



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410-1/10/ZR

Wrocław, 4 października 2010 r.

Decyzja RWR 24/2010

- I. Na podstawie art. 11 ust. 2 w zw. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz.U. Nr 107, poz. 887 ze zm.), 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*, porozumienie zawarte na krajowym rynku dostaw pieczętek automatycznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych, w związku z przetargiem na wykonanie i dostawę pieczętek automatycznych, organizowanym przez Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Łodzi, pomiędzy:

- a) Karolem Kwoczała prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Krystian” Karol Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy
oraz
b) Sylwią Kwoczała prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Grupa Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu prowadzonego przez wymienioną jednostkę organizacyjną Poczty Polskiej, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu, polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę na wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 21 października 2009 r.

- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku z § 4 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz.U. Nr 107, poz. 887 ze zm.),
- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- nakłada się** na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną za naruszenie zakazu określonego w art.6 ust.1 pkt 7 wymienionej ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji, w następującej wysokości:
- a) Karol Kwoczała prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Krystian” Karol Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy - kara w wysokości **13 748 zł** (słownie złotych: trzynaście tysięcy siedemset czterdzieści osiem),
- oraz
- b) Sylwia Kwoczała prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Grupa Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy – kara w wysokości **2 301 zł** (słownie złotych: dwa tysiące trzysta jeden).

UZASADNIENIE

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury we Wrocławiu wpłynęło zawiadomienie Poczty Polskiej S.A. Centrum Infrastruktury Oddziału Regionalnego w Łodzi, w którym poinformowano o możliwości zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia między przedsiębiorcami, którzy przystąpili do przetargu nieograniczonego organizowanego przez ww. jednostkę organizacyjną Poczty Polskiej dotyczącego „Wykonywania oraz dostawy pieczętek automatycznych” – nr ewid. CI OR1/7/342/08. Jak wskazał zawiadamiający, podczas oceny ofert przez Komisję Przetargową powołaną decyzją Dyrektora Centrum Infrastruktury Poczty Polskiej nr 158 z dnia 23.09.2009 r. stwierdzono znaczące podobieństwo dwóch ofert złożonych przez dwóch oferentów, tj. firm: Firma Handlowo-Usługowa „Krystian” Karol Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy [zw. dalej także FHU „Krystian”] oraz Biuro Grupa Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy [zw. dalej także BG Dolny Śląsk].

(dowód: karta 2-45 akt RWR 400-58/09/ZR)

Po rozstrzygnięciu przetargu, firma FHU „Krystian”, która zaoferowała najkorzystniejszą cenę i w związku z tym wygrała przetarg, przesłała informację o odstąpieniu od zawarcia umowy i wycofaniu się ze złożonej oferty, co zdaniem zawiadamiającego, było skutkiem wcześniejszych uzgodnień pomiędzy ww. przedsiębiorcami, w ramach którego po odstąpieniu od zawarcia umowy przez pierwszego (tańszego) oferenta, drugi (z droższą ofertą) mógł zostać wybrany - zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych - jako posiadający kolejną najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych przystępujących do przetargu.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [zw. dalej także: Prezesem Urzędu, lub organem antymonopolowym] przeprowadził postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy mogło dojść do zawarcia przez ww. przedsiębiorców do porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert i późniejszych działań podejmowanych w toku prowadzonych przetargów publicznych.

W toku tego postępowania Prezes Urzędu zwrócił się do zawiadamiającej jednostki Poczty Polskiej z wezwaniem o nadesłanie szczegółowych informacji i materiałów

dotyczących przedmiotowego przetargu, jak również innych prowadzonych przetargów, w których występowały wymienieni przedsiębiorcy w i w których doszło do zawarcia ostatecznej umowy z innym podmiotem niż ten, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przy otwarciu ofert. Zwrócono się również o informacje do pozostałych przedsiębiorców biorących udział w przetargu przeprowadzonym w dniu 7 października 2009 r. przez Komisję Przetargową powołaną decyzją Dyrektora Centrum Infrastruktury Poczty Polskiej w Łodzi.

(dowód: karta 47-231 akt RWR 400-58/09/ZR)

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym trybie materiał uprawdopodobnił zarzuty stawiane przez zawiadamiającego, postanowieniem Nr 57/2010 z dnia 15 marca 2010 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na uzgodnieniu warunków składanych ofert przez przedsiębiorców FHU „Krystian” z Oleśnicy oraz BG Dolny Śląsk z Oleśnicy przystępujących do przetargu przeprowadzonego w dniu 7 października 2009 r. przez Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny Poczty Polskiej S.A. w Łodzi na wykonanie i dostawę pieczętek automatycznych dla placówek pocztowych, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję z art. 6 ust.1 pkt 7 ww. ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* [zw. dalej także ustawą o *ochronie (...)*]. Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniającego prowadzonego pod sygn. akt RWR-400-58/10/ZR (234 karty).

(dowód: karta 1)

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony, podniosły, iż nie zawarły porozumienia ograniczającego konkurencję. Jak stwierdziły, pomimo iż są małżeństwem, posiadają odrębność majątkową i prowadzą niezależną i konkurencyjną względem siebie działalność gospodarczą. Tłumacząc zachowanie po przedmiotowym przetargu z października 2009 r., FHU „Krystian” wskazał, iż odstąpienie od wykonania zlecenia, pomimo wygrania przetargu, było wynikiem awarii urządzenia, która miała nastąpić już po przystąpieniu do przetargu. Co do „znaczącego podobieństwa ofert”, FHU „Krystian” wyjaśnił ten fakt możliwością korzystania przez z żonę z opracowanych wcześniej szablonów używanych do składania ofert. Ponadto, zarówno FHU „Krystian”, jak i BG Dolny Śląsk wskazały na fakt, iż w lutym 2010 r. oba podmioty przystąpiły do przetargu organizowanego przez Poczta Polska S.A. CI OR w Olsztynie, w którym wygrała FHU „Krystian” a BG Dolny Śląsk złożyło drugą w kolejności najtańszą ofertę i pomimo to, pierwsza z firm nie wycofała się z wykonania zamówienia. Jak podniosły strony, ma to dodatkowo dowodzić o bezzasadności zarzutów postawionych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu.

(dowód: karta 4-48)

Strony postępowania zostały powiadomione o przysługującym im prawie do zapoznania się z aktami postępowania antymonopolowego.

(dowód: karta 89-90)

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

I.1. Karol Kwoczała zam. w Oleśnicy jest przedsiębiorcą wpisanym do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonym przez Burmistrza Oleśnicy pod nr 5837/2000 i prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Krystian” Karol Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy przy pl. Zwycięstwa 1, 56-400 Oleśnica (według dokumentu o wpisie do

ewidencji działalności gospodarczej – jest to adres zakładu głównego) w zakresie m.in. sprzedaży hurtowej pozostałych maszyn i urządzeń biurowych (PKD 4666Z) produkcji artykułów piśmiennych (PKD 1723Z) i usług związanych z przygotowaniem do druku (PKD 1813Z). W ramach swojej działalności, przedsiębiorca bierze udział w przetargach na wyrób i dostawę pieczętek automatycznych, organizowanych m.in. przez regionalne oddziały Poczty Polskiej na obszarze całego kraju.

(dowód: karta 27)

I.2. Sylwia Kwoczała zam. w Oleśnicy jest przedsiębiorcą wpisanym do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonym przez Burmistrza Oleśnicy pod nr 8215/2007 i prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Grupa Dolny Śląsk oraz Kancelaria Księgowa Sylwia Kwoczała z siedzibą w Oleśnicy przy ul. Lwowskiej 32 m.5, 56-400 Oleśnica w zakresie m.in. sprzedaży hurtowej pozostałych maszyn i urządzeń biurowych (PKD 4666Z) produkcji artykułów piśmiennych (PKD 1723Z) i usług związanych z przygotowaniem do druku (PKD 1813Z). W ramach swojej działalności, przedsiębiorca bierze udział w przetargach na wyrób i dostawę pieczętek automatycznych, organizowanych m.in. przez regionalne oddziały Poczty Polskiej na obszarze całego kraju.

(dowód: karta 7)

I.3. Strony postępowania wiążą ściśle więzy rodzinne - Karol Kwoczała i Sylwia Kwoczała są małżeństwem. Jak wyjaśniły obie strony, współpraca pomiędzy ich firmami ogranicza się tylko do zakupu i sprzedaży materiałów biurowych, papierniczych i eksploatacyjnych. Jak oświadczyły strony, firmy nie współpracują natomiast w zakresie wykonawstwa lub podwykonawstwa przy produkcji pieczętek, ani tym bardziej w trakcie przygotowywania ofert, w związku z przystępowaniem do przetargów dotyczących dostaw pieczętek.

(dowód: karta 6, 26)

I.4. W latach 2007-2009 strony brały udział w następujących przetargach organizowanych przez oddziały regionalne Poczty Polskiej S.A., tj. Centrum Infrastruktury Oddziału Regionalnego Poczty Polskiej (CI OR PP) na dostawę i wyrób pieczętek:

a) FHU „Krystian”:

- CI OR PP w Łodzi we wrześniu 2007 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Kielcach we wrześniu 2007 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Białymstoku w lutym 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Warszawie w marcu 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Toruniu w maju 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Lublinie w w grudniu 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Toruniu w marcu 2009 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Łodzi w październiku 2009 r. – oferta została wybrana, ale przedsiębiorca odstąpił od wykonania umowy (patrz: pkt 5);

b) BG Dolny Śląsk

- CI OR PP w Białymstoku w lutym 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Warszawie w marcu 2008 r. – oferta nie została wybrana;
- CI OR PP w Łodzi w październiku 2009 r. – oferta została uznana za najkorzystniejszą po wycofaniu się FHU „Krystian”, jednak zamawiający nie zawarł umowy (patrz poniżej: pkt 5).

Ponadto FHU „Krystian” realizuje zamówienia wyrobu i dostawy pieczętek automatycznych także dla innych podmiotów: przykładowo w dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Bielsku-Białej, Komendy Policji w Mikołowie, Będzinie i Kłobucku (zlecenia stałe obowiązujące w 3-letnim okresie 2007-2010 oraz 2008-2011) oraz dla ZUS w Ostrowie

Wielkopolskim (zlecenie stałe na okres 3-letni). Firma BG Dolny Śląsk nie realizowała w 2009 r. żadnych zamówień w zakresie wyrobu i dostawy pieczętek automatycznych. (dowód: karta 6, 26, 86, 87)

I.5. W dniu 23 września 2009 roku CI OR PP w Łodzi [zw. dalej także Zamawiającym] ogłosiła postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy *Prawo zamówień publicznych* w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nie przekraczającej 206 000 EURO na wykonywanie oraz dostawę pieczętek automatycznych dla Poczty Polskiej S.A. regionu łódzkiego. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 10 ofert, wśród nich oferty złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 1

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez CI OR PP w Łodzi z dnia 23.10.2009 r.

Oferent	Wartość brutto oferty
FHU Krystian z Oleśnicy	56 435,70 zł
BG Dolny Śląsk z Oleśnicy	59 667,70 zł
ZHU EWA z Łodzi	64 982,00 zł
Ektronik Soft ze Strzelna	72 048,00 zł
FOTO-ALFA z Grudziądza	72 444,00 zł
Bartek Mała Poligrafia z Bydgoszczy	75 457,60 zł
PPHU Bogun z Krakowa	79 998,70 zł
Gross z Łodzi	81 224,00 zł
T.Fisz z Warszawy	86 818,00 zł
PPHU Stezar z Łodzi	101 410,00 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych, karty: 20-21 akt RWR 400-58/09/ZR)

Otwarcie ofert złożonych w ww. postępowaniu odbyło się w dniu 7 października 2009 roku. Podczas oceny ofert przez Komisję Przetargową powołaną decyzją Dyrektora Centrum Infrastruktury Poczty Polskiej nr 158 z dnia 23.09.2009 r. stwierdzono znaczące podobieństwo dwóch ofert złożonych przez dwóch wykonawców to jest firmy FHU „Krystian” z Oleśnicy oraz BG Dolny Śląsk z Oleśnicy. Podobieństwo polegało między innymi na identycznej szacie graficznej ofert oraz takim samym sposobie ukladzie ich sporządzenia (dowód: karta 2-5, 9-19 akt RWR 400-58/09/ZR). Ponadto na zwrotnych potwierdzeniach odbioru przesyłek listowych poleconych adresowanych do Wykonawcy Biuro Grupa Sylwia Kwoczała, ul. Lwowska 32/5, 56-400 Oleśnica, w miejscu przeznaczonym na podpis odbiorcy przesyłki widnieje pieczętka Firmy Handlowo-Usługowej „Krystian” Karol Kwoczała, p1. Zwycięstwa 1, 56-400 Oleśnica (dowód: karta 22). Po zamknięciu procedury składania ofert, zgodnie z art.86 ustawy *Prawo zamówień publicznych* FHU „Krystian” wystąpił z wnioskiem o przesłanie informacji dotyczącej kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz informację na temat cen i warunków realizacji zamówienia zaoferowanych przez innych oferentów. W odpowiedzi, pismem z dnia 9 października 2009 r. Zamawiający przesłał ww. informację, stosownie do art. 86 ust. 5 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. (dowód: karta 20-21). Następnie Zamawiający w wyniku analizy i oceny ofert na podstawie przyjętego kryterium

oceny — „najniższa cena” dokonał w dniu 16 października 2009 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Firmy Handlowo-Usługowej „Krystian” Karol Kwoczała z Oleśnicy.

W dniu 20 października 2009 r. FHU „Krystian” przesłała drogą faksową, iż odstępuje od podpisania umowy w związku z wygraną przetargu z przyczyn od niego niezależnych (cyt. „z przyczyn niezależnych ode mnie”). W dniu 23 października 2009 r. Zamawiający otrzymał ww. oświadczenie przesłane listownie (dowód: karta 48). W późniejszych wyjaśnieniach przesłanych w trakcie postępowania antymonopolowego, FHU „Krystian” poinformował, iż odstąpienie od wykonania zamówienia wynikało z awarii urządzenia laserowego, przy pomocy którego wyrabiane są pieczętki. Jak wskazał FHU „Krystian” awaria, która wystąpiła już po złożeniu oferty, skutkowałą znacznym obniżeniem wydajności urządzenia oraz wzrostem zużycia energii elektrycznej i w sytuacji podjęcia się realizacji przedmiotowego zamówienia powstałby problem w zakresie terminowej realizacji zamówień dotychczas realizowanych przez FHU „Krystian” (w umowach o charakterze ciągłym są zastrzeżone bardzo krótkie terminy zamówienia – 2,3 dni). Tak więc w celu uniknięcia negatywnych skutków realizowanych nieterminowo zamówień przedsiębiorca podjął decyzję o wycofaniu się z realizacji ww. zamówienia, pomimo wygrania przetargu. (dowód: karta 25).

Jak poinformował Zamawiający, w związku z faktem iż przedmiotowe postępowanie prowadzone było w procedurze o wartości nie przekraczającej 206 000 EURO Zamawiający nie wymagał od Wykonawców wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę, dlatego też odstąpienie od umowy nie wiązało się dla Wykonawcy z konsekwencjami finansowymi. Zamawiający zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy dokonał zatem w dniu 21 października 2009 r. wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzenia ich ponownej oceny. Planowano wybrać ofertę następną pod względem przyjętego kryterium oceny ofert — „najniższa cena”, złożoną przez przedsiębiorcę BG Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy (patrz: Tabela nr 1), jednak po analizie stanu faktycznego Zamawiający uznał, iż pomiędzy wskazanymi firmami miała miejsce ścisła współpraca skutkująca odstąpieniem od zawarcia umowy przez tańszego wykonawcę w sytuacji w której miał on pewność, że Zamawiający zobowiązany będzie wybrać zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy droższego – drugiego z uczestników porozumienia.

Mając powyższe okoliczności na względzie Zamawiający wstrzymał zawarcie umowy z firmą BG Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy, pomimo iż oferta tego przedsiębiorcy była następną pod względem przyjętego kryterium oceny ofert..

I.6. Oprócz wymienionego wyżej przetargu organizowanego przez Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Łodzi, przedsiębiorcy FHU „Krystian” oraz BG Dolny Śląsk uczestniczyli równocześnie w następujących postępowaniach przetargowych:

- w lutym 2008 r.: Przetarg na „sukcesywne wykonywanie i dostarczanie pieczętek dla jednostek organizacyjnych na terenie CI OR w Białymstoku (rejon Białystok, Łomża, Suwałki) – nr ewid. CI OR1/7/342/08. Żadna z obu ofert nie została uznana za najkorzystniejszą.

- w marcu 2008 r.: „Przetarg na dostawę wizytówek i pieczętek” organizowany przez Centrum Infrastruktury Centralę w Warszawie - nr ewid. C14/98/2008. Przetarg unieważniono jeszcze na etapie zbierania ofert.

W wymienionych wyżej obu przetargach oraz wymienionego na wstępie przetargu organizowanego w Łodzi obie firmy złożyły oferty następującej wartości:

Tabela 2

Wartości złożonych ofert przez firmy FHU „Krystian” oraz BG Dolny Śląsk w przetargach organizowanych w latach 2007-2009 przez jednostki regionalne Poczty Polskiej

Zamawiająca placówka Poczty Polskiej	Data złożenia ofert	Wartość brutto oferty FHU „Krystian” Karol Kwoczała z Oleśnicy	Wartość brutto oferty BG Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy
CI OR Białystok	Luty 2008	10 117,95 zł	10 712,10 zł
CI Warszawa	Marzec 2008	14 213,37 zł	15 489,57 zł
CI OR Łódź	Październik 2009	56 435,70 zł	59 667,70 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych, karty: 6-7, 56-58, 148-149 akt RWR 400-58/09/ZR oraz 16-24 i 31-48)

Z powyższych danych wynika, iż we wszystkich wskazanych przetargach FHU „Krystian” składał ofertę o niższej wartości niż BG Dolny Śląsk, a oferty różniły się odpowiednio o 5,55%, 8,24% oraz 5,42%.

Ponadto, jak wynika z dokumentów dotyczących przetargu organizowanego w lutym 2008 r. przez CI OR PP w Białymstoku, oferty FHU „Krystian” i BG Dolny Śląsk również były ofertami kolejnymi po sobie pod względem wartości, choć nie były to tym razem oferty najtańsze. Powyższą sytuację ilustruje Tabela nr 3. Danych z przetargu organizowanego w marcu 2008 r. Centrum Infrastruktury Centralę w Warszawie nie można było poddać stosownej analizie z uwagi na unieważnienie przetargu jeszcze przed upływem terminu składania ofert i brak dokumentacji w tym zakresie (dowód: karta 168 akt RWR 400-58/09/ZR).

Tabela nr 3

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez CI OR PP w Białymstoku w marcu 2008 r.

Oferent	Wartość brutto oferty
Grafix z Białegostoku	6 332,41 zł
A-J Pelagia z Nowego Miasteczka	8 338,71 zł
PGH Pewnik z Puław	9 372,16 zł
PUH LEKOK z Białegostoku	9 659,23 zł
FHU „Krystian” Karol Kwoczała z Oleśnicy	10 117,95 zł
BG Dolny Śląsk Sylwia Kwoczała z Oleśnicy	10 712,10 zł
ZUH Borgis z Kielc	12 006,83 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych, karty: 20-21 akt RWR 400-58/09/ZR)

Ponadto w latach 2007-2009 FHU „Krystian” Karol Kwoczała przystępowała do przetargów na wykonanie i dostawę pieczętek automatycznych organizowanych przez CI OR PP w Bydgoszczy (z siedzibą w Lisim Ogonie), Kielcach, Lublinie, lecz w żadnym z postępowań jej oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. BG Dolny Śląsk nie brała w powyższym okresie w innych przetargach, oprócz trzech wymienionych wyżej przetargów.

I.7. W toku postępowania przeprowadzono kontrolę u przedsiębiorcy FHU „Krystian”. (dowód: karta 49-59). Kontrola miała na celu w szczególności weryfikację przekazanych przez przedsiębiorcę informacji (w szczególności dotyczących okoliczności rezygnacji z

realizacji zamówienia po wygranym przetargu organizowanego przez CI OR PP w Łodzi) oraz poszukiwanie dowodów pośrednich i bezpośrednich na potwierdzenie lub zaprzeczenie zarzutu zawarcia porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do ww. przetargu na dostawę pieczętek automatycznych dla placówek pocztowych. W trakcie kontroli przedsiębiorcy – Karolowi Kwoczała, zadano następujące pytania:

- 1) *proszę podać przyczyny rezygnacji z realizacji zamówienia którego dotyczył przetarg organizowanego przez Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny Poczty Polskiej S.A. w Łodzi, który odbył się dnia 7 października 2009 r. powyższy przetarg, pomimo iż Pana przedsiębiorstwo wygrało ten przetarg w związku z przedstawieniem najkorzystniejszej oferty:*
- 2) *proszę podać datę kiedy dowiedział się Pan o wynikach przedmiotowego przetargu:*
- 3) *proszę podać datę wysłania pisma dotyczącego przedmiotowej rezygnacji oraz ewentualnie przedstawić stosowny dokument potwierdzający przekazanie przesyłki do wysłania placówce pocztowej lub firmie kurierskiej:*
- 4) *proszę podać nazwę i adres firmy (firm), którym zleca się naprawy urządzenia laserowego produkującego pieczątki. Jak przebiega procedura realizacji zlecenia naprawy urządzenia:*
- 5) *proszę podać nazwę i adres firmy, której zlecono naprawę urządzenia laserowego produkującego pieczątki:*
- 6) *kiedy nastąpiła awaria urządzenia laserowego, w związku z którą zrezygnował Pan z realizacji przedmiotowego zamówienia:*
- 7) *kiedy zgłosił Pan firmie serwisującej przedmiotową awarię urządzenia laserowego produkującego pieczątki (proszę przedstawić stosowne pismo do serwisu, zamówienie lub inny przedmiotowy dokument):*
- 8) *proszę podać nazwę ww. urządzenia laserowego (marka i model)/typ) służącego do produkcji pieczętek.*
- 9) *proszę opisać charakter awarii ww. urządzenia laserowego, wskazać jakie skutki wywołała ta awaria na normalny tryb pracy maszyny, oraz wskazać ile czasu trwała jego naprawa (od momentu zgłoszenia awarii do momentu usunięcia usterki i rozpoczęcia eksploatacji urządzenia w normalnym trybie pracy):*
- 10) *proszę przedstawić fakturę wystawioną przez serwisującego urządzenie, w związku z usunięciem przedmiotowej awarii urządzenia.*

Udzielając odpowiedzi na ww. pytania przedsiębiorca – Karol Kwoczała, wyjaśnił, że bezpośrednią przyczyną odstąpienia od wykonania zamówienia po wygraniu przedmiotowego przetargu była awaria maszyny – urządzenia laserowego Trotec 8007 Speede II (rocznik 2004/2005, nr silnika SP 2707). Awaria, która pojawiła się w marcu 2009 r. nie uniemożliwia całkowicie pracy maszyny a jedynie wpływa na spadek wydajności oraz wzrost zużycia energii elektrycznej co skutkuje wzrostem kosztów. Jak wyjaśnił właściciel FHU „Krystian”, przeprowadzenie naprawy ww. urządzenia jest możliwe tylko przez firmę od której zakupiono urządzenie, tj. Trodat Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zw. dalej także Trodat], jednak trudność przeprowadzenia realizacji zlecenia serwisowego polega na tym, że pomiędzy obiema firmami istnieją niezgodności w rozliczeniach rzędu 10 000 zł (przedawnione roszczenie Trodat wobec FHU „Krystian”), w związku z czym Trodat uzależniła przeprowadzenie naprawy maszyny i wymiany tuby laserowej od jednoczesnej spłaty przedawnionej należności, na co FHU „Krystian” nie wyraził zgody. Z kolei poszukiwania innej firmy która naprawiłaby urządzenie nie przyniosły rezultatu (przede wszystkim z powodu braku dostępu do części) a kupno nowego urządzenia to koszt rzędu nawet do 80 tys. złotych netto.

Jak wyjaśnił przedsiębiorca, przystępując do przetargu we wrześniu 2009 r. miał nadzieję, że do czasu zakończenia procedury przetargowej sprawa naprawy urządzenia

zostanie załatwiona, ponieważ – jak podał Karol Kwoczała - we wrześniu 2009 r. złożył kolejną propozycję do firmy Trodat dotyczącą rozliczeń finansowych proponując ratałną spłatę przedawnionego roszczenia. Jak stwierdził rozmowy toczyły się tylko drogą telefoniczną, stąd nie był w stanie okazać żadnej dokumentacji potwierdzającej powyższe okoliczności. Przedsiębiorca nie przedstawił także bilingów rozmów telefonicznych potwierdzających rozmowy z firmą Trodat w tym okresie.

I.8. W związku z powyższymi okolicznościami odstąpienia od wykonania przedmiotowego zamówienia przez FHU „Krystian”, Prezes Urzędu zwrócił się do firmy Trodat Polska Sp. z o.o. o potwierdzenie informacji przekazanych Prezesowi Urzędu w tym zakresie. Firma Trodat potwierdziła istnienie zaległej kwoty 10 043,16 złotych dotychczas nieuregulowana przez FHU „Krystian”. Potwierdziła także, iż FHU „Krystian” (zarówno przez osobę właściciela, jak i innych pracowników) kontaktowała się w sprawie awarii maszyny już od lutego 2007 roku a następnie w 2008 r. oraz na początku 2010 r. Nie potwierdzono jednak kontaktów w 2009 r., w szczególności we wrześniu i październiku tego roku, czyli w czasie przeprowadzenia przetargu przez Poczta Polska S.A. CI OR w Łodzi oraz w okresie bezpośrednio poprzedzającym.

II. W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na porozumieniu pomiędzy tymi przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu prowadzonego przez Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Łodzi oferty oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu polegającego w szczególności na rezygnacji z zawarcia umowy i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który posiada wyższą cenę.

2. Interes publicznoprawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej Sądu Antymonopolowego).

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zw. dalej także SOKiK) interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż “ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r. sygn. akt I CKN 1217/98).

Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze systemowym. Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji, dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów godzą w interes publiczny, gdy są one w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc do zakazanego zniekształcenia konkurencji.

Uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie cen godzą w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzą do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, zniekształcając tym samym przebieg i wynik przetargu. Uzgadnianie cen oraz uzgadnianie warunków ofert składanych w przetargu stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która może skutkować w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraża zamawiającego na niekorzystne rozporządzanie środkami, których jest dysponentem.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, która dotyczy zarzutu zawarcia znowy przetargowej mógł zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Znowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

W związku z powyższym w niniejszej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw - w szczególności ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.) - nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

Karol Kwoczała prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Jest on wpisany do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Oleśnicy pod nazwą: Firma Handlowo-Usługowa „Krystian” Karol Kwoczała. Nie ma zatem wątpliwości, iż jest on przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Sylwia Kwoczała prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Jest ona wpisana do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Oleśnicy pod nazwą: Biuro Grupa Dolny Śląsk (pod tą nazwą przedsiębiorca przystąpił do przedmiotowego przetargu) oraz Kancelaria Księgowa Sylwia Kwoczała. Nie ma zatem wątpliwości, iż jest ona również przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

4. Rynek właściwy - przedmiot porozumienia

Zachowania podmiotów odbywają się w strukturze rynkowej dlatego istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie, czyli – zgodnie z art.4 pkt 9 ustawy *o ochronie (...)* – rynku towarów, *które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.* Mówiąc o rynku właściwym, określa się rynek w ujęciu produktowym i geograficznym.

Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (m.in. rzeczy, usługi). Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim te towary są oferowane.

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

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

Pieczętki automatyczne są niewątpliwie jednymi z urządzeń biurowych niezbędnych do funkcjonowania zarówno podmiotów gospodarczych, jak i instytucji publicznych. Są obecnie w najpowszechniejszym użyciu z uwagi na stosunkowo niski koszt jednostkowy obudowy. Nie ma innych artykułów biurowych, które można byłoby uznać za substytut dla pieczętek automatycznych. Szereg instytucji, w tym także jednostki regionalne Poczty Polskiej nie realizują kolejnych zamówień osobno, ale ogłaszają w każdym roku przetargi na okresowe (roczne) dostarczanie pieczętek według przekazywanych na bieżąco wzorów. Charakterystyczna jest w tym przypadku konieczność szybkiej realizacji zamówienia pojawiającego się „ad hoc”, np. w 3 dniu po dokonaniu zamówienia określonej serii pieczętek (źródło: wzór umowy z CI OR PP w Łodzi, dowód: karta 57-58), co powoduje, iż zamówienia mogą realizować tylko firmy posiadające urządzenia laserowe o dużej wydajności. Stąd, inna jest specyfika realizacji pojedynczych lub niewielkich (jedorazowych) zamówień a inna realizacji cyklicznych, seryjnych zamówień (z krótkim terminem realizacji) dla większych podmiotów - klientów/odbiorców instytucjonalnych.

To co wyróżnia ten tryb dostaw produktów to przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy prawo zamówień publicznych. Jednocześnie jednak należy zauważyć, iż odbiorcy instytucjonalni jakimi są również jednostki organizacyjne Poczty Polskiej dokonujące zamówień publicznych różnią się w sposób istotny od mniejszych odbiorców, przede wszystkim wspomnianym wyżej systemem zamówień „ad hoc”.

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfikę realizacji zamówienia – tzn. dostawca wyłaniany jest w drodze przetargu - należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw pieczętek automatycznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych. Taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest

wystarczający, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

Odnosnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, rynkiem takim jest **rynek krajowy**. Prawidłowość takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt, iż strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski (np. do przetargu w Łodzi przystąpiły firmy z Krakowa, Oleśnicy, czy Grudziądz; do przetargu w Białymstoku firmy z Nowego Miasteczka (woj. lubuskie), czy Kielc; a do przetargu w Lublinie firmy z Grudziądz i Tarnowskich Gór). Za przyjęciem rynku krajowego przemawia także fakt, iż nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek dostaw pieczętek automatycznych. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności oraz ewentualnym zakupem odpowiednich maszyn czy środków transportu. Z uwagi na charakter produktu, który jest wytwarzany w ramach działalności produkcyjnej, nie jest konieczny zakup skomplikowanych linii produkcyjnych, a działalność taką można prowadzić w oparciu o jedną maszynę laserową obsługiwaną przez 1-2 osoby (powyższe fakty zostały potwierdzone podczas kontroli u przedsiębiorcy FHU „Krystian”, dowód: karta 50-52). Z uwagi na znaczne ilości i gabaryty dostarczanych pieczętek nie są barierą także koszty transportu, o czym świadczy m.in. fakt występowania przedsiębiorców w przetargach organizowanych w różnych i często odległych, w stosunku do miejsca dostawy, częściach Polski. Koszty transportu stanowią istotną barierę wejścia na rynek jedynie w przypadku sprzedaży detalicznej.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na **krajowym rynku dostaw pieczętek automatycznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych**.

5. Ustalenie siły rynkowej uczestników postępowania na rynku właściwym

Na wyżej określonym rynku krajowym wykonania i dostawy pieczętek automatycznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych działa wiele podmiotów, o czym świadczy m.in. ilość i różnorodność przedsiębiorców biorących udział w przetargach publicznych. Potwierdza to fakt, iż rynek ten nie cechuje się wysokimi barierami wejścia. Podkreślenia wymaga przy tym, iż w niniejszej sprawie nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku uczestników porozumienia. Zgodnie 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 nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

6. Naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

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

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Z orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07 oraz wyrok SOKiK z dnia 13.09.2006 r. sygn. akt XVI ACa 185/06, publik.: Dz.Urz.UOKiK 2007/1/120). „Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04).

W toku postępowania antymonopolowego nie wykazano, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa cywilnoprawna regulująca zasady zachowań w przetargach, w których wszystkie strony biorą udział. W związku z powyższym należy przyjąć, iż porozumienie zawarte między przedsiębiorcami: Karolem Kwoczała i Sylwią Kwoczała ma charakter uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit b) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (praktyki uzgodnione).

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zmywy 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 zmywy 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.” (Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 k.p.c., 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. Powyższą linię orzecniczą wyznacza orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), który stwierdził m.in., że: „W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego **musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.** Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie nie tylko istnienia

zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego z naruszeniem reguł konkurencji” (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; 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, s. 142-143).

W ocenie Prezesa Urzędu, o tym, iż przedsiębiorcy FHU „Krystian” i BG Dolny Śląsk, tj. małżonkowie Karol Kwoczała i Sylwia Kwoczała dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów świadczą następujące okoliczności:

- 1) Karol i Sylwia Kwoczała są związani najbliższym stopniem pokrewieństwa, są małżeństwem;
- 2) Strony postępowania prowadzą formalnie odrębne działalności, pod różnymi adresami ale adresem siedziby firmy BG Dolny Śląsk jest adres domowy (zamieszkania) Karola Kwoczały - ul. Lwowska 32 m.5 w Oleśnicy;
- 3) Pomędzy stronami postępowania występują określone powiązania, które polegają co najmniej na wspólnych zakupach i sprzedaży materiałów biurowych, papierniczych i eksploatacyjnych. Strony udostępniają sobie także własne opracowania (szablony ofertowe);
- 4) Pomędzy stronami istnieje współpraca organizacyjna - korespondencja (ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru) adresowana do BG Dolny Śląsk odbierana jest przez FHU „Krystian” (kopia potwierdzenia odbioru dla BG Dolny Śląsk z pieczęcią firmową FHU „Krystian”);
- 5) Strony postępowania brały w latach 2007 - 2009 udział w trzech przetargach organizowanych przez oddziały regionalne Poczty Polskiej S.A., składając oferty o zbliżonej wartości, przy czym we wszystkich przypadkach oferta BG Dolny Śląsk była nieznacznie wyższa od oferty FHU „Krystian” a w dwóch przetargach oferty te sąsiadowały ze sobą w ciągu ofert uporządkowanych według wartości;
- 6) Odstąpienie od wykonania zamówienia przez FHU „Krystian” wysłano fax-em dnia 20 października 2010 r., natomiast pismo Poczty Polskiej S.A. CI OR w Łodzi z informacją o parametrach pozostałych ofert przedsiębiorca odebrał dnia 19 października 2009 r., tak więc wysyłając rezygnację z realizacji zamówienia, Karol Kwoczała znał wartości wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym przetargu – co więcej, wysyłka pisma z oświadczeniem o rezygnacji nastąpiła następnego dnia po uzyskaniu pewności, iż pod względem kryterium oceny ofert — „najniższa cena” oferty Wykonawców FHU „KRYSTIAN” i Biuro Grupa Sylwia Kwoczała zajmują odpowiednio pierwsze i drugie miejsce.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, opierając się na domniemaniu faktycznym, iż strony dokonały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Domniemanie to stanowi bowiem logicznie wynikający wniosek z faktów, które zostały w toku postępowania prawidłowo ustalone jako jego przesłanki. Przesłanki te stanowią podstawę przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym stopień prawdopodobieństwa zawarcia porozumienia (faktu będącego skutkiem domniemania) jest tak duży, jak duży jest stopień prawdopodobieństwa, że nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie tego faktu. Innymi słowy, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że strony postępowania zachowywały się w toku ww. przetargu jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności fakt odstąpienia od zawarcia umowy pomimo braku racjonalnego uzasadnienia

i braku spójnych wyjaśnień w tym zakresie (fakt awarii urządzenia laserowego został co prawda potwierdzony, ale miało to miejsce na długo przed przystąpieniem do przetargu, brak jest również jakichkolwiek zdarzeń związanych ze stanem urządzenia w okresie pomiędzy złożeniem oferty a rezygnacją z realizacji zamówienia) stanowi trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, zgodnie z którym strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Tak więc dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85). 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 zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (Wyrok ETS z dnia 28 marca 1984 r. 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.). Takich dowodów strony nie przedstawiły.

W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie ww. okoliczności brane pod uwagę wspólnie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy Karol Kwoczała oraz Sylwia Kwoczała zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków i zachowania w trakcie przetargu prowadzonego przez Poczta Polska S.A. CI OR w Łodzi, w październiku 2009 r. i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z umawiających się przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania zachowania FHU „Krystian” w opisanym przetargu nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zmowy przetargowej.

W szczególności nie zasługują na uwzględnienie argumenty stron, iż są oni niezależnymi podmiotami, prowadzącymi wobec siebie działalność konkurencyjną. Występowanie pomiędzy stronami postępowania ścisłych więzi rodzinnych, współpracy w zakresie sprzedaży/zakupów materiałów, współpracy logistycznej w zakresie obiegu korespondencji, prowadzenie działalności pod tym samym adresem (ten sam adres zamieszkania stron, będący jednocześnie siedzibą jednej ze stron), nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak w niniejszym przypadku.

Prezes Urzędu nie uwzględnił także argumentu stron mającego przemawiać za brakiem porozumienia, a dotyczący wskazanej okoliczności, iż w lutym 2010 r. FHU „Krystian” i BG Dolny Śląsk przystąpiły do przetargu organizowanego przez Poczta Polska S.A. CI OR w Olsztynie który to pierwszy z przedsiębiorców wygrał i nie „odstąpił” zlecenia drugiemu. Powyższe fakty nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ nawet gdyby przyjąć, iż strony rzeczywiście nic nie wiedziały o postępowaniu prowadzonym przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie (w tamtym czasie prowadzono tylko postępowanie wyjaśniające, w ramach którego nie występowało do ww. przedsiębiorców – postępowanie antymonopolowe

wszczęto 15 marca 2010 r.), to wraz z odmową zawarcia umowy z firmą BG Dolny Śląsk przez Poczta Polskiej S.A. CI OR w Łodzi października 2009 r., w związku z możliwością złamania prawa przez oferentów a co za tym idzie unicestwieniem celu ich porozumienia, logicznym następstwem jest zaniechanie tych działań przynajmniej w najbliższej przyszłości. Po pierwsze - od tego momentu działania te byłyby już nieskuteczne (cel porozumienia nie mógłby już zostać osiągnięty) a po drugie – swoim zachowaniem przedsiębiorcy mogliby potwierdzić tylko wysunięte wcześniej podejrzenia w tym zakresie.

Odnosząc się z kolei do wskazanej przez FHU „Krystian” przyczyny odstąpienia od realizacji zamówienia tj. problemów z urządzeniem laserowym, należy podnieść, że pomimo tych problemów, które rzeczywiście miały miejsce - o czym świadczy wymiana korespondencji za pośrednictwem poczty elektronicznej z dystrybutorem Trodat Polska Sp. z o.o. oraz informacje przekazane przez tą firmę – brak jest jakichkolwiek przesłanek wskazujących na bezpośredni związek ww. awarii (nie powodującej całkowitego unieruchomienia maszyny) a odstąpieniem od przetargu przez FHU „Krystian”:

- a) po pierwsze - sygnały o awarii urządzenia zostały wysyłane do dystrybutora począwszy od 2007 roku a w międzyczasie FHU „Krystian” nie zaniechał składania ofert w przetargach organizowanych przez oddziały Poczty Polskiej na co wskazuje udział tego przedsiębiorcy w przetargach w latach 2007 roku (2), 2008 (4) oraz w 2009 (2). Jak wspomniano wyżej, awaria maszyny pojawiła się w lutym 2007 roku i stan jej niepełnej wydajności trwał do października 2009 r. oraz w okresie późniejszym (co wynika z protokołu kontroli przeprowadzonej w kwietniu 2010 r.), kiedy to FHU „Krystian” przystąpił do kolejnego przetargu organizowanego przez Poczta Polska S.A. CI OR w Olsztynie w lutym 2010 r.;
- b) po drugie - brak kontaktów z firmą Trodat Polska Sp. z o.o. (ewentualnie z innymi podmiotami serwisowymi) w okresie pomiędzy złożeniem oferty do Poczty Polskiej S.A. CI OR w Łodzi a wysłaniem pisma z oświadczeniem o rezygnacji z realizacji zamówienia, tj. między 5 a 20 października 2009 r., wskazujących na wystąpienie nieprzewidzianych wcześniej okoliczności związanych ze stanem urządzenia laserowego, skutkujących decyzją FHU „Krystian” o odstąpieniu od realizacji zamówienia.

Mając powyższe na względzie, nie można oczywiście wykluczyć sytuacji związanej ze stanem urządzenia laserowego uzasadniającej rezygnację z podpisania umowy na realizację zamówienia, ale taka awaria musiałaby być zbieżna z terminem rezygnacji z zamówienia a takie okoliczności w tym czasie nie wystąpiły. W okresie pomiędzy złożeniem oferty a wysłaniem oświadczenia o rezygnacji z realizacji zamówienia nie ma żadnej korespondencji ani nawet bilingów z rozmów telefonicznych pomiędzy FHU „Krystian” a firmą serwisującą urządzenie. Niewątpliwie działający w warunkach konkurencji przedsiębiorca, w sytuacji awarii urządzenia po wygraniu przetargu podjąłby działania zmierzające do jej usunięcia czego dowodem musiałyby być pisma/zgłoszenia e-mailowe/telefony do firmy serwisowej oraz protokoły naprawy/stosowne faktury związane z naprawą. FHU „Krystian” nie przedstawił żadnych dokumentów w ww. zakresie.

Dodatkowo, na niekorzyść stron przemawia okoliczność wysłania przedmiotowej rezygnacji bezpośrednio (tj. następnego dnia) po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o ofertach złożonych do przedmiotowego przetargu, a więc informacji pozwalającej na realizację celu porozumienia, tj. przejęciu zamówienia przez firmę małżonki - BG Dolny Śląsk oferującej następną ofertę w oparciu o kryterium cenowe. Wycofanie oferty jeszcze przed otrzymaniem informacji o wszystkich ofertach mogłoby wskazywać na inne przyczyny wycofania się z realizacji zamówienia. Tymczasem fakt, iż oświadczenie o rezygnacji z realizacji zamówienia FHU „Krystian” wysłał bezpośrednio po otrzymaniu przedmiotowej informacji wskazuje na to, iż zamierzał to uczynić dopiero po uzyskaniu pewności, iż oferta

BG Dolny Śląsk zajmuje drugie miejsce.

Oczywiście na podstawie zebranego materiału dowodowego nie można stwierdzić, iż uzgodnione zachowanie dotyczyło wszystkich przetargów organizowanych przez oddziały Poczty Polskiej S.A., w których brali wspólnie udział, ale na podstawie analizy zebranego materiału dowodowego można z całą stanowczością stwierdzić, iż porozumienie miało miejsce przynajmniej w odniesieniu do wskazanego przetargu Poczty Polskiej S.A. CI OR w Łodzi w październiku 2009 r.

W ocenie Prezesa Urzędu spełniona została zatem pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 ww. ustawy.

W myśl art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na ustalaniu uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. „Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02). W nawiązaniu do wcześniej przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy o ochronie (...) zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

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

W niniejszej sprawie cel i skutek antykonkurencyjny porozumienia są jednoznaczne - mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargu, a sprowadzających się do nieuzasadnionego odstąpienia od zawarcia umowy, celem zawarcia umowy z firmą małżonka, który zaoferował wyższą cenę. Cel ten został zrealizowany przez FHU „Krystian”, który wycofał swoją ofertę aby zlecenie przejęło BG Dolny Śląsk. Tak więc działania stron w trakcie ww. postępowania przetargowego były ukartowane a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ z góry ustalono, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych tak jak nastąpiło to w niniejszym przypadku, oferta droższa (BG Dolny Śląsk) zastąpi ofertę tańszą (FHU „Krystian”). Tak więc wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji a tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

7. Zaniechanie praktyki naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnym przetargu. Jak stwierdzono wyżej, odstąpienie od umowy FHU „Krystian” w celu przejęcia umowy przez BG Dolny Śląsk, która w danym przetargu zaoferowała wyższą cenę oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek, czyli na pierwsze miejsce przesunęła się oferta druga pod względem ceny) uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należałoby przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 21 października 2009 r. bowiem w tym dniu dokonano wyboru najkorzystniejszej z ofert, spośród pozostałych, a zatem miał miejsce ostatni z przejawów przedmiotowego porozumienia. Zarazem, w ocenie Prezesa Urzędu, brak podstaw by uznać, iż porozumienie dotyczyło wszystkich trzech przetargów, w których występowały strony niniejszego postępowania (czwartego przetargu przeprowadzonego przez Poczta Polska CI OR w Olsztynie nie brano pod uwagę z przyczyn wskazanych wyżej w punkcie 6 na str.15-16 niniejszej decyzji). Z całą pewnością stwierdzić jednak można, iż istniejące dowody pośrednie świadczą o tym, iż zmowa przetargowa została zrealizowana w opisanym przypadku, który miał miejsce w październiku 2009 r. W związku z powyższym, ze względu na brak podstaw opartych w materiale dowodowym do uznania, iż porozumienie nadal obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem 21 października 2009 r.

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

8. Kara pieniężna

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy o ochronie (...). 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” (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03).

Ustawa o ochronie (...) 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. 106-108 tej ustawy należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy, przy czym – stosownie do art. 130 ustawy o ochronie (...) – przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000 r., sygn. akt I CKN 793/98). Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez Karola Kwoczala i Sylwię Kwoczala porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W związku z powyższym naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową, stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń ustalono w wysokości **[tajemnica przedsiębiorstwa] %** przychodu za rok 2009, tj. rok poprzedzający wydanie decyzji. W przypadku Karola Kwoczala **[tajemnica przedsiębiorstwa] %** (po zaokrągleniu do 1 zł) uzyskanych przychodów w wysokości **[tajemnica przedsiębiorstwa]** stanowi kwota **[tajemnica przedsiębiorstwa]** a w przypadku Sylwii Kwoczala, która w 2009 r. uzyskała przychody w wysokości **[tajemnica przedsiębiorstwa]** - kwota **[tajemnica przedsiębiorstwa]**

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dostaw pieczętek automatycznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych nie występują znaczące bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek bardzo konkurencyjny. Na rynku tym działają liczni przedsiębiorcy. Z drugiej strony Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na skutek zawartej zmony przetargowej jeden z uczestników rynku - Poczta Polska S.A. CI OR w Łodzi został pozostawiony w sytuacji, gdy musiał wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Zawarte porozumienie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie zamawiającego. Chociaż w niniejszej sprawie, Zamawiający nie zawarł umowy z BG Dolny Śląsk, ale jednak przetarg został unieważniony, co wiąże się dla Zamawiającego z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, czy to związanych z przeprowadzeniem nowego przetargu, czy też związanych z wyborem innej, droższej oferty. Przy ustalaniu kary na tym etapie wzięto również pod uwagę niewielki zasięg geograficzny praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorców tj. tylko region łódzki przy zasięgu krajowym działania przedsiębiorców. Prezes Urzędu wziął także pod uwagę proporcję pomiędzy ogólnymi przychodami przedsiębiorców, a przychodami z działalności objętej

niniejszym postępowaniem. W przypadku FHU „Krystian” przychody z tytułu realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, stanowią jedynie nieznaczny procent **[tajemnica przedsiębiorstwa]** ogólnych przychodów przedsiębiorcy co zostało także uwzględnione przy wyliczaniu kary pieniężnej w odniesieniu do tego przedsiębiorcy.

W związku z powyższym, mając na uwadze łącznie okoliczności dotyczące specyfiki rynku, kwotę bazową postanowiono obniżyć o **[tajemnica przedsiębiorstwa]** % dla Karola Kwoczały, natomiast w odniesieniu do Sylwii Kwoczały kwota bazowa nie ulegnie zmianie wobec wzajemnego zniesienia się podwyższenia i obniżenia kary na tym etapie.

Ponadto Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził w sprawie występowania okoliczności łagodzących takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Wzięto jednak pod uwagę współpracę przedsiębiorców podczas postępowania (udzielanie żądanych informacji), w szczególności także współpracę podczas kontroli przeprowadzonej w ramach niniejszego postępowania w siedzibie FHU „Krystian”. Jeśli chodzi o okoliczności obciążające, to w toku postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości iż postępowanie przedsiębiorców Karola i Sylwii Kwoczała polegające na uchyleniu się od zawarcia umowy - co skutkowało wyborem droższej oferty małżonka rodziny - miało charakter umyślny. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron oraz ich postępowanie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargu, której celem było osiągnięcie pewnych korzyści finansowych.

Tak więc uwzględniając łącznie ww. okoliczności łagodzące i obciążające, kwota bazowa ustalona w poprzednim etapie nie ulegnie zmianie wobec wzajemnego zniesienia się podwyższenia i obniżenia kary na tym etapie.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorców kary w łącznej wysokości **13 748 zł dla Karola Kwoczały** oraz **2 301 zł dla Sylwii Kwoczały**. Nałożona kara pieniężna stanowi zatem **[tajemnica przedsiębiorstwa]** % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Karola Kwoczałę oraz **[tajemnica przedsiębiorstwa]** % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Sylwię Kwoczałę.

W związku z powyższym należało orzec jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji .

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

Z up. Prezesa UOKiK

Dyrektor Del. we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk

Otrzymują:

- 1) Karol Kwoczała
Firma Handlowo-Uslugowa „Krystian”
pl. Zwyciestwa 1
56-400 Oleśnica

- 2) Sylwia Kwoczała
Biuro Grupa Dolny Śląsk
ul. Lwowska 32/5
56-400 Oleśnica