatarek (vide: k. 378).

W oświadczeniu z dnia 21 lutego 2012r., pozyskanym w toku kontroli, dotyczącym przetargu na *Letnie oczyszczanie zieleńców na pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku* TOP 2001 oświadczył, iż udostępni Jackowi Zarzeckiemu jako wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (...) sztuk kosiarek spalinowych na okres realizacji zamówienia (vide: k. 540).

Jacek Zarzecki oświadczył również w toku kontroli, iż zamawiał w TOP 2001 sprzęt do prowadzonej działalności, który sprowadzał dla niego pan K.R.

Wskazać także należy, iż do przetargu *Kompleksowe – całoroczne (letnie i zimowe) - utrzymanie drogi ekspresowej S2 na odcinku od węzła Konotopa (bez węzła) do węzła Puławska wraz z odcinkiem drogi ekspresowej S8 od węzła Salomea do węzła Opacz oraz odcinkiem drogi ekspresowej S79 od węzła Lotnisko do węzła Marynarska, wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi* Jacek Zarzecki i TOP 2001 przystąpili jako konsorcjanci (vide: umowa konsorcjum z dnia 10.09.2013r., k. 1098-1100).

Ponadto, w toku kontroli w TOP 2001, pozyskano dokumenty wskazujące na współpracę Pana Jacka Zarzeckiego z panią B. G., które to dokumenty znajdowały się w gabinecie zajmowanym przez Panią B. G. w budynku TOP 2001. W piśmie z dnia 14.06.2012r. Jacek Zarzecki poinformował GDDKiA Oddział w Białymstoku, iż nastąpiła zmiana przedstawiciela wykonawcy i jest nią obecnie pani B. G. (vide: k. 584, pełnomocnictwo z dnia 20.06.2012r. Jacka Zarzeckiego dla B.G. *do podpisywania w imieniu spółki wszelkiego rodzaju dokumentów związanych z realizacją umów zawartych z Urzędem Miasta w Białymstoku* udzielone bezterminowo – vide: k. 588). Pani B.G. reprezentowała także Jacka Zarzeckiego przy dokonywaniu odbiorów robót (vide: k. 547, 585, 591).

### ***Kontakt Katarzyna Rafałko – Jacek Zarzecki***

Jeśli chodzi o kontakty Katarzyny Rafałko i Jacka Zarzeckiego także są one bezsporne i wynikają przede wszystkim ze zbieżności adresowej. Katarzyna Rafałko i Jacek Zarzecki wynajmują od TOP 2001 lokale użytkowe pod tym samym adresem oraz część placu.

We wszystkich czterech ofertach Katarzyny Rafałko do czterech przetargów organizowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie, numer telefonu wskazany do kontaktu - 85/653-74-09 - jest taki sam jak nr telefonu Jacka Zarzeckiego znajdujący się na jego pieczęcie firmowej.

W toku kontroli pozyskano także umowę z dnia 15 listopada 2013r. zawartą pomiędzy Jackiem Zarzeckim a Katarzyną Rafałko, której przedmiotem było przyrzeczenie przez Jacka Zarzeckiego wynajmu sprzętu specjalistycznego do usuwania śliskości oraz jej zapobiegania na rzecz Katarzyny Rafałko (vide: k. 541).

Ponadto, Jacek Zarzecki wystawił Katarzynie Rafałko referencje z dnia 11 marca 2014r., z których wynikało, iż zrealizowała jako podwykonawca w okresie od 1.04.2013r. – 31.12.2013r. zadanie polegające na utrzymaniu czystości na terenie działek gminnych Zarządu Mienia Komunalnego w Białymstoku wraz z ich pielęgnacją. Wartość prac wyniosła (...) zł brutto. Prace zostały wykonane z należyłą starannością, terminowo i fachowo, a współpraca przebiegała bez zastrzeżeń (vide: k. 537).

W toku kontroli u Jacka Zarzeckiego znaleziono ponadto wiele dokumentów świadczących o tym, iż sprawy prowadzonej działalności Katarzyny Rafałko, Jacka Zarzeckiego, a także TOP 2001 były załatwiane wspólnie na rzecz wszystkich przedsiębiorców przez pracownicę Jacka Zarzeckiego, panią K. W. (vide: k. 615-694). Ponadto, Pani K. W. otrzymała pełnomocnictwo od Katarzyny Rafałko z dnia 14.11.2013r. *do zawarcia umowy i składania podpisu w moim imieniu*. Pełnomocnictwo zostało udzielone na czas nieokreślony (vide: k. 619).

Odnosnie kontaktu pomiędzy przedsiębiorcami podsumowująco można przytoczyć także fragment oświadczenia pani B. G., która wskazała:

*Jeśli chodzi o Panią Katarzynę Rafalko i Jacka Zarzeckiego kontaktujemy się telefonicznie w celu realizacji wiążącej nas umowy o dzieło. Na tym terenie pracuje Pan Jacek, więc również osobiście się kontaktujemy, ten kontakt jest częstszy. Sprawy Gardencom załatwiam w większości przez Pana K.R., bo jest tu na miejscu. Pan K.R. prowadzi sprawy w imieniu pani Katarzyny (vide: k. 385).*

### ***Współpraca przedsiębiorców ułatwiająca zawarcie porozumienia***

Kolejnym elementem świadczącym o istniejących pomiędzy stronami postępowania powiązaniach jest element współpracy przedsiębiorców prowadzący do zmniejszania ich kosztów. Przedsiębiorcy wprost wskazują, iż w przypadku dużej ilości zleceń podzlecają sobie je nawzajem (vide: oświadczenia K.R., k. 354).

#### Oświadczenia pana K.R.:

*Nie ukrywamy, że współpracujemy razem. (...) TOP 2001 posiada tutaj sprzęt, stoi tutaj sprzęt GARDEN-COM i Zarzeckiego, zmniejszamy w ten sposób koszty wspólnie (...), zminimalizowaliśmy koszty dozoru i przez to jesteśmy atrakcyjni cenowo (...). Przyznaję się do współpracy firm w sensie gospodarczym, nie przyznaje się do stosowania zmwów cenowych (...). Koszty są kalkulowane w TOP 2001 w ten sposób, że uczestniczy zawsze w przetargach podobnego typu, ja i Pani B.G. znamy te koszty, wiemy, ile w poprzednich przetargach wyszło zysku i wiemy, ile możemy zejść w dół (vide: k. 353-355).*

#### Oświadczenia pani B.G.:

*Wzajemne wsparcie gospodarcze polega na tym, że jak któraś z firm wygra przetarg i realizują umowę i nie wyrabia się sprzętowo, to jak w drugiej firmie sprzęt jest dostępny to jest on używany – tylko takie jest wsparcie między firmami (vide: k. 385-386).*

#### Oświadczenie Jacka Zarzeckiego:

*W przypadku większych prac muszę korzystać z podwykonawstwa spółki TOP 2001 (k.696).*

Dotychczasowa współpraca przedsiębiorców także wskazywała na podzlecanie sobie zadań oraz wzajemne wypożyczanie sprzętu (vide: oświadczenie Jacka Zarzeckiego na k. 696, oświadczenie pana K.R. na k. 353-355, oświadczenie pani B.G. na k. 385-386, oraz dokumenty na k. 373-374, 537).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż strony przedmiotowego postępowania miały bardzo sprzyjające warunki ku temu, by dokonać uzgodnień warunków składanych ofert, w szczególności cen poszczególnych przedsiębiorców. Będąc w stałym kontakcie telefonicznym a także posiadając faktyczne siedziby swoich firm w jednym miejscu, mieli znacznie ułatwiony kontakt osobisty do dokonywania antykonkurencyjnych ustaleń. Skutkowało to także szerszym dostępem do innych informacji, będących na rynku konkurencyjnym informacjami newralgicznymi. Zarazem współpraca polegająca na wzajemnym podzlecaniu sobie zadań, jakkolwiek sama w sobie nie stanowi naruszenia prawa konkurencji, a nawet zasadniczo sprzyja konkurencyjności rynku (z uwagi na obniżenie kosztów działających na nim przedsiębiorców), może w określonych okolicznościach stanowić mechanizm stabilizujący porozumienie ograniczające konkurencję, poprzez ułatwienie podziału zysków z takiego porozumienia między jego uczestników.

Istotny dla niniejszego postępowania jest także fakt współdzielenia przez strony także kosztów lokalowych (vide: umowy najmu TOP 2001 z Katarzyną Rafałko oraz Jackiem Zarzeckim), kosztów sprzętu a także zlecenia nadzoru wykonywania umów jednej osobie, tj. pani B.G., co zostało wykazane w części ustalającej decyzji.

Sam fakt znajomości kosztów przez pana K.R., ponoszonych przez TOP (vide zeznania k. 354: „wiemy ile w poprzednich przetargach wyszło zysku i wiemy ile możemy zejść w dół. Udaje się nam wypracować zysk z oszczędności kosztów”) a jednocześnie znajomość kosztów i cen kalkulowanych w firmie Katarzyny Rafałko, którą *de facto* prowadzi on sam, świadczy o możliwości ustalenia konkretnej oferty w przetargu.

Wyżej wymienieni przedsiębiorcy byli zatem w posiadaniu informacji o bardzo dużym znaczeniu ekonomicznym, które na rynku konkurencyjnym byłyby ściśle chronione przez konkurentów rynkowych. Są to bowiem informacje poufne, wrażliwe z punktu widzenia konkurencji. W tym miejscu przywołać należy stanowisko doktryny, zgodnie z którym za poufne informacje uważa w szczególności informacje o ponoszonych kosztach.<sup>25</sup> Dostęp bowiem do szczegółowych informacji o działaniach konkurentów, stosowanych przez nich cenach, ponoszonych kosztach, wielkości produkcji, realizowanych zamówieniach itp. może ułatwić znowę oraz koordynację działań konkurujących ze sobą firm.<sup>26</sup>

Koordynacja zachowań poprzez przedstawioną współpracę, a także wymiana powyższych informacji pomiędzy stronami postępowania przybrała charakter antykonkurencyjny i doprowadziła do negatywnych konsekwencji w postaci znowy przetargowej, na co wskazuje zachowanie uczestników postępowania przedstawione w dalszej części niniejszej decyzji.

#### **Ad B.**

Jak wskazuje się w doktrynie, przedsiębiorcy przystępujący do antykonkurencyjnego porozumienia budują mechanizm *praktycznej kooperacji między nimi, która ma zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem*.<sup>27</sup> Zatem celem porozumienia ograniczającego konkurencję jest usunięcie niepewności co do sposobu postępowania przedsiębiorców (w szczególności konkurentów) za cenę przynajmniej częściowego zrzeczenia się przez uczestników porozumienia niezależności w zakresie ustalania własnej polityki handlowej.<sup>28</sup>

W niniejszej sprawie skoordynowane zachowania stron postępowania wynikają z ustalonych faktów i powiązań osobowych oraz zależności gospodarczych występujących między nimi. Przedsiębiorcy ci, aby uzyskać zamówienia w ramach prowadzonych postępowań przetargowych w pierwszym etapie znowy dokonywali uzgodnienia cen. Poszczególne oferty w każdym zadaniu były odpowiednio „rozstawione” i zawierały ceny znacznie różniące się od siebie. Następnie w toku postępowań stosowali mechanizmy porozumienia przetargowego w zakresie wycofywania ofert, czy też wskazywania, że składane oferty zawierają rażąco niską cenę. Składanie odrębnych ofert w jednym postępowaniu przetargowym przez w/w przedsiębiorców, tak ściśle współpracujących ze sobą, pozwalało na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Praktyka taka skutkowałą wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu

<sup>25</sup> Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w świetle prawa ochrony konkurencji*. Przegląd Prawa Handlowego, styczeń 2011, s.37

<sup>26</sup> Ibidem, s. 36,

<sup>27</sup> Por. wyrok ETS z 14 lipca 1972r. w sprawie Imperial Chemical Industries Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Z. Wyr. ETS 1972, s.619,

<sup>28</sup> Łukasz Dubiński, *Sugerowanie cen czy znowa*, str. 5.

konkurencji, gdyż konkurencja ta była pozorna i umożliwiała uzyskanie stronom niniejszego postępowania zamówienia na korzystniejszych warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji.

### **1. Ustalenie ceny.**

Na potwierdzenie powyższej tezy wskazać należy, iż z ustalonego stanu faktycznego wynika, że we wszystkich omawianych przetargach oferty Katarzyny Rafałko, Jacka Zarzeckiego oraz TOP 2001 były składane według określonego schematu dotyczącego tych trzech przedsiębiorców, w którym najtańsza była zawsze oferta Katarzyny Rafałko. W przetargu nr 1, po Katarzynie Rafałko, następny w kolejności był TOP 2001, po nim zaś Jacek Zarzecki. Następnie w przetargu nr 2, po Katarzynie Rafałko, kolejną ofertą była oferta Jacka Zarzeckiego, po nim zaś TOP 2001. W przetargach nr 3 i 4, TOP 2001 miał zawsze droższą ofertę od Katarzyny Rafałko.

Z powyższego wynika zatem, iż przedsiębiorcy w pierwszej kolejności uzgadniali ceny, jakie zaproponują w swoich ofertach rozstawiając je w stosownych odstępach cenowych, stosując następnie mechanizm wycofywania ofert, czy też wskazywania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji prowadziło do jej odrzucenia.

### **2. Zachowania przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego mające prowadzić do wyboru z góry ustalonej oferty (najdroższej) jednego z nich.**

Jeżeli po otwarciu ofert, okazywało się, iż najkorzystniejszą cenę oferuje Katarzyna Rafałko, zaś następni w kolejności są TOP 2001 lub Jacek Zarzecki dwaj pierwsi przedsiębiorcy lub pierwszy rezygnował z uczestnictwa w przetargu, by dać możliwość wygrania kolejnemu w zestawieniu ofert pod względem zaproponowanej ceny.

Taka sytuacja, gdy trzech z w/w przedsiębiorców występuje po sobie w kolejności, miała miejsce w przetargu nr 1, w zadaniu nr 3, 5, 10 i 11, a okoliczności sprzyjające ustalonemu zachowaniu wystąpiły w zadaniu nr 5, 10 i 11 tego przetargu.

W zadaniach nr 5, 10 i 11 Katarzyna Rafałko i TOP 2001 wezwani do wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny (zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp) już po otwarciu ofert, wskazali, iż zaproponowana przez nich cena na zadanie 5, 10 i 11 jest rażąco niska. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 87 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp prowadzący postępowanie ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Działania te zapewniły wykonawcy, posiadającemu najdroższą ofertę spośród uczestników porozumienia, a więc Jackowi Zarzeckiemu, wygranie przetargu. Jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W zadaniu nr 3 w/w schemat nie znalazł zastosowania z uwagi na fakt, iż najtańsza oferta Katarzyny Rafałko była wyższa od ceny, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. W takiej sytuacji Zamawiający, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp mógł zwiększyć tę kwotę tylko do ceny najkorzystniejszej oferty. Ewentualna rezygnacja Katarzyny Rafałko na rzecz TOP 2001 mogłaby prowadzić do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. GDDKiA ma możliwość zaakceptowania wyższej od planowanej najkorzystniejszej oferty, jeśli pozwala na to budżet rejonu lub oddziału GDDKiA, jednakże oferenci do końca nie wiedzą, czy taka oferta zostanie zaakceptowana.

Kolejnym schematem, wskazującym na skoordynowane działania Stron w toku poszczególnych postępowań przetargowych, były sytuacje, jakie zaistniały w przetargu nr 2. Jeżeli najkorzystniejszą ofertą okazała się oferta jednego z przedsiębiorców, a oferta drugiego

z nich była na drugim miejscu, to przedsiębiorca, z którym miała być podpisana umowa przesyłał oświadczenie, w którym odmawiał jej podpisania.

Taki przypadek w przetargu nr 2, miał miejsce w zadaniach nr 14, 15 i 16. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Katarzyny Rafałko, po czym odmówiła ona zawarcia umowy nie wskazując konkretnej przyczyny. Druga z kolei była oferta Jacka Zarzeckiego.

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 94 ust. 3 pzp Zamawiający mógł wybrać ofertę zajmującą drugie miejsce pod względem zaproponowanej ceny. W przetargu nr 2 na zadania 14, 15 i 16 kolejną najkorzystniejszą cenę zaproponował Jacek Zarzecki. Jednakże Zamawiający, korzystając z fakultatywnego charakteru wskazanego przepisu (podejrzewając już wyżej opisane uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorcami, vide: pismo GDDKiA z dnia 28.11.2014r., k. 1007v.) nie podpisał z nim umowy. Katarzyna Rafałko utraciła zaś wpłacone wadium w wysokości (...) zł za zadania nr 14, 15 i 16.

### **3. Podobieństwo złożonych wyjaśnień.**

Następnie, Prezes UOKiK przeanalizował treść złożonych przez przedsiębiorców pism w toku postępowania przetargowego. W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w zakresie ustalonej ceny, przedsiębiorcy używali podobnych sformułowań wskazując te same argumenty, w szczególności dotyczące ponownej analizy kosztów oraz znaczną różnicę pomiędzy ceną zaproponowaną przez przedsiębiorcę a ceną przeznaczoną przez zamawiającego na zadanie.

W przetargu nr 1 Katarzyna Rafałko wyjaśniła, iż po *głębszej analizie czynników cenotwórczych i po wykryciu błędu obrachunkowego przy kalkulacji w zadaniu nr 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, uważa zaproponowane ceny za znacznie odbiegające od cen, którą Zamawiający miał przeznaczyć na realizację tych zadań, uznając zaproponowane ceny za rażąco niskie. W jej ocenie, **realizacja ww. zadań w takich cenach nie gwarantowała by jego prawidłowego wykonania.**<sup>29</sup>*

Ponadto, TOP 2001 wezwana do tożsamych wyjaśnień również wskazała, iż *dokonała ponownej kalkulacji i obliczeń. Okazało się, że zaproponowane ceny w ofercie na wykonanie zadania nr 5, 10, 11 nie gwarantują osiągnięcia dochodu i znacznie odbiegają od wartości cen przeznaczonych przez zamawiającego na poszczególne zadania. W związku z tym ceny te nie mogą gwarantować prawidłowe wykonanie zadania nr 5, 10, 11.*<sup>30</sup>

Zwrócić należy także uwagę na identyczne wyjaśnienia dwóch przedsiębiorców złożone wprawdzie w dwóch różnych przetargach. Zarówno TOP 2001 w przetargu nr 1 składając oświadczenie o rażąco niskiej cenie zastosowanej w ofercie na zadanie 5,10 i 11, jak i Jacek Zarzecki w przetargu nr 2 na zadanie 13 uzasadnili swoje stanowisko zdaniem o tożsamym brzmieniu:

*TOP 2001: okazało się, że zaproponowane ceny w ofercie na wykonanie zadania nr 5, 10, 11 nie gwarantują osiągnięcia dochodu i znacznie odbiegają od wartości cen przeznaczonych przez zamawiającego na poszczególne zadania. W związku z tym ceny te nie mogą gwarantować prawidłowe wykonanie zadania nr 5, 10, 11.*

*Jacek Zarzecki: okazało się, że zaproponowana cena w ofercie na wykonanie zadanie nr 13 nie gwarantuje osiągnięcia dochodu i znacznie odbiegają od wartości ceny*

<sup>29</sup> Tekst wyróżniony kursywą stanowi oryginalną treść pisma Katarzyny Rafałko z dnia 19.04.2013r. w przytoczonym zakresie;

<sup>30</sup> Tekst wyróżniony kursywą stanowi oryginalną treść pisma TOP 2001 z dnia 25.04.2013r. w przytoczonym zakresie;

przeznaczonej przez zamawiającego na to zadanie. W związku z tym cena ta nie gwarantuje prawidłowe wykonanie zadania nr 13.<sup>31</sup>

Jak wynika z powyższego, oba wyjaśnienia zawierają także identyczny błąd gramatyczny. W ocenie Prezesa UOKiK, świadczy to o współpracy przedsiębiorców w związku z przetargami, w których powinni brać udział jako konkurenci.

Ponadto, uznać należy, iż wystąpienie przez Zamawiającego do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 pzp ustanawia swoiste domniemanie zaferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Domniemanie to ma charakter wzruszalny, gdyż wykonawca może je obalić poprzez złożenie wyjaśnień pozwalających Zamawiającemu ocenić czy zaferowana cena jest rażąco niska.<sup>32</sup>

Tymczasem, wyjaśnienia przedsiębiorców w zakresie zaproponowanej przez nich ceny miały charakter ogólnikowy, nie zawierały szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji. Uznać zatem należy, iż w/w wyjaśnienia nie zmierzały do uzasadnienia ustalonej przez siebie ceny, przez co spowodowały odrzucenie ofert przez Zamawiającego. Z zeznań świadka pana K. H. wynika, iż nie spotkał się on z taką sytuacją wcześniej. Przedsiębiorcy bronią swoich cen pomimo tego, że sami uważają je za rażąco niskie wskazując przykładowo, iż pomoc rodziny obniża koszty.

#### 4. Złożenie ofert o tej samej godzinie.

Dostarczenie ofert o jednakowej porze, i to bardzo krótko przed upływem terminu ich składania, wskazuje że zostało dokonane przez jedną osobę, która złożyła oferty trzech, potencjalnie konkurujących ze sobą, przedsiębiorców.

Powyższe okoliczności wskazują na to, iż strony postępowania działały w porozumieniu i w sposób niedozwolony zamierzały wpływać na wynik przetargu. Ustalenie cen w ofertach znacznie różniące się od siebie pozwalały na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego.

W doktrynie wskazuje się, iż podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję rodzi się przykładowo w przypadku, gdy dla skoordynowanych zachowań uczestników rynku nie można ustalić innego niż działanie w ramach porozumienia ograniczającego konkurencję racjonalnego uzasadnienia postępowania przedsiębiorcy. Brak rzeczywistego (racjonalnego) uzasadnienia dotyczy przypadków, w których zachowanie przedsiębiorców nie daje się wytłumaczyć z punktu widzenia doświadczenia życiowego inaczej niż uczestnictwem w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Do tej grupy okoliczności należy przede wszystkim zjawisko określane jako nierealny zbieg okoliczności, czyli sytuacja, w której następuje spora lub wręcz idealna czasowa lub przedmiotowa zbieżność zachowań przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu.<sup>33</sup> Przykładem nierealnego zbiegu okoliczności w aspekcie przedmiotowym jest sytuacja, w której przedsiębiorcy w przetargu takimi samymi<sup>34</sup> lub podobnymi<sup>35</sup> pod względem graficznym lub treściowym

<sup>31</sup> Tekst wyróżniony kursywą stanowi oryginalną treść pisma Jacka Zarzeckiego z dnia 20.05.2013r. w przytoczonym zakresie;

<sup>32</sup> Bernadeta Podraska, *Rażąco niska cena*, 15 lipca 2013r., <http://zamowienia-publiczne.net>;

<sup>33</sup> Łukasz Dubiński, *Sugerowanie cen czy zmowa? Dowody zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję*,

<sup>34</sup> Vide: decyzja Prezesa UOKiK RKT-22/2007,

<sup>35</sup> Vide: decyzja Prezesa UOKiK RLU-21/2005,

dokumentami. Zbieżność treściowa może polegać nie tylko na zawarciu w przedkładanych w toku procedury przetargowej dokumentach identycznie brzmiących sformułowań<sup>36</sup>, ale także na popełnieniu w nich podobnych lub takich samych błędów.<sup>37</sup>

Zmowom przetargowym często towarzyszy porozumienie dotyczące podwykonawstwa. Zgodnie z treścią umowy, konkurenci, którzy zgodzili się nie składać oferty lub złożyć ofertę z góry obliczoną na przegraną, otrzymują kontrakty podwykonawcze od przedsiębiorcy, który wygrał przetarg. W ten sposób następuje podział zysków między uczestnikami porozumienia.<sup>38</sup>

Niezależną od nierealnych zbiegów okoliczności kategorią zachowań przedsiębiorców, która nie posiada racjonalnego uzasadnienia, są ich działania lub zaniechania, które w rażący sposób przeczą profesjonalnemu charakterowi prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.<sup>39</sup> Rezygnowanie z przetargu może wskazywać, iż dani przedsiębiorcy zawarli umowę określaną jako *piramida przetargowa*. *Ta forma porozumienia polega na tym, że przedsiębiorcy biorą udział w jednym przetargu, a każdy z uczestników umowy startuje z przydzieloną kwotą ofertową. Przy tym wielkość kwot układa się stopniowo. Przykładowo uczestnikami porozumienia są X – 80 tys. zł, Y – 90 tys. zł, Z – 100 tys. zł. Jeżeli wygra X to wycofuje się z przetargu, a za nim wycofują się kolejni uczestnicy umowy aż do tego uczestnika umowy, za którym znajduje się już neutralny uczestnik przetargu. W ten sposób uczestnicy przetargu mogą ustalić, jak wygrać przetarg z jak najwyższą kwotą ofertową, podczas gdy zamawiający chce wyłonić w przetargu najtańszego oferenta.*<sup>40</sup>

W niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa UOKiK, mamy do czynienia właśnie ze umową przetargową w formie wycofywania ofert, o czym świadczą przedstawione powyżej argumenty.

## 5. Inne przetargi.

W tym miejscu należy także wskazać na podobne zachowania przedsiębiorców w przetargach organizowanych przez Urząd Miasta Białegostoku w latach 2010 – 2012 oraz przetarg dotyczący *Utrzymania działek gminnych Skarbu Państwa zlokalizowanych na terenie Miasta Białegostoku*, który został ogłoszony 6 lutego 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 7 maja 2014r., sygn. akt KIO 813/14, mając na uwadze zachowania przedsiębiorców: Katarzyny Rafałko, Jacka Zarzeckiego oraz TOP 2001 w tym przetargu, a także w przetargach z lat poprzednich organizowanych przez Miasto Białystok stwierdziła, iż w/w przedsiębiorcy działali w porozumieniu w przedmiotowym przetargu. KIO wprawdzie wskazała, iż nie ma dowodu bezpośredniego na istnienie porozumienia między stronami postępowania, jednakże nie stanowiło to przeszkody w ustaleniu, iż porozumienie między nimi zostało zawarte na podstawie różnych okoliczności towarzyszących udziałowi tych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz w postępowaniach wcześniejszych. W uzasadnieniu wyroku, KIO podkreśliła, iż w rozstrzyganej sprawie (KIO 813/14) *mamy do czynienia z kilkuletnią historią udziału w/w firm w przetargach organizowanych przez tego samego zamawiającego. Jak wynika z przebiegu udokumentowanych postępowań z lat ubiegłych, sposób działania w/w wykonawców i ich udziału w przetargach jest bardzo*

<sup>36</sup> Ibidem,

<sup>37</sup> Vide: decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-28/2005,

<sup>38</sup> Daniel Wojtczak, *Zwalczanie umów przetargowych w Polsce*,

<sup>39</sup> Dubiński, *Sugerowanie cen...*, op. cit.

<sup>40</sup> Przykład za Łukaszem Dubińskim, *Sugerowanie cen...*, ibidem.



*czytelny i jednoznaczny, w szczególności w świetle wielokrotnie powtarzanego w poprzednich przetargach identycznego zachowania tych wykonawców, zmierzającego zawsze do wyboru przez zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej, oferty możliwie najdroższej z ofert przez nich złożonych oraz dążeniu do podzielenia pomiędzy siebie poszczególnych części zamówień. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, iż w/w wykonawcy działali w porozumieniu w przedmiotowym przetargu. Pomiedzy wykonawcami istnieją od lat również inne powiązania osobowe, co dowodzi bliskich związków organizacyjnych i biznesowych pomiędzy tymi przedsiębiorcami.*

Zauważyć także trzeba, iż podobne zachowania przedsiębiorców miały miejsce w przetargach organizowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku w latach 2010 – 2014 (vide: protokół kontroli CBA Delegatura w Białymstoku z dnia 31.10.2014r.).

### **Ad C. Brak wiarygodnych wyjaśnień.**

Strony zaprzeczyły, aby działały w porozumieniu i uzgadniały warunki składanych ofert we wskazanych postępowaniach przetargowych. Wskazały, iż wnioski takie wynikają z jednostkowych i całkowicie przypadkowych zbiegów okoliczności.

Za nieprawdziwością takich twierdzeń przemawiają następujące argumenty:

**Po pierwsze,** strony wskazały, iż nie brały udziału w zмовie przetargowej, podczas gdy porozumienie było wykonywane. W przetargu nr 1 w zadaniu nr 5,10 i 11 strony osiągnęły swój cel i nastąpił wybór najdroższej oferty Jacka Zarzeckiego. W przetargu nr 2 w zadaniu nr 14, 15 i 16 strony podjęły niezbędne czynności do ziszczenia się porozumienia, jednakże z uwagi na niezależne od siebie okoliczności w postaci zamknięcia postępowania przez Zamawiającego z uwagi na podejrzenia zмовy, nie udało się zrealizować zamiaru stron.

**Po drugie,** niewiarygodne są oświadczenia Katarzyny Rafałko o rażąco niskiej cenie, w szczególności w zakresie dotyczącym zadania 5 i 10 w przetargu nr 1 (vide: tabela nr 4 i 11). Porównanie bowiem cen jednostkowych zaproponowanych przez Katarzynę Rafałko w przetargach 3, 4 i 5 oraz 6, 7, 8, 9, 10 i 12 wskazują na to, iż w tych przetargach, gdzie Katarzyna Rafałko złożyła oświadczenie o rażąco niskiej cenie, cena jednostkowa była wyższa niż w tych ofertach, gdzie takiego oświadczenia nie było. Ponadto, z wyjaśnień GDDKiA wynika, iż żadne z tych zadań nie było szczególnie trudne do wykonania. Ponadto, należy wziąć także pod uwagę wyjaśnienia Katarzyny Rafałko z dnia 25 kwietnia 2013r., w których wskazuje, iż koszty dojazdu minimalizuje poprzez pozostawianie sprzętu na miejscu, a także redukuje koszty pracownicze poprzez zawieranie z „pracownikami” umów o dzieło.

Ponadto, za niewiarygodnością takiego niedoszacowania przemawia także wieloletnie doświadczenie, jakie posiada w tej branży pan K.R., który faktycznie oferty te sporządzał.

Wskazać w tym miejscu należy, iż z doświadczenia GDDKiA wynika, iż *zwykle jest tak, że przedsiębiorcy bronią swych cen pomimo tego, że sami uważają je za niskie wskazując, iż pomoc rodziny obniża koszty.*

Zwrócić należy uwagę, iż pan K.R. wielokrotnie podnosił argument dążenia do obniżania kosztów działalności poprzez zatrudnianie do wykonawstwa jednej osoby dla trzech firm, oraz wspólnego utrzymywania placu itp. Działania takie mogły znaleźć odzwierciedlenie w faktycznie niższych kosztach działalności Katarzyny Rafałko, co sama potwierdziła

w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2013r. Jej rezygnacja z przetargów natomiast, w których

jej oferta była najkorzystniejsza były działaniami albo na korzyść innych uczestników z umowy lub działaniami pozorowanymi.

**Po trzecie,** w przetargu nr 1 w zadaniu nr 3, okoliczność, że Katarzyna Rafałko nie powołała się na rażąco niską cenę (mimo iż w zakresie zadania nr 3 oferty złożył oprócz niej, wyłącznie Jacek Zarzecki i TOP 2001) **nie przeczy istnieniu umowy.** W omawianej sytuacji bowiem cena zaoferowana przez Katarzynę Rafałko jest wyższa, niż kwota, jaką zamawiający przeznaczył na to zadanie, a jeszcze wyższa od niej jest oferta kolejna, czyli TOP 2001. Zamawiający miał więc podstawy do unieważnienia postępowania, chyba że mógł zwiększyć ją do ceny najkorzystniejszej oferty (tu: jeśli limit budżetu na to pozwoli), o czym oferenci aż do wyboru oferty nie wiedzieli. Sytuacja w tym zadaniu zatem, w ocenie Prezesa UOKiK, nie pozwalała na skorzystanie z założonego schematu postępowania w związku z tym nie można uznać, iż zaprzecza ona istnieniu umowy przetargowej pomiędzy stronami postępowania.

**Po czwarte,** odnośnie zarzutów Jacka Zarzeckiego i TOP 2001, dotyczącego zadania nr 2 w przetargu nr 3, którzy podnieśli, że gdyby mechanizm rzekomej umowy miał rzeczywiście działać, to Katarzyna Rafałko powinna była zgodnie z przyjętym tokiem rozumowania zrezygnować z zamówienia na rzecz TOP 2001. Analogiczna sytuacja miała miejsce w zadaniach nr 2 oraz nr 3 w przetargu nr 4. Wskazać w tym miejscu należy, iż w omawianej sytuacji cena zaoferowana przez Katarzynę Rafałko jest wyższa niż kwota, jaką zamawiający przeznaczył na to zadanie, a jeszcze wyższa od niej jest oferta kolejna czyli TOP. Zamawiający miał więc podstawy do unieważnienia postępowania, chyba że mógł zwiększyć ją do ceny najkorzystniejszej oferty (tu: jeśli limit budżetu na to pozwoli), o czym oferenci aż do wyboru oferty nie wiedzieli.

Podobna sytuacja miała miejsce w przetargu nr 4 w zadaniu nr 2 – tu cena Katarzyny Rafałko mieściła się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego, jednakże oferta TOP 2001 nie mieściła się w tym przedziale. Istniało zatem realne zagrożenie unieważnienia postępowania. Jeśli zaś chodzi o zadanie nr 3 w przetargu nr 4 – oferta Katarzyny Rafałko była najkorzystniejsza, jednakże następna po niej była oferta J. B., dopiero na trzecim miejscu była oferta TOP 2001. Zatem, z punktu widzenia założonej umowy, rezygnacja Katarzyny Rafałko byłaby niecelowa, gdyż TOP 2001 nie skorzystałaby na jej rezygnacji. Stad, argumenty Jacka Zarzeckiego należy uznać za chybione.

**Po piąte,** odnośnie zarzutów Jacka Zarzeckiego i TOP 2001 dotyczącego zadania nr 13 i 14 oraz zadania 15 i 16 w przetargu nr 1, którzy podnieśli, iż pomimo faktu, iż Katarzyna Rafałko uznała swoją cenę za rażąco niską to „beneficjentem” tej sytuacji nie był żadna ze stron postępowania ale odpowiednio K. Z., przedsiębiorstwo T.-H. i P.G.K. Sp. z o.o. Wskazać

w tym miejscu należy, iż w zadaniach 13-16 przetargu nr 1 nie brał udziału ani Jacek Zarzecki, ani TOP 2001, w związku z tym okoliczność złożenia oświadczenia o rażąco niskiej cenie przez Katarzynę Rafałko jest neutralna dla niniejszej sprawy.

**Po szóste,** niewiarygodne są twierdzenia pana K.R., iż zajmując się sprawami firmy Katarzyny Rafałko GARDEN-COM, nie sporządza on ofert TOP 2001. Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, iż pan K.R. orientuje się w kosztach prowadzonej działalności bardzo dobrze, podejmuje działania, by koszty te minimalizować (np. zlecenie B. G. nadzoru nad wykonawstwem przy przetargach trzech firm). Z drugiej strony pani B.G., która rzekomo miała przygotowywać oferty TOP 2001 nie potrafiła wskazać przykładowej stawki, jaką TOP 2001

zamieścił w ofercie w przetargu dla GDDKiA. Nie wiedziała także, jakie jest kryterium oceny ofert w tych przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert była cena. Ponadto, zauważyć

należy, iż we wcześniejszych przetargach organizowanych przez Urząd Miasta Białegostoku w latach 2010-2011 oferty TOP 2001 podpisywał pan K.R. W związku z tym, w ocenie Prezesa UOKiK, podpisywanie ofert przez panią B. G. jest działaniem mającym stwarzać pozory ustalania przez nią kosztorysu ofertowego TOP 2001.

**Po ósme,** za niewiarygodne należy także uznać twierdzenia Jacka Zarzeckiego i TOP 2001, iż gruntowna analiza innych postępowań przetargowych, w których podmioty te występują doprowadziłaby Prezesa UOKiK do innych wniosków. Po pierwsze, należy uznać, iż zakres przedmiotowy niniejszego postępowania ogranicza się jedynie do postępowań przetargowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w 2013 roku a dotyczących sprzątania i koszenia dróg publicznych. Po drugie zaś, ustalenia faktyczne poczynione w związku z zawiadomieniami, jakie wpłynęły z Krajowej Izby Odwoławczej i Urzędu Miasta w Białymstoku, dotyczących przetargów organizowanych przez Urząd Miasta Białegostoku w latach 2010-2012 oraz z Centralnego Biura Antykorupcyjnego Delegatury w Białymstoku prowadzą do zgoła odmiennych wniosków.

W związku z tym, uznać należy za niewiarygodne wyjaśnienia stron postępowania, że mechanizm ich działań w trakcie przebiegu przetargów organizowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie był przypadkowy i nie opierał się na ich wzajemnych ustaleniach.

### ***Konkluzje***

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w opisanej sytuacji Strony postępowania, zawarły zмовę przetargową, która przybrała postać zмовы polegającej na rozstawianiu i wycofywaniu ofert, zmierzającej do tego, by przetarg wygrała oferta najdroższego oferenta z uczestników zмовы.

W ocenie Prezesa UOKiK, każda ze stron postępowania miała wiedzę na temat planowanych działań konkurentów.

Mając powyższe na uwadze Prezes UOKiK dowiódł, iż strony działały w porozumieniu. Zakrojona na szeroką skalę współpraca stworzyła im sprzyjające warunki dla wymiany informacji i uzgadniania przyszłych zachowań rynkowych. Z kolei przedstawione wyżej zachowania rynkowe uczestników postępowania wskazują na ich uzgodnione działanie i nie znajdują wiarygodnego wyjaśnienia innego, niż zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Występujące pomiędzy stronami powiązania osobowe, adresowe i gospodarcze pierwszego stopnia o charakterze stałym i incydentalnym, zachowania podczas przetargów, niewiarygodność podnoszonych argumentów, a także przebieg i całokształt ich dotychczasowej współpracy, nietypowej dla niezależnych konkurentów, stanowią przesłankę przemawiającą za wnioskiem, że Katarzyna Rafałko, Jacek Zarzecki i TOP 2001 zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

Zasady doświadczenia życiowego skłaniają do wniosków, iż racjonalnie działający przedsiębiorca chroni newralgiczne informacje ekonomiczne, jakimi są przede wszystkim koszty, stanowiące główny element cenotwórczy. Współpraca zakrojona na tak szeroką skalę, jak pomiędzy stronami postępowania przedstawiona w niniejszej sprawie, nie wskazuje na prowadzenie przez przedsiębiorców walki konkurencyjnej o pozyskiwanie zamówień publicznych. Przeciwnie, w dobie coraz bardziej obniżających się cen u konkurencji, na co wskazywali w złożonych oświadczeniach pan K.R. i Jacek Zarzecki (vide: k. 354-355, k. 696). Strony podjęły antykonkurencyjną współpracę i swoimi działaniami w toku przetargu

dążyły do maksymalizacji zysków poprzez uzyskanie zamówienia na najkorzystniejszych warunkach, a więc doprowadzenie do takiej sytuacji by przetarg wygrała najdroższa oferta. Startując do wielu przetargów z odpowiednio „rozstawionymi” cenami, ustalonymi w różnej piramidalnej kolejności ofertami, dążyli do tego, by tam, gdzie to możliwe poprzez działania wycofywania się uzyskiwać zlecenia za wyższe wynagrodzenie.

W tym miejscu wskazać należy, iż opisywane w niniejszej sprawie działania stron postępowania spowodowały, iż Zamawiający zwiększył wydatkowanie środków finansowych szacowane jako różnica pomiędzy najkorzystniejszą (najtańszą) ofertą Katarzyny Rafałko a ofertą najdroższą Jacka Zarzeckiego, która ostatecznie została wybrana. I tak, w pierwszym przetargu, w wyniku działań stron, GDDKiA poniosła stratę rzędu 90.124,00 zł. W drugim zaś przetargu, gdyby GDDKiA nie podjęła działań zaradczych i dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty, straty na jakie narażony zostałby zamawiający sięgałyby rzędu 77.023,00 zł.

Przedstawione powyżej wnioski w pełni potwierdzają dokonane przez Prezesa UOKiK w toku postępowania ustalenia faktyczne.

W związku z obniżającymi się cenami usług sprzątania i koszenia dróg publicznych, o czym przedsiębiorcy informowali w swoich oświadczeniach, strony postępowania opracowały „środki zaradcze”, które miały pozwolić na maksymalizację ich zysków. Obniżanie kosztów miało być tylko jednym ze sposobów. Drugim sposobem było uzgodnienie cen, odpowiednie rozstawienie ofert i stosowanie mechanizmu wycofywania ofert w sprzyjających okolicznościach, a więc zmowa przetargowa.

Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym. W związku z tym wskazać należy, iż przesłanka wystarczającą do stwierdzenia praktyki jest wystąpienie samego celu porozumienia, który w niniejszej decyzji został wywiedziony.

Mimo że doktryna i orzecznictwo jasno i jednoznacznie wskazują, iż skutek porozumienia a nawet wprowadzenie go w życie, nie jest warunkiem koniecznym stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, nie sposób nie zauważyć, iż w przetargu nr 1 taki skutek nastąpił, gdyż wycofanie ofert Katarzyny Rafałko i TOP 2001 w zadaniach nr 5, 10 i 11 spowodowało wygranie przetargu przez Jacka Zarzeckiego z najdroższą z tych trzech ofert.

Jeśli chodzi o przetarg nr 2 i zadania nr 14, 15 i 16 działania w formie odmówienia podpisania umowy przez Katarzynę Rafałko zostały wprawdzie podjęte, jednakże wybór oferty Jacka Zarzeckiego nie doszedł do skutku z inicjatywy Zamawiającego.

Za oczywistą bowiem okoliczność należy uznać to, że skuteczność ustalonej przez strony postępowania strategii przetargowej nie zależała wyłącznie od nich. Opracowany mechanizm rozstawienia ofert i następnie ich wycofywania mógł nastąpić jedynie w sytuacji gdy ich oferty będą po sobie w kolejności. W związku z tym niezależne od nich okoliczności, jak zachowania innych uczestników i zaproponowane przez nich ceny, przeprowadzanie przetargu przez Zamawiającego i stosowanie przez niego przepisów dyspozytywnych (jak np. art. 94 ust. 3 pzp), czy też ustalenie ceny w wysokości wyższej, niż przeznaczona na zadanie przez Zamawiającego, powodowały, iż ich zmowa nie w każdym przypadku mogła dojść do skutku.

Wskazać należy, iż zebrane w niniejszym postępowaniu dowody wskazują, iż Katarzyna Rafałko, Jacek Zarzecki i TOP 2001 posiadają wieloletnie doświadczenie w uczestnictwie w przetargach organizowanych w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej i są im dobrze znane zasady uczestnictwa w takich przetargach.

Należy także przyjąć, iż posiadają oni dużą wiedzę o zachowaniach konkurentów, zdobytą podczas uczestnictwa w przetargach organizowanych od rozpoczęcia swojej działalności gospodarczej, co zwiększa trafność ustalania przez nich poziomu najniższej ceny w danym przetargu.

W tym miejscu należy także zaznaczyć, iż mało prawdopodobne jest, by pani B.G., rzekomo przygotowująca oferty TOP 2001 już od kilku lat, nie знаła kluczowych informacji, jak przykładowa cena lub kryterium wyboru ofert.

Ponadto, Prezes UOKiK ustalił, iż jeszcze w przetargach organizowanych przez Urząd Miasta Białegostoku w latach 2010-2012 (nr OSGK.IV-341/07/10 **Wykonanie nasadzeń roślin i ich pielęgnację w kwietnikach na terenie miasta Białegostoku oraz kompleksową pielęgnację zieleni na skarpie przy Kościele Katedralnym**, nr DOS-IV.271.14.2011 **Zagospodarowanie terenu Kopca Papieskiego – Etap I**, nr DOS-IV.271.24.2011 **Letnie oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie śmietniczek, oczyszczanie ścieżek rowerowych, zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku**, nr DOS-IV.271.4.2012 **Letnie oczyszczanie chodników, ścieżek rowerowych, przystanków komunikacji miejskiej oraz opróżnianie śmietniczek na terenie miasta Białegostoku** oraz nr DOS-IV.271.16.2012 **Usługi związane z utrzymaniem terenów zabytkowej zieleni urządzonej w Białymstoku**), w których startowała także Katarzyna Rafałko, to pan K. R. podpisywał oferty TOP 2001.

Rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu antymonopolowym wyznaczany jest przez ogólne zasady cywilnego postępowania dowodowego wskazane w przywołanym już przepisie art. 232 kpc. Zgodnie z nim to organ antymonopolowy jest obowiązany wykazać, że dane porozumienie ograniczające konkurencję zostało zawarte, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Należy jednak zauważyć, iż jeżeli fakty składające się na podstawie domniemania faktycznego zostaną przez Prezesa UOKiK dowiedzione, to na przedsiębiorcach broniących się przed zarzutem naruszenia ustawy antymonopolowej ciąży obowiązek wykazania, iż ich działania stanowiły dozwolone zachowania rynkowe.<sup>41</sup> Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zмовy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk.<sup>42</sup>

W niniejszej sprawie Katarzyna Rafałko, Jacek Zarzecki, TOP 2001 nie wykazali, by ich działania w przetargach były motywowane inaczej, niż dążeniem do ograniczenia konkurencji w określonych przetargach, nie przedstawiając racjonalnej argumentacji wyjaśniającej ich działania.

Startując z cenami ustalonymi na trzech pułapach wysokości (ceny bardzo niskie, średnie i wysokie) oraz z perspektywą współpracy na etapie wykonywania umowy, mieli po pierwsze szanse na ustalenie niższych cen, a jednocześnie, w zależności od przebiegu przetargu mogli próbować przeforsowywać swoje trzy oferty, podczas gdy przeciętny uczestnik przetargu składał tylko jedną ofertę.

W związku z powyższym, Prezes UOKiK uznał, że spełniona została przesłanka z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawiązaniu porozumienia przetargowego przez strony niniejszego postępowania.

---

<sup>41</sup> Łukasz Dubiński, *Sugerowanie cen...*, op. cit.

<sup>42</sup> Wyrok ETS z 28 marca 1984r., w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

## **VI. Zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję**

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszej decyzji jest uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w przetargach organizowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie. Wszystkie cztery postępowania przetargowe zakończyły się a z wybranymi wykonawcami podpisano umowy. Dnia 26 czerwca 2013r. GDDKiA podpisała umowę z Katarzyną Rafałko na wykonanie ostatniego zadania nr 3 w przetargu nr 4. Zaniechanie nastąpiło więc w sposób samoistny.

W związku z powyższym nie ma przesłanek do stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i nakazania stronom jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. Podobnie w przetargach nr 3 i 4 wybrano wykonawców i zawarto z nimi umowy.

W związku z powyższym, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 26 czerwca 2013r., a więc z dniem zawarcia ostatniej umowy z GDDKiA przez Katarzynę Rafałko na wykonanie zadania nr 3 w przetargu nr 4.

**Wobec powyższego należało orzec jak w pkt I sentencji decyzji.**

## **VI. Kary pieniężne**

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 niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 tej ustawy.

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 pieniężnej<sup>43</sup>.

Prezes UOKiK uwzględnił również fakt, iż istnieją wcześniej wykształcone reguły interpretacyjne wskazujące na bezprawny charakter opisanych w niniejszej decyzji działań<sup>44</sup>, 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.

Treść art. 106 uokik jednoznacznie wskazuje na uzależnienie dopuszczalności nałożenia kary pieniężnej, za wskazane w tym przepisie praktyki, od spełnienia przesłanki *choćby nieumyślnego* naruszenia odpowiednich przepisów ustawy. W przypadku praktyki ograniczającej konkurencję w tym zakresie ocenie podlega:

- zawarcie porozumienia oraz
- antykonkurencyjny charakter porozumienia, tj. charakteryzowanie się porozumienia tym, że jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

<sup>43</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

<sup>44</sup> 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.

Dla przypisania umyślności bądź nieumyślności niezbędne jest stwierdzenie, że odnosiła się ona do wszystkich powyższych elementów, tzn. do faktu zawarcia porozumienia z konkurentem oraz do antykonkurencyjnego charakteru porozumienia. W ocenie Prezesa UOKiK, naruszenie konkurencji przez wszystkie strony niniejszego porozumienia miało charakter umyślny. Katarzyna Rafałko, Jacek Zarzecki i TOP 2001 uzgodnili zasady współpracy oraz schemat zachowań w toku przetargu w celu pozyskania zamówień z jak najdroższą ofertą. Ponadto, z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż przedsiębiorcy podejmują takie działania już od kilku lat. Uznać wobec tego należy, iż są oni świadomi faktu, iż działania takie mają charakter praktyk ograniczających konkurencję.

W związku z tym Prezes UOKiK postanowił nałożyć na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną.

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 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 osiągnąć<sup>45</sup>. 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 przez strony przedmiotowego postępowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zawarcie porozumienia pomiędzy Katarzyną Rafałko prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą GARDEN-COM w Białymstoku i Jackiem Zarzeckim prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe w Białymstoku oraz TOP 2001 Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku na krajowym rynku świadczenia usług sprzątnięcia pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych dróg krajowych w ramach przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny. Przedmiotowe porozumienie nie korzysta z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję przewidzianych w art. 7 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Maksymalny wymiar kar związany z osiągniętym w 2013 roku przychodem dla poszczególnych przedsiębiorców przedstawiono poniżej w Tabeli nr 29.

#### **Tabela nr 29:**

---

<sup>45</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

## Przychód stron postępowania (w zł)

Przedsiębiorca	Przychód (w PLN)	Maksymalna kara (w PLN)
Katarzyna Rafałko	(...)	(...)
Jacek Zarzecki	(...)	(...)
TOP 2001	(...)	(...)

Źródło: UOKiK - akta sprawy.

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 ww. 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 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 1%, jednak nie więcej niż 3%** przychodu w przypadku naruszeń bardzo poważnych;
- **powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1%** przychodu w przypadku naruszeń poważnych;
- **powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2%** przychodu w przypadku naruszeń pozostałych.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, iż zawarte pomiędzy Katarzyną Rafałko, Jackiem Zarzeckim a TOP 2001 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 (vide Tabela nr 30).

### Tabela nr 30



<b>Przedsiębiorca</b>	<b>Przychód (w PLN)</b>	<b>Natura naruszenia (...)% przychodu (w PLN)</b>
Katarzyna Rafałko	(...)	(...)
Jacek Zarzecki	(...)	(...)
TOP 2001	(...)	(...)

Źródło: UOKiK - akta sprawy.

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. Na krajowym rynku świadczenia usług sprzątnięcia pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych działa bowiem wielu przedsiębiorców, którzy uczestniczą w przetargach organizowanych przez GDDKiA w skali porównywalnej z działalnością stron niniejszej decyzji. Oznacza to, że porozumienie pomiędzy stronami postępowania nie eliminowało konkurencji co do całego rynku. Z drugiej strony, Prezes UOKiK uwzględnił również okoliczność, że strony wykonywały porozumienie (choć nie zawsze skutecznie). W związku z tym, Prezes UOKiK postanowił pozostawić kwotę kary na niezmiennym poziomie.

Prezes UOKiK uznał, iż praktyka ta nie była długotrwała, w związku z czym nie wystąpiła przesłanka do podwyższenia kary.

Na wymiar nałożonej kary pieniężnej mają także wpływ określone okoliczności łagodzące i obciążające.

Jeśli chodzi o okoliczności obciążające, to podnieść należy, że wprowadzie w trakcie postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców, polegające na rezygnacji z zawarcia umowy, co miało skutkować wyborem droższej oferty jednego z nich **i miało charakter umyślny**. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron niniejszej decyzji oraz ich postępowanie w trakcie przetargów świadczą o tym, iż przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargu, której celem było osiągnięcie korzyści finansowych. W związku z tym Prezes UOKiK uznał, iż kara powinna zostać podniesiona o 10% (vide: Tabela nr 31).

**Tabela nr 31**

<b>Przedsiębiorca</b>	<b>Natura naruszenia</b>	<b>Specyfika rynku oraz</b>	<b>Długotrwałość</b>	<b>Okoliczności obciążające</b>	<b>Wynik po zaokrągleniu</b>
-----------------------	--------------------------	-----------------------------	----------------------	---------------------------------	------------------------------

	(w PLN)	działalności przedsiębiorcy	naruszenia	↑ 10% (w PLN)	(w PLN)
Katarzyna Rafałko	(...)	Brak wpływu na karę	Brak wpływu na karę	(...)	(...)
Jacek Zarzecki	(...)	Brak wpływu na karę	Brak wpływu na karę	(...)	(...)
TOP 2001	(...)	Brak wpływu na karę	Brak wpływu na karę	(...)	(...)

*Źródło: UOKiK – akta spraw.*

Jednocześnie w sprawie nie zaistniały okoliczności łagodzące. Wprawdzie Prezes UOKiK ustalił, iż nastąpiło zaniechanie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jednakże zaniechanie związane było z podpisaniem umów przez przedsiębiorców lub też faktem nieskuteczności podjętych przez nich działań w związku z czym Prezes UOKiK uznał, iż nie wystąpiła przesłanka do obniżenia kary pieniężnej z tytułu zaniechania stosowania praktyki.

W ocenie Prezesa UOKiK, ww. 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 represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań.

**Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.**

### **Ad III. Koszty postępowania**

Stosownie do art. 77 ust. 1 *uokik* jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów w/w ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 *uokik* Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie, co zostało uczynione.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przepisów w/w ustawy spełniona została przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 *uokik* pozwalająca na obciążenie przedsiębiorcy kosztami przeprowadzonego postępowania, którymi w niniejszym postępowaniu są poniesione przez Prezesa UOKiK wydatki na korespondencję prowadzoną w toku przedmiotowego postępowania w łącznej kwocie 79,80 zł kosztów postępowania. W związku z tym **na każdą ze stron niniejszego postępowania** przypada obowiązek zwrotu Prezesowi UOKiK kosztów w wysokości **po 26,60 zł**.

**Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w pkt III sentencji decyzji.**

Zgodnie z art. 112 ust. 3 *uokik* oraz 264 § 1 *Kodeksu postępowania administracyjnego* należności z tytułu nałożonej **kary pieniężnej** oraz **kosztów postępowania** należy uiścić

w terminie **14 dni** od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w **NBP o/o Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> §2 Kodeksu postępowania cywilnego **od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie**, które wnosi się **za pośrednictwem** Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie **dwutygodniowym** od dnia jej doręczenia.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 uokik w związku z art. 479<sup>32</sup> § 1 i 2 k.p.c. oraz stosownie do art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 uokik, **stronie przysługuje 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 Bydgoszczy w terminie **tygodniowym** od dnia jej doręczenia.

*Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy  
Piotr Adamczewski*