

DELEGATURA UOKiK w KATOWICACH

Katowice, dnia 16.07.2007r.

RKT-410-01/06/MI

DECYZJA Nr RKT – 22/2007

Stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080; Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 i Dz.U. Nr 99, poz. 660) oraz zgodnie z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172; Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Parexbud Sp. z o.o., 20-701 Lublin, ul. Nałęczowska 24, złożony w dniu 17.05.2005r.,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 tejże ustawy, zawarcie przez:

- a. Impex Trade Sp. z o.o., 40-955 Katowice, ul. Bytkowska 1B,
- b. Marka P. prowadzącego działalność gospodarczą jako: Zakład Meblowy „Fornit”, Jaworzno,
- c. Zakład L&L, A. Leda, E. Leda, R. Leda Spółka jawna, 43-600 Jaworzno, ul. Szczakowska 35,

porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców cen w ofertach składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 27 czerwca 2005 r.**

II. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów:

- a. **nakłada się** na Impex Trade Sp. z o.o., 40-955 Katowice, ul. Bytkowska 1B, **karę pieniężną** w wysokości 108 292 PLN (słownie złotych: sto osiem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt dwa),
- b. **nakłada się** na Marka P. prowadzącego działalność gospodarczą jako: Zakład Meblowy „Fornit”, Jaworzno, **karę pieniężną** w wysokości 508 514 PLN (słownie złotych: pięćset osiem tysięcy pięćset czternaście),
- c. **nakłada się** na Zakład L&L, A. Leda, E. Leda, R. Leda Spółka jawna, 43-600 Jaworzno, ul. Szczakowska 35, **karę pieniężną** w wysokości 326 893 PLN (słownie złotych: trzysta dwadzieścia sześć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt trzy),

płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W dniu 17.05.2005r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „organem antymonopolowym”) wpłynął wniosek Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Parexbud Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwanego dalej „Spółką Parexbud” lub „Wnioskodawcą”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko: Impex Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej „Impex Trade”), Zakładowi L&L A. Leda, E. Leda, R. Leda Sp. j. z siedzibą w Jaworznie (zwany dalej „Zakładem L&L”) oraz Markowi P. prowadzącemu działalność gospodarczą jako Zakład Meblowy „Fornit” w Jaworznie (zwany dalej „Zakładem Meblowym Fornit”) (dowód: karty nr 2-46). Wnioskodawca zarzucił ww. przedsiębiorcom (zwanym dalej wspólnie „Uczestnikami postępowania”) zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawą antymonopolową”) polegającego na uzgodnieniu cen w ofertach składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie (zwany dalej „LZDPG” lub „Zamawiającym”).

W uzasadnieniu wniosku Spółka Parexbud wskazała, iż wraz z Uczestnikami postępowania antymonopolowego brała udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o którym mowa powyżej. Z załączonych do wniosku dokumentów wynika, że przedmiotem zamówienia publicznego, o uzyskanie którego ubiegali się ww. przedsiębiorcy, była dostawa i montaż wyposażenia budynków, którego zestawienie – stanowiące część specyfikacji istotnych warunków zamówienia – obejmowało 374 szczegółowych pozycji (w tym m.in. sprzętu komputerowego i innego biurowego sprzętu elektronicznego, mebli, sprzętu weterynaryjnego i laboratoryjnego), z których każda podlegała osobnej wycenie. W wyniku porównania ofert złożonych przez Uczestników postępowania Wnioskodawca stwierdził po pierwsze, że istnieją między tymi ofertami ścisłe zależności cenowe.

Wnioskodawca wskazał mianowicie, że około 90% z 374 cen jednostkowych zawartych w ofertach złożonych przez Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit miało identyczne lub prawie identyczne wysokości. W przypadku przeważającej większości pozycji ofertowych ceny jednostkowe zaproponowane przez Zakład Meblowy Fornit były bowiem takie same lub dokładnie o 1% wyższe od cen zaoferowanych przez Impex Trade. Z kolei ceny jednostkowe zawarte w ofercie złożonej przez Zakład L&L w około 90% pozycji były dokładnie o 14% wyższe od cen zaoferowanych przez Zakład Meblowy Fornit i dokładnie o 15% wyższe od cen zaproponowanych przez Impex Trade. Zdaniem Wnioskodawcy powyższe zależności wskazują na to, że ofertą „wyjściową” dla ofert złożonych przez Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L była oferta Impex Trade, w oparciu o którą pozostali przedsiębiorcy skalkulowali zaproponowane przez siebie ceny.

Spółka podniosła w dalszej kolejności, że złożone przez poszczególnych wykonawców oferty opiewały na następujące sumy:

Impex Trade	2 684 514,21 PLN brutto
Zakład Meblowy Fornit	2 921 856,80 PLN brutto
Parexbud	2 987 737,90 PLN brutto
Zakład L&L	3 227 047,00 PLN brutto

Wnioskodawca wskazał, że pomimo iż najkorzystniejszą pod względem cenowym ofertą była oferta złożona przez Impex Trade, zamówienie uzyskał w ostateczności Zakład Meblowy Fornit. W ocenie Wnioskodawcy do wyłonienia zwycięzcy doszło w następujący sposób.

Wnioskodawca podniósł, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone cztery oferty – jego oraz Uczestników postępowania. W toku postępowania Zamawiający odrzucił oferty Impex Trade, Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L z uwagi na niedopełnienie warunków zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnie Impex Trade złożyło protest na zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzuconiu oferty złożonej przez Spółkę Parexbud, do którego dołączyli również pozostali wykluczeni oferenci. Protest ten został w części oddalony, a w części uznany, w związku z czym zamawiający wezwał wszystkich oferentów do usunięcia zawartych w ofertach braków. Wnioskodawca wskazał, że braki w ofertach uzupełnili wszyscy oferenci za wyjątkiem Impex Trade Sp. z o.o. – przedsiębiorcy, który zaproponował najniższą cenę. Nieuzupełnienie w terminie braków oferty przez Impex Trade było zdaniem Wnioskodawcy zamierzone i umożliwiło uzyskanie zamówienia przez Zakład Meblowy Fornit – przedsiębiorcę, który oferta nie była pierwotnie najkorzystniejsza cenowo.

Opisane przez Wnioskodawcę prawidłowości nie mogły być w jego ocenie przypadkowe i świadczą o tym, że w opisanym sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. W opinii Wnioskodawcy zarówno fakt występowania ścisłych zależności cenowych pomiędzy złożonymi przez Uczestników postępowania ofertami, jak i zachowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazują na to, że przedsiębiorcy ci działali w sposób uzgodniony, co miało na celu wpłynięcie na przebieg i wynik przetargu oraz wyeliminowanie z niego pozostałych oferentów ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

Ponieważ analiza wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz załączonych do niego dokumentów dała podstawy do przyjęcia, że w niniejszej sprawie mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w dniu 05.07.2005r. Postanowieniem nr 1 zostało wszczęte w przedmiotowej sprawie zgodnie z żądaniem Wnioskodawcy postępowanie antymonopolowe (dowód: karta nr 48).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Uczestnicy postępowania podnieśli, co następuje.

Marek P. prowadzący działalność gospodarczą jako Zakład Meblowy Fornit odnosząc się do postanowionego zarzutu wskazał, że złożony przez Spółkę Parexbud wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego jest całkowicie bezzasadny i w żadnym wypadku nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego w sprawie. W jego przekonaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w woj. lubelskim” nie doszło do stosowania w jakimkolwiek zakresie praktyk ograniczających konkurencję polegających na uzgadnianiu cenowych warunków ofert. Brak jest jakichkolwiek przesłanek, które wskazywałyby na zasadność podnoszonych przez Wnioskodawcę zarzutów naruszenia przez Uczestników postępowania art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Uczestnika argumenty Spółki Parexbud, iż w niniejszej sprawie doszło do zawarcia „klasycznej zmywy prowadzącej do wyeliminowania innych wykonawców” są zupełnie nietrafne i w dużej części nieprawdziwe. Nie sposób stwierdzić bowiem, że w wypadku, gdy nawet część pozycji cen jednostkowych pokrywa się z cenami zawartymi w innych ofertach, potwierdza to uzgadnianie przez oferentów warunków składanych ofert. Wręcz przeciwnie – zdaniem Zakładu Meblowego Fornit – pokrywanie się tych pozycji (zresztą tylko niektórych z nich, a nie wszystkich, jak wskazuje Wnioskodawca) właśnie tym bardziej podkreśla brak jakichkolwiek porozumień ograniczających konkurencję i potwierdza dążenie do wygrania przetargu niezależnie przez wszystkie podmioty poprzez przedstawienie najbardziej korzystnych

z własnego punktu widzenia cen. Zakład Meblowy Fornit podniósł, iż Wnioskodawca formułuje pewne stwierdzenia w sposób kategoriyczny nie dysponując jakimikolwiek dowodami w tym zakresie, opierając się wyłącznie na własnej intuicji.

Przedsiębiorca wskazał także, iż zna zasady uczestnictwa w postępowaniach o zamówienia publiczne i zawsze przestrzega obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, a kwestionowanie tego przez Wnioskodawcę w sposób tak bezzasadny jak we wniosku o wszczęcie niniejszego postępowania jest co najmniej wątpliwe. Podniósł również, iż z przedstawionych przez samego Wnioskodawcę wyliczeń wynika jednoznacznie, iż zaproponowana przez niego oferta była najmniej korzystna – zaproponowana cena była najwyższa. Ceny pozostałych trzech oferentów również w znaczny sposób różniły się; w konsekwencji została wybrana oferta najbardziej korzystna dla Zamawiającego. Tłumaczenie Wnioskodawcy, iż działania jednego z oferentów w sposób zamierzony dążyły do wyboru innego oferenta i w związku z tym celowo nie uzupełnił braków w ofercie są nielogiczne i niezrozumiałe.

Zakład Meblowy Fornit podniósł także, iż jego argumentację zdaje się w jednoznaczny sposób potwierdzać postępowanie arbitrażowe, jakie toczyło się w przedmiotowej sprawie. Rozpatrujący odwołanie¹ Uczestnika postępowania arbitrzy wskazali bowiem na zasadność przywrócenia go do przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Zakładu Meblowego Fornit jako najkorzystniejszej. Wnioskodawca, pomimo powoływania wielu niejednokrotnie niezwiązanych ze sprawą argumentów, nie podnosi jednak nigdzie argumentów i twierdzeń arbitrów, które pozostają przecież w oczywistym związku ze sprawą. Działania Wnioskodawcy należy zatem traktować wyłącznie jako konsekwencję braku wyboru jego oferty przez Zamawiającego, która – jak wskazał Zakład Meblowy Fornit – była najmniej korzystna ze wszystkich. Co więcej Wnioskodawca podkreśla fakt współdziałania ze sobą pozostałych trzech oferentów, co zdaniem Zakładu Meblowego Fornit w sposób jednoznaczny uwidacznia, iż działania Wnioskodawcy zmierzają do tego, aby wszelkimi środkami wykluczyć pozostałych oferentów (dowód: karty nr 676-678).

Odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Zakład L&L również nie zgodził się z zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Przedsiębiorca wskazał, iż kategoriycznie zaprzecza, jakoby uczestnicząc w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie dokonał jakichkolwiek uzgodnień cenowych warunków ofert z innymi wykonawcami (dowód: karta nr 699).

Spółka Impex Trade nie skorzystała z możliwości ustosunkowania się do postawionego jej zarzutu.

W toku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.

Pierwszy z Uczestników postępowania antymonopolowego – Marek P. prowadzi działalność gospodarczą zgodnie z wpisem do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Jaworzna pod numerem [...] pod nazwą Zakład Meblowy „Fornit”

¹ W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” Zamawiający najpierw wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Zakładu Meblowego Fornit (po wykluczeniu z przetargu Spółki Impex Trade). Protest w tej sprawie (wskazujący, że pomiędzy pozostałymi oferentami mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję) złożyła Spółka Parexbud. Zamawiający protest uznał, w związku z czym dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wnioskodawcy. Czynność tę oprotestował z kolei Zakład Meblowy Fornit. Protest nie został przez Zamawiającego uwzględniony, w związku z czym Zakład Meblowy Fornit złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (właśnie o tym odwołaniu mowa jest powyżej). Zostało ono rozpatrzone na jego korzyść, na skutek czego uzyskał on zamówienie.

w Jaworznie. Przedmiotem działalności ww. przedsiębiorcy jest między innymi produkcja mebli, działalność usługowa w zakresie wykańczania mebli, produkcja krzeseł i mebli do siedzenia, produkcja mebli biurowych, sklepowych i kuchennych, zakładanie stolarki budowlanej, a także sprzedaż hurtowa komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania, sprzedaż hurtowa maszyn i urządzeń biurowych oraz mebli biurowych. Działalność gospodarczą Uczestnik postępowania prowadzi od dnia 16 października 1982 roku (dowód: karta nr 681).

Kolejny Uczestnik postępowania antymonopolowego – Zakład L&L A. Leda, E. Leda, R. Leda Spółka jawna z siedzibą w Jaworznie prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Katowicach pod numerem KRS: 0000119725. Zgodnie z wpisem, przedmiotem działalności tego przedsiębiorcy są między innymi: pozostałe usługi telekomunikacyjne, wykonywanie robót ogólnobudowlanych związanych z wznoszeniem budynków oraz w zakresie rozdzielczych obiektów liniowych: rurociągów, linii elektroenergetycznych i telekomunikacyjnych. Zakład L&L powstał w 2001 roku w wyniku przekształcenia spółki cywilnej w jawną (dowód: karty nr 705-708). Spółka wyjaśniła, że podstawową częścią jej działalności jest produkcja i dystrybucja osprzętu do budowy linii napowietrznych oraz osprzętu uziemiającego na użytek odbiorców z branży telekomunikacyjnej i energetycznej (dowód: karta nr 1651).

Ostatni uczestnik postępowania – Impex Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Katowicach pod numerem KRS: 0000006580. Przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest między innymi działalność w zakresie projektowania budowlanego, urbanistycznego, technologicznego, zakładanie stolarki budowlanej, wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych i murarskich, produkcja mebli, krzeseł, działalność usługowa w zakresie wykańczania mebli (dowód: karty nr 998-1005). Spółka wskazała, iż w ramach prowadzonej działalności specjalizuje się przede wszystkim w opracowywaniu projektów aranżacji i wystroju wnętrz, wyposażaniu sal operacyjnych banków (w lady, boksy kasowe, stanowiska dysponenckie), wyposażaniu archiwów (w regały jezdne, regały stacjonarne), wyposażaniu pomieszczeń biurowych (w meble, ścianki działowe, sufity podwieszane, podłogi dystansowe, oświetlenie, wykładziny, żaluzje, galanterię biurową itp.), a także kompleksowym wyposażaniu hoteli (pokoje, recepcje, restauracje) oraz obiektów oświatowych (szkół wyższych, gimnazjów, sal audytoryjnych) (dowód: karta nr 996).

Wnioskodawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Parexbud Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Lublinie pod numerem KRS: 0000033491. Przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest między innymi budownictwo oraz handel hurtowy i detaliczny (dowód: karty nr 11-13).

Zamawiający – Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie jest jednostką podporządkowaną Wojewodzie Lubelskiemu. LZDPG działa na podstawie ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (tekst jedn. Dz.U. 2005 r. Nr 226, poz. 1944 z późn. zm.), której art. 17 nakłada na Wojewodów obowiązek stałego utrzymywania wszystkich rodzajów przejść granicznych. Źródłem finansowania bieżącego utrzymania drogowych przejść granicznych jest budżet państwa, zaś inwestycji na terenie drogowych przejść granicznych zarówno budżet Państwa, jak i środki pozyskane z funduszu PHARE i Funduszu Schengen. LZDPG w Chełmie zarządza między innymi Drogowym Przejściem Granicznym w Dorohusku obsługującym ruch towarowo – osobowy na granicy polsko – ukraińskiej. Przejście pełni również rolę punktu kontroli weterynaryjnej, fitosanitarnej i sanitarnej².

² <http://www1.bip.mbnet.pl/enginev254.php?attr=bGFuZ2lkPTEmZ209NiZtaWQ9Mjkm3RyPTIz>

W dniu 23.04.2005r. Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia³ na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” przekazując Spółce Parexbud, Uczestnikom niniejszego postępowania antymonopolowego oraz Spółce Qumak-Sekom SA z siedzibą w Warszawie „Zaproszenia do negocjacji” (dowód: karty nr 594-609). Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana na kwotę 3 002 780,00 PLN. Ustalenia wartości Zamawiający dokonał w dniu 23.03.2005r. na podstawie aktualnie obowiązujących cen rynkowych (dowód: karta nr 66).

Wraz z „Zaproszeniami” przedsiębiorcy otrzymali projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz zestawienie sprzętu i wyposażenia będącego przedmiotem zamówienia wraz ze szczegółowym opisem (dowód: karty nr 615-662). Zakres zamówienia obejmował wykonanie dostawy sprzętu specjalistycznego dla służb granicznych oraz urządzeń laboratoryjnych, sprzętu komputerowego, urządzeń transportowo-podnośnych i mebli. Ogółem przedstawiony w zestawieniu zakres dostawy obejmował 374 szczegółowych pozycji podlegających wycenie, w tym między innymi:

- urządzenia biurowe i informatyczne: kserokopiarki, urządzenia faksujące, telefony, niszczarki, laptopy, zestawy komputerowe, zestawy multimedialne, elektryczne maszyny do pisania, skanery, drukarki, kalkulatory,
- aparaty fotograficzne cyfrowe, kamery cyfrowe, telewizory, magnetowidy,
- wyposażenie laboratoryjne i weterynaryjne, w tym: nożyczki lekarskie, nożyczki laboratoryjne, zestawy sekcyjne, zestawy chirurgiczne, szafy laboratoryjne na odczynniki, szafy lekarskie i laboratoryjne, stoły laboratoryjne, sekcyjne, wyciągi laboratoryjne, kuwety laboratoryjne, statywy na próbówki, termometry laboratoryjne, termometry weterynaryjne, mikroskopy, pipety, wagi elektroniczne, wagi laboratoryjne, łaźnie wodne laboratoryjne, suszarki laboratoryjne, krzesła laboratoryjne, kosze do sterylizacji,
- palniki gazowe, palniki spirytusowe,
- urządzenia do demineralizacji wody, destylatory do wody, myjki ultradźwiękowe, urządzenia do mycia i dezynfekcji,
- wilgotnościomierze do drewna, próbniki do poboru proszków i granulatów, pompy do cieczy łatwopalnych,
- meble: gabinetowe, biurowe, krzesła, fotele, kanapy, biurka, lamy recepcyjne, szafy ubraniowe, regały, szafy na akta i segregatorowe, regały przeszklone, półki, wieszaki, szafy

³ Zgodnie z art. 61 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.) *Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.* Zamawiający może udzielić zamówienia w powyższym trybie wówczas, gdy zachodzi co najmniej jedna z czterech okoliczności wymienionych w art. 62 ust. 1 pkt 1) – 4) ww. ustawy. W przedmiotowej sprawie podstawą do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trybie negocjacji bez ogłoszenia było unieważnienie dwóch przeprowadzonych uprzednio przetargów nieograniczonych (które zostaną omówione w dalszej części decyzji) oraz okoliczność, iż posiadane przez Zamawiającego środki finansowe zabezpieczające w 70% przedmiotowe zadanie musiały zostać wykorzystane w ściśle określonym terminie (do dnia 30.06.2005r.) (dowód: karty nr 561-563, 589). Formalną podstawą zatwierdzenia powyższego trybu udzielenia zamówienia była natomiast Decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zwanego dalej „Prezesem UZP”) Nr ZT/1154/05 z dnia 22.03.2005r. (dowód: karta nr 589). Decyzja ta została wydana na wniosek LZDPG, po wcześniejszej odmowie zatwierdzenia przez Prezesa UZP trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (Decyzja Prezesa UZP Nr ZT/1153/05 z dnia 18.03.2005r.) (dowód: karty nr 586-588). Wszyscy przedsiębiorcy, którzy zostali zaproszeni przez Zamawiającego do negocjacji bez ogłoszenia brali udział we wcześniejszych przetargach nieograniczonych dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia i zaproponowali w nich najniższe ceny (dowód: karta nr 592).

metalowe, stoliki, stoły konferencyjne; regały przesuwne, szafy narzędziowe, komplety wypoczynkowe,

- wyposażenie kuchenne: kuchnie mikrofalowe, kuchnie elektryczne, kuchnie gazowe, okapy kuchenne, patelnie teflonowe, otwieracze do puszek, garnki stalowe, zestawy noży, czajniki elektryczne, chłodziarki, chłodziarko – zamrażarki,
- piły ręczne kwasoodporne, stalki do noży, wiertła rurkowe do produktów mrożonych, noże rzeźnicze do badania mięsa, wiertarki, obrabiarki wieloczynnościowe, pilarki spalinowe, odkurzacze przemysłowe i ręczne;
- urządzenia chłodnicze: chłodziarki, chłodziarko – zamrażarki, szafy chłodnicze, zamrażarki, termotorby;
- wyposażenie łazienkowe: pojemniki na papier toaletowy, pojemniki na ręczniki papierowe, pojemniki na mydło, suszarki,
- kosze na śmieci, kontenery na śmieci;
- detektory do wykrywania przemytu, wideoendoskopy, wykrywacze metalu, mierniki odległości, termohigrometry, pehametry, puszkarki sterylizacyjne
- wózki: narzędziowe, elektryczne samojezdne, akumulatorowe, widłowe, podnośnikowe, paletowe, do transportu beczek, transportowe, dwukołowe ręczne,
- drabiny składane, drabiny podestowe,
- reflektory przenośne, ręczne, halogenowe, lampy, latarki,
- apteczki z wyposażeniem, rękawice ochronne, rękawice kwasoodporne, okulary ochronne, kaski,
- klatki dla psów i kotów, klatki transportowe, klatki dla ptaków, płazów, gadów, kagańce dla psów, kołnierze ochronne dla psów i kotów, smycze
- grzejniki elektryczne, olejowe, nagrzewnice olejowe, klimatyzatory, wentylatory,
- dywany, chodniki dywanowe, wycieraczki, kotary prysznicowe, żaluzje, rolety,
- pralki automatyczne.

W wystosowanych do wykonawców zaproszeniach Zamawiający określił również niektóre warunki udziału w postępowaniu; wskazano między innymi, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą się posiadaniem na rachunku bankowym środkami lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą 30% ceny ofertowej (dowód: karta nr 594).

W zaproszeniach określono również kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie. Wskazano, że jedynym kryterium, jakim kierować będzie się Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty jest cena, której waga wynosi 100% (dowód: karta nr 595). Wszyscy zaproszeni wykonawcy potwierdzili wzięcie udziału w negocjacjach (dowód: karty nr 664-668).

W dniu 01.04.2005r. w siedzibie Lubelskiego Zarządu Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie odbyły się negocjacje ze wszystkimi zaproszonymi przedsiębiorcami. Ich przedmiotem były między innymi warunki realizacji zamówienia dotyczące:

- terminu realizacji zadania;
- kosztów przeglądów gwarancyjnych;
- okresu gwarancji;
- wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- warunków rozliczenia;
- terminu płatności.

Podczas negocjacji nie prowadzono rozmów na temat cenowych warunków ofert. Z przeprowadzonych z poszczególnymi oferentami negocjacji sporządzone zostały protokoły potwierdzające dokonane ustalenia (dowód: karty nr 669-673).

Pismami z dnia 04.04.2005r. LZDPG zaprosił wszystkich przedsiębiorców, z którymi prowadzone były negocjacje do złożenia ofert na zamówienie obejmujące dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie

lubelskim (dowód: karty nr 424-428). W załączeniu do zaproszeń wykonawcy otrzymali specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „siwz”) dla przedmiotowego kontraktu (dowód: karty nr 1875-1943).

Pkt 6 Rozdziału I siwz, określający sposób dokonywania oceny ofert, przewidywał (co było podane do wiadomości oferentów już w „Zaproszeniach do negocjacji”), że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena, której waga wynosi 100%. Wskazano, że ocena ofert dokonywana będzie według wzoru $(C_n:C_b) \times W_c \times 100$ pkt, gdzie C_n oznacza cenę najniższą, C_b – cenę badaną, a W_c – wagę kryterium ceny (100%). Ofertą zwycięską będzie ta, która uzyska najwyższą liczbę punktów (dowód: karta nr 1878).

W pkt 3.1. Rozdziału I siwz powtórzono również przekazany wcześniej oferentom warunek udziału w przetargu, przewidujący że *W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą się posiadanymi na rachunku bankowym środkami lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30% ceny ofertowej* (dowód: karta nr 1878).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określała również wykaz załączników, jakie należało załączyć do ofert. Zgodnie z pkt 2.9 Rozdziału III siwz oferta powinna zawierać Informację o karalności z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (dowód: karta nr 1884).

Zgodnie z pkt 3 Rozdziału III siwz, niedostarczenie przez Wykonawcę dokumentów wskazanych w Specyfikacji (w tym wymienionych powyżej) lub podanie nieprawdziwych danych spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania (dowód: karta nr 1884).

Oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” złożyło ostatecznie 4 wykonawców: Spółka Parexbud (dowód: karty nr 129-121), Zakład Meblowy Fornit (dowód: karty nr 213-251), Impex Trade (dowód: karty nr 252-302) oraz Zakład L&L (dowód: karty nr 303-382). Oferty nie złożył natomiast piąty z przedsiębiorców zaproszony do wzięcia udziału w postępowaniu tj. spółka Qumak-Sekom SA z siedzibą w Warszawie.

W dniu 15.04.2005r. o godz. 13:00 nastąpiło publiczne otwarcie ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż na finansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 3 663 391,60 PLN (dowód: karta nr 70). Poszczególni przedsiębiorcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia po cenach brutto:

- Impex Trade: 2 684 513,77 PLN (dowód: karta nr 253);
- Zakład Meblowy Fornit: 2 921 856,24 PLN (dowód: karta nr 214);
- Spółka Parexbud: 2 987 737,84 PLN (dowód: karta nr 129);
- Zakład L&L: 3 277 047,43 PLN (dowód: karta nr 306).

Zamawiający, kierując się jedynym kryterium oceny ofert, jakim była cena, wybrałby więc – jako najkorzystniejszą – ofertę Impex Trade. Oferta złożona przez tego przedsiębiorcę była bowiem ofertą najtańszą.

Pismem z dnia 19.04.2005r. LZDPG działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych⁴ zażądał od Impex Trade wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez tę Spółkę oferty. Zamawiający wskazał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale I *Instrukcja dla Wykonawców* pkt 3 ppkt 3.1. jednoznacznie określono, że w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy m.in. wykażą się posiadanymi na rachunku bankowym środkami lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30% ceny ofertowej. Zamawiający podniósł, że załączniki do oferty złożonej przez Impex Trade tj. pismo

⁴ Przepis ten (zdanie pierwsze) stanowi, że *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.*

Volkswagen Bank Direct Bankowość Bezpośrednia Volkswagen Bank Polska SA w Warszawie z dnia 04.01.2005r. (dowód: karta nr 298)⁵ oraz pismo („Opinia bankowa”) Kredyt Bank SA I Oddział w Katowicach z dnia 13.04.2005r. (dowód: karta nr 299)⁶ w niejednoznaczny sposób określają spełnienie ww. warunku. W związku z powyższym Zamawiający wskazał, iż Impex Trade do dnia 22.04.2005r. do godz. 15:00 powinno w sposób jednoznaczny wyjaśnić wielkość posiadanych środków lub zdolność kredytową w nawiązaniu do złożonych przez Spółkę ww. załączników (dowód: karta nr 442).

Do dnia 22.04.2005r. do godz. 15:00 Impex Trade nie złożyło wyjaśnień, o których mowa powyżej. Dlatego też LZDPG pismem z dnia 25.04.2005r. poinformował o wykluczeniu Impex Trade z udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych⁷ oraz o odrzuceniu jego oferty, stosownie do art. 24 ust. 4 ww. ustawy⁸ (dowód: karty nr 443-446).

W skierowanym do LZDPG piśmie z dnia 27.04.2005r. Impex Trade wskazało, iż załączniki do oferty w postaci dwóch informacji z banków określają jednoznacznie spełnienie wymaganych przez siwz warunków w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Przedsiębiorca podniósł, że Zamawiający nie określił, iż wielkość posiadanych środków powinna dotyczyć tylko jednego konta bankowego. Wskazał również, iż posiadanie przez przedsiębiorcę więcej niż jednego konta jest powszechną praktyką i nie może stanowić powodu do nierównego traktowania wykonawców. Na piśmie tym widnieje również odrębna adnotacja sporządzona przez pracownika LZDPG o treści: *Wyjaśnienia (nie spełnia siwz) wpłynęło po terminie 27.04.2005* (dowód: karta nr 447)

Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczeni zostali również Zakład L&L oraz Zakład Meblowy Fornit. O odrzuceniu złożonych przez tych przedsiębiorców ofert Zamawiający zawiadomił ich w pismach z dnia 25.04.2005r. (dowód: karty nr 444-446). Obydwie oferty zostały odrzucone z uwagi na niespełnienie warunku określonego w Rozdziale III, pkt 2 ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który zobowiązywał wykonawców do załączenia do składanych ofert „Informacji o karalności z Krajowego Rejestru karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych⁹ wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

W piśmie skierowanym do pierwszego z ww. oferentów LZDPG wskazał, iż Zakład L&L nie przedstawił – choć powinien był – informacji, o której mowa powyżej. W złożonej przez siebie ofercie Zakład L&L zaznaczył bowiem, że przedmiotowa informacja o karalności „nie dotyczy” go (dowód: karta nr 337). Zdaniem Zamawiającego przedstawione przez wykonawcę stanowisko nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa; działający w formie spółki jawnej Zakład L&L ponosi bowiem odpowiedzialność na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz. 1661). Powinien był zatem przedstawić stosowną w tym zakresie informację o karalności zgodnie z pkt 2 ppkt 8 Rozdziału III siwz (dowód: karty nr 444-445).

⁵ W piśmie tym potwierdzono, że Impex Trade jest posiadaczem rachunku bankowego, na którym saldo na dzień 30.12.2004r. wynosiło [...] PLN.

⁶ W piśmie tym poinformowano, że Impex Trade posiadaczem podstawowego rachunku bankowego, na którym obroty z ostatnich 6 miesięcy zamknęły się kwotą [...]. Na dzień 03.01.2005r. najwyższe saldo na rachunku bankowym wynosiło [...] PLN.

⁷ Zgodnie z tym przepisem, *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się (..) wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.*

⁸ Zgodnie z tym przepisem, *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

⁹ Zgodnie z tym przepisem, *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.*

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty Zakładu Meblowego Fornit, Zamawiający podkreślił natomiast, iż w Rozdziale I, pkt 2 pkt 2.8. siwz określono, iż *do oferty należy dołączyć wszystkie wymagane dokumenty określone i sporządzone zgodnie ze wskazaniem zawartymi w rozdziale III. Jeżeli jakaś informacja nie dotyczy wykonawcy winien w danym miejscu wpisać „nie dotyczy”*. Zakład Meblowy Fornit, jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, nie był obowiązany do złożenia informacji o karalności z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ofercie powinien był zatem wskazać, że przedmiotowa informacja go „nie dotyczy”. Przedsiębiorca nie spełnił natomiast tego warunku (dowód: karta nr 239) w związku z czym jego oferta została odrzucona (dowód: karta nr 446).

O fakcie odrzucenia ofert złożonych przez Impex Trade, Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L oraz o przyczynach ich odrzucenia, Zamawiający poinformował pozostałych oferentów pismami z dnia 26.04.2005r. (dowód: karty nr 448-452).

W dniu 29.04.2006r. do LZDPG wpłynął protest Impex Trade na zaniechanie Zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego polegające na nie odrzuceniu oferty złożonej przez Spółkę Parexbud. Przedsiębiorca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez Spółkę Parexbud, pomimo iż jej treść była niezgodna z ww. ustawą oraz nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dowód: karty nr 453-454). W tym samym dniu Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o fakcie złożenia protestu oraz o możliwości przystąpienia do postępowania protestacyjnego (dowód: karty nr 455-460). Do wniesionego przez Impex Trade protestu przystąpili Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L (dowód: karty nr 461-462).

Pismami z dnia 04.05.2005r. Zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania protestacyjnego. Protest został uwzględniony w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a oddalony w zakresie dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy (dowód: karty nr 463-478).

Ponieważ częściowe uznanie zarzutów podniesionych w proteście oznaczało konieczność odrzucenia oferty złożonej przez Spółkę Parexbud, a tym samym unieważnienie postępowania¹⁰ (w postępowaniu nie pozostałaby bowiem żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu), LZDPG korzystając z możliwości, jaką daje art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych¹¹, wezwał wszystkich oferentów do uzupełnienia złożonych ofert oraz załączników do ofert (między innymi w zakresie, jaki był podstawą do wcześniejszego ich odrzucenia). W związku z tym:

- Impex Trade został wezwany do dostarczenia m.in. informacji z banku potwierdzającej wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30% ceny ofertowej (dowód: karta nr 467);
- Zakład Meblowy Fornit został wezwany m.in. do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie, że Informacja o karalności z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych „nie dotyczy” go (dowód: karta nr 473);
- Zakład L&L został wezwany m.in. do uzupełnienia oferty poprzez złożenie Informacji o karalności z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą otrzymania wezwania (dowód: karta nr 477).

¹⁰ Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.*

¹¹ Zgodnie z tym przepisem, *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożą dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym terminie, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania.*

Należy w tym miejscu podkreślić, iż ww. oferenci zostali również wezwani do uzupełnienia ofert w pokrywającym się częściowo zakresie. Zarówno Impex Trade, Zakład Meblowy Fornit, jak i Zakład L&L zostali wezwani do zaparafowania wszystkich stron oferty, zgodnie z wymogiem ujętym w Załączniku nr 2 do siwz (dowód: karty nr 268, 473, 476). Ponadto w przypadku Zakładu Meblowego Fornit i Impex Trade, obydwu wykonawców Zamawiający wezwał do uzupełnienia w identycznym zakresie stron 2 i 26 złożonych przez nich ofert (dowód: karty nr 215, 253-254, 238, 277, 469, 473). Termin uzupełnienia ofert upływał w dniu 10.05.2005r. o godz. 14:00 (dowód: karty nr 465, 468, 473, 476).

We wskazanym powyżej terminie Impex Trade nie dostarczył Zamawiającemu informacji z banku potwierdzającej wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30% ceny ofertowej. W pozostałym zakresie oferta została przez niego uzupełniona zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Wszyscy pozostali oferenci uzupełnili oferty terminowo. Oferty Impex Trade, Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L zostały poprawione w tym samym dniu – 10.05.2005r. (dowód: karty nr 215, 238-239, 254, 277-278, 307)

W złożonych w toku postępowania antymonopolowego wyjaśnieniach odnośnie nieuzupełnienia w terminie oferty w zakresie dotyczącym informacji o wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków finansowych lub zdolności kredytowej, Spółka Impex Trade wskazała, że załączone przez nią do oferty zaświadczenie (...) było złożone zgodnie z wymogami wymaganymi w zaproszeniu do składania ofert i opiewało na wymaganą przez Zamawiającego kwotę. *Impex Trade Sp. z o.o. nie złożyła nowego zaświadczenia, gdyż jedyne jakie posiadała i mogła uzyskać zostało już złożone i było w jej mniemaniu prawidłowe. Zamawiający odrzucając ofertę uzasadnił, iż słowo „saldo” użyte w zaświadczeniach z banku nie jest równoznaczne z wysokością posiadanych środków. Na tej podstawie po raz kolejny oferta Impex Trade Sp. z o.o. została odrzucona. Zamawiający zażądał nowego zaświadczenia, którego spółka nie mogła uzyskać ze względu na brak wymaganych środków w danej chwili* (dowód: karta nr 1009). Z drugiej strony w toku postępowania Spółka Impex Trade podniosła, iż Decyzja odnośnie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” została podjęta w ostatniej chwili, gdyż Spółka do końca nie była pewna spełnienia wymogów formalnych odnośnie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Spółka mogła jedynie otrzymać opinię wskazującą na saldo konta firmowego na konkretny dzień. Impex Trade nie było jednak pewne, jak Zamawiający zinterpretuje złożenie opinii z dwóch banków, które dopiero po zsumowaniu dają wymaganą przez niego kwotę. Wątpliwości co do spełnienia wymogów formalnych pozostały, jednakże z uwagi na fakt, że Spółce zależało na udziale w przetargu, zdecydowała się na złożenie oferty (dowód: karty nr 1737, 1994).

W wyjaśnieniach przedstawionych w toku postępowania antymonopolowego Zamawiający wskazał natomiast, że Spółka Impex Trade powinna była załączyć do oferty informację z banku potwierdzającą wysokość salda tylko jednego rachunku, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wynika to z art. 1 ust. 3 pkt 2 obowiązującego w dacie wszczęcia omawianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2004r. Nr 71, poz. 645)¹² (dowód: karty nr 1799, 2045).

¹² Zgodnie z tym przepisem, *W celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.*

W pismach z dnia 11.05.2005r. LZDPG zawiadomił wykonawców o wykluczeniu Impex Trade z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Meblowy Fornit, który zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 2 921 856,24 PLN (dowód: karty nr 479-486). Po odrzuceniu oferty Impex Trade, oferta Zakładu Meblowego Fornit była bowiem ofertą najtańszą. Oferta ta była jednocześnie droższa o oferty złożonej przez Impex Trade o 237 342,47 PLN.

W dniu 16.05.2005r. do LZDPG wpłynął protest Spółki Parexbud na czynności Zamawiającego polegające na tym, iż dokonał on wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty Zakładu Meblowego Fornit. W treści protestu Wnioskodawca wskazał, iż istnieje uzasadnione przypuszczenie, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Meblowy Fornit, Spółka Impex Trade oraz Zakład L&L dopuścili się *praktyk naruszających przepis art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)*, a także dopuścili się naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który wprowadza zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny¹³.

Spółka Parexbud w uzasadnieniu protestu podniosła, iż: *Jak wynika z analizy przeprowadzonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Parexbud (...) wymienieni powyżej wykonawcy w tym Zakład Meblowy Fornit (...) dopuścili się praktyki naruszającej przepisy art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dn. 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...), zgodnie z którymi Zamawiający powinien odrzucić ofertę bądź oferty m.in., gdy ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a więc narusza interesy innego przedsiębiorcy. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.* Spółka Parexbud w dalszej kolejności wskazała, iż (...) *analiza ofert wymienionych Wykonawców daje podstawy do podejrzenia, że mamy tutaj do czynienia z klasyczną złą praktyką prowadzącą do wyeliminowania innych wykonawców, a co za tym idzie wypaczenia istoty całego przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.* Przemawia za zawarciem takiego porozumienia zdaniem Wnioskodawcy fakt, iż *Większość pozycji cen jednostkowych wykonawców Impex Trade Sp. z o.o. i Marka P. jest de facto identyczna (lub prawie identyczna) – dotyczy to większości pozycji złożonych ofert (...) 90% całości ich treści.* Spółka Parexbud wskazała również, że w trakcie analizy ofert odkryła ścisłe zależności cenowe pomiędzy ofertą Zakładu L&L a ofertami dwóch pozostałych uczestników postępowania. *Oferta Zakładu L&L w większości pozycji różni się dokładnie o 14% od oferty wykonawcy Zakładu Meblowego Fornit (...) i dokładnie o 15% od oferty wykonawcy Impex Trade (...).* Jak podniósł Wnioskodawca w treści protestu, według jego oceny, (...) *ofertą „wyjściową” była oferta Impex Trade (...), do której pozostali wykonawcy (...) dopasowali swoje oferty konstruuując je poprzez dodanie odpowiednich wskaźników marży w przeważającej części pozycji tak, aby uzyskać większą szansę na wygraną biorąc pod uwagę cenę, jak i poprawność złożonych ofert (...).* Spółka Parexbud podniosła w dalszej kolejności, iż nie ma żadnych wątpliwości, że opisane powyżej prawidłowości nie są przypadkowe. Podniosła, iż prawdopodobnie podobne fakty miały miejsce również w poprzednich, unieważnionych przetargach nieograniczonych dotyczących „Dostawy i montażu wyposażenia budynków na

¹³ Złożenie przedmiotowego protestu przez Spółkę Parexbud zbiegło się w czasie ze złożeniem do organu antymonopolowego wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. W związku z powyższym Spółka Parexbud wniosła o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie ofert Zakładu Meblowego Fornit oraz Zakładu L&L (dowód: karty nr 487-489).

Dokonane przez organ antymonopolowy na podstawie analizy złożonych ofert ustalenia potwierdziły fakt istnienia ścisłych zależności cenowych pomiędzy ofertami złożonymi przez Impex Trade, Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L. Zależności pomiędzy ww. ofertami przedstawiają poniższe tabele.

Tabela Nr 1. Zależności pomiędzy cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji ofertowych zawartymi w ofertach Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez LZDPG w Chełmie (dowód: karty nr 511-517, 216-235, 255-274).

Zależność pomiędzy cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Zakładu Meblowego Fornit a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Impex Trade, obliczona według wzoru: (cena zaproponowana przez Zakład Meblowy Fornit / cena zaproponowana przez Impex Trade) x 100%	Częstość występowania danej zależności (ile razy dana zależność pomiędzy cenami powtarza się)	Częstość występowania danej zależności w procentach
100,00%	45 razy	12,03%
101,00%	294 razy	78,61%
Inne zależności (od 99,56% do 232,30%)	35 razy	9,36%
Razem	374	100,00%

Jak wynika z powyższego, ceny jednostkowe zawarte w ofercie złożonej przez Zakład Meblowy Fornit są identyczne lub dokładnie o 1% wyższe od cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade w ponad 90% wszystkich pozycji ofertowych (dotyczy to 339 pozycji na 374). W przypadku 7,75% cen jednostkowych zależności są natomiast zróżnicowane; ceny jednostkowe zaproponowane przez Zakład Meblowy Fornit stanowią od 99,56% do 232,30% wartości analogicznych cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade.

Tabela nr 2. Zależności pomiędzy cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji ofertowych zawartymi w ofertach Impex Trade i Zakładu L&L złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez LZDPG w Chełmie (dowód: karty nr 511-517, 255-274, 309-329).

Zależność pomiędzy cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Zakładu L&L a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Impex Trade, obliczona według wzoru: (cena zaproponowana przez Zakład L&L / cena zaproponowana przez Impex Trade) x 100%	Częstość występowania danej zależności (ile razy dana zależność pomiędzy cenami powtarza się)	Częstość występowania danej zależności w procentach
113,86%	42 razy	11,23%
115,00%	253 razy	67,65%
Inne zależności (od 103,08% do 230%)	79 razy	20,86%
razem	374	100,00%

Jak wynika z powyższej tabeli 294 z 374 cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu L&L (co stanowi 78,88% wszystkich pozycji ofertowych) jest dokładnie o 13,86% lub o 15% wyższa od odpowiednich cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade. W pozostałych przypadkach (20,86% pozycji ofertowych) zależności cenowe są zróżnicowane; ceny zaoferowane przez Zakład L&L są wyższe od cen zaoferowanych przez Impex Trade o od 3,08%

do 130% (przy czym w większości tych przypadków ceny zaoferowane przez Zakład L&L są o około 20-30% wyższe od cen zaoferowanych przez Impex Trade).

Pismami z dnia 20.05.2005r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o uwzględnieniu wniesionego przez Spółkę Parexbud protestu. W związku z tym LZDPG postanowił odrzucić oferty Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L i wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wnioskodawcę – Spółkę Parexbud, opiewającą na kwotę 2 987 737,84 PLN. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż *w po ponownym dokonaniu analizy (...) ofert (...) uznał, iż faktycznie doszło do naruszenia przepisów art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (dowód: karty nr 499-510).

W dniu 25.05.2005r. Zakład Meblowy Fornit wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty ww. przedsiębiorcy i przyjęciu, że oferta ta nie podlega ocenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W proteście wskazano m.in., iż oferta Zakładu Meblowego Fornit złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” *nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, (...) nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest ważna na podstawie odrębnych przepisów*. Podniesiono również, iż *Zamawiający niesłusznie zarzuca (...) uzgadnianie cen jednostkowych ze wskazanymi w proteście uczestnikami postępowania. Kalkulacje cen jednostkowych wskazujące powtarzalne różnice marżowe pomiędzy złożonymi ofertami, dowodzą jedynie, że dane podmioty gospodarcze znają ceny konkurencji powzięte z oficjalnych katalogów lub też ofert handlowych*. Zakład Meblowy Fornit podkreślił również, iż stosownie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem przedsiębiorcy, cena jego oferty jest natomiast *rzetelnie skalkulowana z uwzględnieniem cen właściwych materiałów, kosztów pracy urzędników oraz kosztów robocizny w pełnym wymiarze*. W opinii Zakładu Meblowego Fornit, złożona przez niego oferta nie stanowi zatem czynu nieuczciwej konkurencji, spełnia wszelkie wymogi i nie podlega odrzuceniu, jako rażąco niska (dowód: karty nr 518-520). Do wniesionego przez Zakład Meblowy Fornit protestu przystąpił Zakład L&L (dowód: karta nr 529)

Wniesiony przez Zakład Meblowy Fornit protest został przez Zamawiającego oddalony. W związku z powyższym ww. przedsiębiorca w dniu 02.06.2005r. złożył od powyższego rozstrzygnięcia odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Przedsiębiorca podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w oddalonym przez LZDPG proteście (dowód: karty nr 534, 1950-1951).

Po rozpoznaniu odwołania Zakładu Meblowego Fornit na rozprawie w dniu 17.06.2005r., Zespół Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych orzekł, iż *Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórna ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego*. W uzasadnieniu wyroku Zespół Arbitrów wskazał między innymi, że *Nie może być, (...) uznane za podstawę odrzucenia oferty wykazane przez Zamawiającego podobieństwo, nawet daleko idące, składników ofert. Ceny tych ofert dotyczą branży, w której oferenci często sporządzają katalogi, publikują te ceny, znajdują się w posiadaniu katalogów innych firm, co sprawia, że ceny w reprezentowanym segmencie rynku są łatwo dostępne. Dlatego w przypadku stwierdzenia podobieństwa składników kilku ofert konieczne jest udowodnienie, że takie sporządzenie ofert zmierza do celów wskazanych w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (dowód: karty nr 547-553).

W pismach z dnia 20.06.2005r. Zamawiający powiadomił wykonawców, że w związku z ww. wyrokiem Zespołu Arbitrów, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę na kwotę brutto 2 921 856,24 PLN złożoną przez Zakład Meblowy Fornit (dowód: karty nr 554-559). W dniu 27.06.2005r.

została zawarta pomiędzy LZDPG w Chełmie a Zakładem Meblowym Fornit *Umowa nr 18/TI-2221/D/05* na wykonanie dostawy i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (dowód: karty nr 383-387).

W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że częściowo zamówienie zostało wykonane przy wykorzystaniu własnej produkcji Zakładu Meblowego Fornit, jednakże przeważającą część sprzętu i wyposażenia niezbędnego do realizacji zamówienia publicznego polegającego na „Dostawie i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zwycięzca przetargu – Zakład Meblowy Fornit zakupił od Spółki Impex Trade (dowód: karta nr 1948). Przedsiębiorca przedstawił potwierdzające ten fakt faktury VAT wystawione przez Impex Trade oraz dokumenty potwierdzające dokonane między przedsiębiorcami z powyższego tytułu rozliczenia (dowód: karty nr 1951-1972, 1977-1979, 2577-2592).

Jak wynika z przedstawionego w toku postępowania antymonopolowego zestawienia, 326 pozycji ofertowych zostało nabytych przez Zakład Meblowy Fornit od Spółki Impex Trade, a 41 pozycji ofertowych, obejmujących meble (w tym szafki, szafy, stoły, stoliki, regały, komody, biurka, lady, kanapy, wersalki), stanowiła produkcja własna zwycięzcy postępowania. Z 7 pozycji ofertowych Zamawiający zrezygnował po podpisaniu umowy. W sumie zatem blisko 89% całości przedmiotu realizowanego zamówienia zostało przez Zakład Meblowy Fornit zakupione u konkurenta, który ubiegał się o to samo zamówienie – Spółki Impex Trade (dowód: karty nr 2593-2596).

Według szacunków Zakładu Meblowego Fornit „czysty zysk” uzyskany przez przedsiębiorcę w związku z realizacją zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” wyniósł około [...] PLN (różnica między kwotą zakupu sprzętu od Impex Trade a kwotą sprzedaży na rzecz LZDPG w Chełmie pomniejszona o koszt rozszerzenia gwarancji, koszty energii zużywanej do działalności produkcyjnej, koszty leasingu samochodów, koszty obsługi księgowej, prawnej) (dowód: karty nr 2656-2657).

Z kolei marża zysku uzyskana przez Impex Trade w związku ze odsprzedażą na rzecz Zakładu Meblowego Fornit sprzętu i wyposażenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego wyniosła około [...] PLN [Załącznik Nr 1, pkt 1 – tajemnica przedsiębiorstwa Spółki Impex Trade] (dowód: karty nr 2661-2689).

Jak już podniesiono we wcześniejszej części decyzji przeprowadzenie przez LZDPG postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” w trybie negocjacji bez ogłoszenia było poprzedzone dwoma unieważnionymi przetargami nieograniczonymi dotyczącymi ww. przedmiotu zamówienia.

W dniu 05.12.2003r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 181, poz. 77700 ukazało się ogłoszenie o pierwszym z przetargów nieograniczonych dotyczących „Dostawy i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”¹⁴. Powyższe postępowanie przetargowe prowadzone było zgodnie z przepisami uchylonej już, a obowiązującej w dacie jego wszczęcia ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2002r. Nr 72, poz. 664).

Szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego określona na kwotę 2 449 339,10 PLN w oparciu o aktualnie obowiązujące ceny rynkowe (dowód: karta nr 1838). Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 6 wykonawców: trzech przedsiębiorców

¹⁴ http://www.uzp.gov.pl/biulety/2003/181/181_7700.html

będących stronami niniejszego postępowania antymonopolowego tj. Spółka Parexbud (dowód: karty nr 1399-1458), Zakład Meblowy Fornit (dowód: karty nr 1354-1398) i Impex Trade (dowód: karty nr 1279-1353), a także trzech innych przedsiębiorców – Gildia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Tehand Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i PPH Polnet Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dowód: karta nr 1846). W dniu 03.02.2004r, w siedzibie Zamawiającego odbyło się publiczne otwarcie ofert (dowód: karta nr 1839). Poszczególni oferenci zaproponowali wykonanie przedmiotu zamówienia po następujących cenach brutto (dowód: karta nr 1846):

- Impex Trade – 2 360 636,32 PLN;
- Zakład Meblowy Fornit – 2 551 534,29 PLN;
- Gildia Sp. z o.o. – 2 989 296,11 PLN;
- Tehand Sp. z o.o. – 3 274 059,75 PLN;
- Spółka Parexbud – 3 858 917,63 PLN;
- PPH Polnet Sp. z o.o. – 6 072 928,20 PLN.

Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym przetargu była cena, której waga wynosiła 100% (dowód: karty nr 1850-1856).

W toku postępowania przetargowego, pismami z dnia 27.02.2004r. LZDPG poinformował wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu, iż w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Spółkę Impex Trade na kwotę brutto 2 360 636,32 PLN (dowód: karty nr 2371-2376). W dniu 05.03.2004r. do LZDPG wpłynął protest Spółki Tehand wobec czynności Zamawiającego polegających na: dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Impex Trade, braku wykluczenia ww. wykonawcy z przetargu bądź odrzucenia jego oferty oraz braku wykluczenia z przetargu Zakładu Meblowego Fornit bądź odrzucenia złożonej przez niego oferty. Spółka Tehand wniosła unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Spółki Impex Trade, wykluczenie Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit z przetargu oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych niepodlegających odrzuceniu (dowód: karty nr 2380-2385). W uzasadnieniu protestu Spółka Tehand, przedstawiając zarzuty względem Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit wskazała, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że w postępowaniu mogą uczestniczyć oferenci, którzy m.in. przedstawią referencje dotyczące zrealizowanych w ostatnich 3 latach minimum dwóch kontraktach o zakresie: dostawa i montaż wyposażenia o wartości powyżej 1 000 000 PLN. Jednocześnie siwz stwierdza, że niedostarczenie przedmiotowych dokumentów lub podanie nieprawdziwych danych spowoduje wykluczenie oferenta z postępowania przetargowego. Spółka Tehand podniosła, iż przedsiębiorcy Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit nie spełnili ww. warunku uczestnictwa w przetargu (dowód: karta nr 2380-2385).

W uzasadnieniu protestu podniesiono, że z załączonego do oferty Impex Trade „Wykazu zrealizowanych robót obejmujących dostawy i montaż wyposażenia w okresie ostatnich 3 lat o wartości powyżej 1 000 000 zł każda, potwierdzonych referencjami” (dowód: karty nr 1306-1307, 1335-1336, 1339) wynika, że w 2000 i 2001 roku Spółka wykonała [...] kontrakty o wymaganej wartości. Spółka Tehand wskazała natomiast, iż mając na uwadze, że termin składania ofert upływał w 2004 roku, wykonawcy powinni byli przedstawić przynajmniej dwie referencje dotyczące kontraktów zrealizowanych w ostatnich 3 latach tzn. w roku 2001, 2002 i 2003, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 PLN. Tylko jedna z przedstawionych przez Impex Trade referencji spełniała zdaniem protestującego wykonawcy ten warunek. Pozostałe dotyczą kontraktów zrealizowanych najpóźniej w roku 2000 (a więc nie w okresie *ostatnich 3 lat*), w tym jedna dotyczy zamówienia na kwotę niższą niż 1 000 000 PLN, co wynika z załączonych do oferty referencji (dowód: karta nr 1339).

W odniesieniu do Zakładu Meblowego Fornit Spółka Tehand wskazała natomiast, iż jedna z przedstawionych przez tego przedsiębiorcę referencji nie zawiera informacji o wartości

zrealizowanego kontraktu, w związku z czym brak jest możliwości określenia przez Zamawiającego, jakiej wartości robót referencja ta dotyczy (dowód: karta nr 1394). Z kolei druga referencja dotyczy realizacji zamówienia, co do którego postępowanie przetargowe nie zostało jeszcze zakończone (dowód: karta nr 1393).

W dniu 10.03.2004r. Zamawiający powiadomił wykonawców o oddaleniu protestu (dowód: karty nr 2392-2401). W dniu 17.03.2004r. od ww. rozstrzygnięcia odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosła Spółka Gildia (dowód: karta nr 2418).

W wyroku z dnia 29.03.2004r. Zespół Arbitrów orzekł o uwzględnieniu wniesionego odwołania i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert. W uzasadnieniu wyroku Zespół Arbitrów zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że oferty Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit powinny zostać odrzucone ze względu na niespełnienie wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego obowiązku przedstawienia przynajmniej dwóch referencji z wykonanych w ostatnich 3 latach kontraktów o wartości robót nie mniejszej niż 1 000 000 euro. Zespół Arbitrów uznał, że jedna z referencji przedstawionych przez Impex Trade nie określa daty realizacji dostaw i montażu wyposażenia, a zatem nie spełnia wymogów określonych w siwz. Jego zdaniem nie powinny być brane również pod uwagę przedstawione przez Impex Trade referencje dotyczące kontraktów zrealizowanych w roku 2000 i wcześniej, gdyż pod pojęciem „ostatnich trzech lat” należy rozumieć lata 2001-2003 (biorąc pod uwagę, że termin składania ofert upłynął w dniu 27.01.2004r.). Zespół Arbitrów podzielił także pogląd odwołującego, iż referencje przedstawione przez Zakład Meblowy Fornit nie spełniały wymagań siwz, gdyż nie zawierały informacji o wartości robót oraz czasie ich realizacji (dowód: karty nr 2424-2431).

Po dokonaniu ponownej oceny złożonych ofert zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 29.03.2004r., LZDPG w pismach z dnia 05.05.2004r. zawiadomił Impex Trade oraz Zakład Meblowy Fornit o wykluczeniu ww. wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na niespełnienie wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązujących wykonawców do przedstawienia co najmniej dwóch referencji z wykonanych w ostatnich trzech latach kontraktów na dostawę i montaż wyposażenia o wartości powyżej 1 000 000 PLN każdy (dowód: karty nr 1859, 2467-2468).

W dniu 10.05.2004r. Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit wnieśli protesty na czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu przedmiotowych wykonawców z przetargu (dowód: karty nr 2470-2473). Zostały one przez Zamawiającego oddalone, o czym powiadomił on przedsiębiorców pismami z dnia 14.05.2004r. (dowód: karty nr 2481-2483). Wykonawcy złożyli odwołania od powyższego protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dowód: karty nr 2484-2488).

Podkreślenia wymaga, że zarówno złożone przez Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit protesty, jak i odwołania miały bardzo podobną formę graficzną i treść. Te same akapity zostały przez przedsiębiorców zaznaczone pogrubioną czcionką. W obydwu protestach i obydwu odwołaniach znajdują się również fragmenty o identycznym brzmieniu (karty nr 2471-2473, 2484-2486).

Wyrokami z dnia 31 maja 2004 r. Zespół Arbitrów oddalił odwołania wniesione przez Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit. Zespół Arbitrów orzekł, iż wykluczając przedmiotowych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego LZDPG nie naruszył przepisów siwz oraz przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Zespół Arbitrów uznał, iż wykluczenie przedsiębiorców było uzasadnione, gdyż nie przedstawili oni wymaganych przez siwz referencji z wykonanych kontraktów (dowód: karty nr 2499-2509).

W związku z zapadłym orzeczeniem i wykluczeniem z przetargu Spółki Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty nie podlegającej

odrzuconiu przewyższała kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (dowód: karta nr 1863).

W toku postępowania antymonopolowego dokonano porównania 358 cen jednostkowych zawartych w ofertach złożonych w omawianym przetargu nieograniczonym przez Zakład Meblowy Fornit oraz Spółkę Impex Trade. Ustalono, że między cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia istnieją ściśle, liniowe zależności, które przedstawia poniższa tabela.

Tabela Nr 3. Zależności pomiędzy cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji ofertowych zawartymi w ofertach Zakładu Meblowego Fornit i Spółki Impex Trade złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez LZDPG w Chełmie, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 181, poz. 77700 z dnia 05.012.2003r. (dowód: karty nr 1282-1302, 1803, 1358-1379).

Zależność pomiędzy cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Zakładu Meblowego Fornit a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Impex Trade, obliczona według wzoru: (cena zaproponowana przez Zakład Meblowy Fornit / cena zaproponowana przez Impex Trade) x 100%	Częstość występowania danej zależności (ile razy dana zależność pomiędzy cenami powtarza się)	Częstość występowania danej zależności w procentach
109,52%	336	93,85%
Inne zależności (od 71,19% do 180,32%)	22	6,15%
Razem	358	100,00%

Jak wynika z przedmiotowego porównania, 336 z 358 cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu Meblowego Fornit było dokładnie o 9,52% wyższe od cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade. Powyższa zależność dotyczy zatem 93,85% wszystkich pozycji ofertowych. W przypadku 6,15% pozycji ofertowych (22 pozycje) zależności między cenami były zróżnicowane; ceny jednostkowe zaproponowane przez Zakład Meblowy Fornit były niższe od cen Impex Trade o maksymalnie 28,81% lub wyższe od cen zaoferowanych przez Impex Trade o maksymalnie 80,32%.

Istnieją również inne podobieństwa między złożonymi przez Zakład Meblowy Fornit a Impex Trade ofertami. W ofertach, w wykazie sprzętu będącego przedmiotem zamówienia, obydwaj przedsiębiorcy w identyczny sposób pominęli pozycję nr 52 (dowód: karty nr 1360, 1284).

Ponadto w nagłówku oferty złożonej przez Zakład Meblowy Fornit (którego miejsce wykonywania działalności gospodarczej znajduje się w Jaworznie), widnieje nazwa miejscowości „Katowice”. W Katowicach ma natomiast siedzibę Spółka Impex Trade (dowód: karta nr 1356).

W dniu 05.07.2004r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 108, poz. 31717 ukazało się ogłoszenie o drugim z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”¹⁵. Wartość zamówienia oszacowana została przez Zamawiającego na kwotę 2 199 415,00 PLN. Ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 25.06.2004r. według aktualnie obowiązujących cen rynkowych (dowód: karta nr 1805). Oferty w przedmiotowym przetargu złożyło pięciu wykonawców: Zakład Meblowy Fornit (dowód: karty nr 1518-1557), Zakład L&L (dowód: karty nr 1558-1622), Spółka Parexbud (dowód: karty nr 1459-1517), Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie i Tehand Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dowód: karta nr 1817). W dniu 31.08.2004r. o godz. 13:00 nastąpiło

¹⁵ http://www.uzp.gov.pl/biulety/2004/108/108_1717.html

publiczne otwarcie ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 2 683 286,30 PLN (dowód: karta nr 1808). Poszczególni przedsiębiorcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia po następujących cenach brutto (dowód: karta nr 1817):

- Zakład Meblowy Fornit – 2 858 867,31 PLN;
- Zakład L&L – 3 131 855,56 PLN;
- Spółka Parexbud – 3 390 593,16 PLN;
- Qumak-Sekom SA – 3 398 813,46 PLN;
- Tehand Sp. z o.o. – 3 417 711,02 PLN.

Zgodnie z warunkami przetargu ocena ofert dokonywana była według kryterium najniższej ceny (dowód: karta nr 1822).

Pismem z dnia 03.09.2004r. LZDPG działając zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁶ zwrócił się do Zakładu Meblowego Fornit o udzielenie wyjaśnień dotyczących 31 elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (dowód: karty nr 2212-2213). W odpowiedzi udzielonej w tym samym dniu Zakład Meblowy Fornit potwierdził wykonanie wskazanych przez Zamawiającego pozycji oferty po cenach zawartych w ofercie. Przedsiębiorca podniósł, że jego oferta cenowa *podyktowana jest oszczędnością wykonania zamówienia* (dowód: karta nr 2214).

Pismami z dnia 06.09.2004r. Zamawiający poinformował uczestników przetargu o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ofert złożonych przez: Spółkę Parexbud, Zakład L&L oraz Spółkę Qumak-Sekom (dowód: karty nr 2216-2225, 1821). Oferty zostały odrzucone z uwagi na okoliczność, iż ich treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku Spółki Qumak Sekom i Parexbud załączniki do ofert zawierające zestawienie sprzętu będącego przedmiotem zamówienia zostały sporządzone niezgodnie z wzorem przedmiotowego załącznika stanowiącego część siwz. W przypadku Zakładu L&L przyczyną odrzucenia oferty było niespełnienie warunku dotyczącego przedstawienia wykazu zrealizowanych zamówień od roku 2002 włącznie obejmujących wykonanie dostawy i montażu wyposażenia o wartości powyżej 1 000 000 PLN każda, potwierdzonych referencjami (przedsiębiorca podał bowiem informację o jednej dostawie będącej w trakcie realizacji, a niezakończony) oraz niespełnienie warunku siwz w zakresie przedstawienia informacji dotyczącej przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników oraz liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat oraz w zakresie przedstawienia wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (w informacji ogólnej o firmie nie podano bowiem wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie).

W dniu 14.09.2004r. Zamawiający poinformował pozostałych w przetargu oferentów, iż w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Zakład Meblowy Fornit opiewająca na kwotę: 2 858 867,31 PLN (dowód: karty nr 2227-2228).

W dniu 21.09.2004r. wniesiony został przez Spółkę Tehand protest na czynności Zamawiającego polegające na nieodrżuceniu oferty Zakładu Meblowego Fornit oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego przedsiębiorcę jako najkorzystniejszej. Spółka Tehand wniosła o odrzucenie ww. oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu protestu Spółka podniosła, iż Zakład Meblowy

¹⁶ Zgodnie z tym przepisem, *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.*

Fornit złożył ofertę w sposób naruszający siwz poprzez niezgodne z obowiązującymi przepisami naliczenie podatku VAT oraz fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód: karty nr 2229-2232).

W dniu 24.09.2004r. LZDPG zawiadomił Spółkę Tehand o oddaleniu wniesionego przez nią protestu (dowód: karty nr 2235-2237). W związku z tym w dniu 04.10.2004r. ww. przedsiębiorca wniósł od powyższego rozstrzygnięcia odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dowód: karty 2241-2242). W wyroku z dnia 19.10.2004r., po rozpoznaniu odwołania Spółki Tehand, Zespół Arbitrów orzekł o unieważnieniu postępowania przetargowego. W uzasadnieniu wyroku podniesiono, że postępowanie przetargowe dotknięte jest szeregiem błędów formalnych, które skutkują jego unieważnieniem. Zespół Arbitrów zgodził się z zarzutami odwołania, iż w ofercie Zakładu Meblowego Fornit zastosowano nieprawidłową stawkę VAT, co jest błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty. Podniósł ponadto, że Zamawiający zaniechał zwrócenia się do wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę o wyjaśnienie przyczyny bardzo znacznych rozbieżności cenowych pomiędzy niektórymi elementami oferty a wyceną tychże elementów przez Zamawiającego dokonaną podczas ustalania wartości zamówienia. W wyroku, wskazano również, iż po otwarciu ofert Zamawiający stwierdził, że cena najkorzystniejszej oferty znacznie przekracza środki, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie podjął żadnych kroków zmierzających od otrzymania brakujących mu około 176 000 PLN tylko wybrał ofertę najtańszą, przekraczającą kwotę środków, jakimi dysponował. W związku z powyższym, wobec istnienia różnicy pomiędzy posiadanymi środkami a kwotą najniższej oferty – LZDPG winien był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zgodnie z którym *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*) (dowód: karty nr 2252-2257).

W dniu 09.11.2004r. Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie wniósł skargę na ww. wyrok Zespołu Arbitrów do Sądu Okręgowego w Lublinie – II Wydziału Cywilnego Odwoławczego, zaskarżając go w całości (dowód: karty nr 2258-2268).

W wyroku z dnia 24.02.2005r. sygn. akt II Ca 689/04 Sąd Okręgowy w Lublinie II Wydział Cywilny Odwoławczy oddalił skargę Zamawiającego. W uzasadnieniu wyroku Sąd podniósł, że ustalenia oraz dokonane przez Zespół Arbitrów i ich ocena prawna były prawidłowe, wobec czego Sąd Okręgowy podziela je i przyjmuje za własne. W szczególności Sąd uznał, że w okolicznościach sprawy zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania przetargowego określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przetarg powinien być zatem unieważniony z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (dowód: karty nr 1261-1267).

W toku postępowania antymonopolowego dokonano porównania 374 cen jednostkowych zawartych w ofertach złożonych w omawianym przetargu nieograniczonym przez Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L. Ustalono, że między cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia istnieją ścisłe, liniowe zależności, które przedstawia poniższa tabela.

Tabela Nr 4. Zależności pomiędzy cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji ofertowych zawartymi w ofertach Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez LZDPG w Chełmie, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 108, poz. 31717 z dnia 05.07.2004r. (dowód: karty nr 1521-1537, 1564-1579).

Zależność pomiędzy cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Zakładu Meblowego Fornit a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie Zakładu L&L, obliczona według wzoru: (cena zaproponowana przez Zakład L&L / cena zaproponowana przez Zakład Meblowy Fornit) x 100%	Częstość występowania danej zależności (ile razy dana zależność pomiędzy cenami powtarza się)	Częstość występowania danej zależności w procentach
109,26%	13 razy	3,47%
110,28%	345 razy	92,25%
Inne zależności (od 98,92% do 110,60%)	16 razy	4,28%
Razem	374	100,00%

Jak wynika z powyższej tabeli, 345 z 374 cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu L&L było dokładnie o 10,28% wyższe od cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu Meblowego Fornit. Powyższa zależność dotyczy zatem 92,25% wszystkich pozycji ofertowych. W 3,48% pozycji ofertowych (13 pozycji) ceny jednostkowe zaproponowane przez Zakład L&L były wyższe o dokładnie 9,26% od cen zaproponowanych przez Zakład Meblowy Fornit. W przypadku 1 pozycji cena Zakładu L&L była niższa od ceny zaoferowanej przez Zakład Meblowy Fornit o 1,08%. W pozostałych przypadkach (15 pozycji ofertowych) ceny Zakładu L&L były wyższe od cen Zakładu Meblowego Fornit, jednak nie więcej niż o 10,6%.

W trakcie postępowania antymonopolowego zwrócono się do Uczestników postępowania o wytłumaczenie ścisłych zależności pomiędzy cenami jednostkowymi zawartymi w ofertach złożonych przez nich w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” (karty nr 1623 verte, 1625-1626, 1784-1786). W przedstawionych wyjaśnieniach przedsiębiorcy przyznali, że zależności pomiędzy cenowymi warunkami złożonych w przetargach ofert wynikają z faktu istnienia wzajemnych kontaktów pomiędzy przedsiębiorcami oraz wymiany informacji.

Składając wyjaśnienia w przedmiotowym temacie Spółka Impex Trade wskazała, iż (...) *pierwotnie była firmą zajmującą się wyposażeniem wnętrz biurowych. Od 2001r. firma systematycznie poszerzała zakres działalności gospodarczej, biorąc udział w tzw. „trudnych” przetargach publicznych, skomplikowanych tematycznie i obejmujących wiele branż. Na przestrzeni kilku lat firma Impex Trade wygrała kilka tego typu przetargów, stając się niejako specjalistą w dostarczaniu i wyposażaniu jednostek administracji publicznej w sprzęt obejmujący wiele branż i nie powiązanych tematycznie np. meble biurowe, komputery, meble metalowe, sprzęt laboratoryjny (m.in. urządzenia do pobierania próbek, mikroskopy), specjalistyczny sprzęt na potrzeby przejść granicznych (m.in. detektory przemytu, videoendoskopy, kamery termowizyjne). Każdy przetarg to wycena stworzona specjalnie według siwz danego przetargu z dokładnym opisem przedmiotu zamówienia. Firmy z którymi współpracujemy niejednokrotnie zwracają się do nas z prośbą o wycenę do danego przetargu. My również często korzystamy z takiej możliwości.* Spółka wskazała także, że w badanym przez organ antymonopolowy zakresie (dotyczącym trzech wyżej opisanych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) kilku przedsiębiorców zwróciło się do niej z prośbą o wycenę (m.in.: „L&L”, „Zakład Meblowy Fornit”, „Parexbud”). Przedsiębiorcy ci otrzymali od Spółki Impex Trade ofertę cenową na możliwy do zaoferowania przez nią sprzęt (dowód: karta nr 1642).

Impex Trade wyjaśniło również, iż w przypadku badanych przez organ antymonopolowy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego *prawdopodobne jest, że zainteresowane firmy zwróciły się (...) telefonicznie (o dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia). Jako że nasza firma posiadała pełną SIWZ nie było potrzeby dostarczenia nam specyfikacji.* Spółka wskazała również, że *Oferty dla dwóch firm: Fornit oraz L&L zostały dostarczone osobiście w formie pliku na ok. 3-4 dni przed terminem złożenia ofert.* Impex Trade podniosło ponadto, że *Firma Parexbud nie oczekiwała (...) pełnej oferty, uzyskała jedynie ceny telefonicznie na niektóre pozycje w kosztorysie.* Spółka Impex Trade wyjaśniła również, że decyzja odnośnie jej uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia została podjęta w ostatniej chwili, gdyż Spółka do końca nie była pewna spełnienia wymogów formalnych (dowód: karta nr 1737).

Impex Trade wyjaśniło w dalszej kolejności, że *Regułą w kontaktach handlowych przyjętych przez (...) firmę jest sporządzanie wycen, gdyż tylko znając ceny klient może u nas złożyć zamówienie. Tak też było w tym przypadku. Mielśmy nadzieję, iż nawet, gdyby nasza firma w przetargu nie wygrała istnieje szansa, że firma, która wygra przetarg zakupi u nas przynajmniej niektóre elementy z naszej oferty, tym bardziej, że część elementów to sprzęt specjalistyczny, który nie jest powszechnie dostępny* (dowód: karty nr 1737-1738).

Zakład Meblowy Fornit, wyjaśniając zależność między cenowymi warunkami oferty jego i oferty Impex Trade złożonych w trzecim z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie Lubelskim”, wskazał że *przy ustalaniu cen jednostkowych kierował się przede wszystkim oficjalną ofertą firmy IMPEX TRADE (która jest doświadczonym, pewnym dostawcą wyposażenia tego typu) jak też własną polityką cenową (...). (...) z informacji, jakie posiada Przedsiębiorca oferta IMPEX TRADE nie była publikowana – przedsiębiorca natomiast otrzymał ją na skutek zapytania wniesionego do IMPEX TRADE* (karta nr 1628). Zakład Meblowy Fornit wskazał także, iż *(...) trudno jednoznacznie wskazać pełne wyjaśnienie zaistniałej sytuacji (tj. faktu istnienia ścisłych zależności cenowych pomiędzy ofertami poszczególnych Uczestników postępowania). Do wskazanej powyżej oferty IMPEX TRADE, z której korzystał Przedsiębiorca „dłożona” została przez niego kwota w wysokości ok. 1%. Przedsiębiorca jednocześnie nie wiedział, iż IMPEX TRADE także weźmie udział w tym samym postępowaniu wskazując dokładnie ceny katalogowe. Tym samym najwyraźniej zbieżność pewnych kwot i wartości. Nie oznacza to jednak jakiegokolwiek ustalania jakichkolwiek warunków cenowych czy innych. Przedsiębiorca oficjalnie wystąpił do IMPEX TRADE z zapytaniem o przesłanie oferty katalogowej i na niej przede wszystkim się opierał w ustalaniu cen jednostkowych. Fakt wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego także przez IMPEX TRADE był przecież zupełnie niezależny od Przedsiębiorcy* (dowód: karta nr 1629).

Niemal identyczne wyjaśnienia Zakład Meblowy Fornit przedstawił w odniesieniu do wcześniejszych dwóch przetargów nieograniczonych. Przedsiębiorca podniósł również, że *nie dysponuje wiedzą w zakresie sposobu tworzenia oferty przez Impex Trade, jednakże w wypadku, gdy bazował on na cenach wskazanych Przedsiębiorcy istnieje potencjalna możliwość, iż ceny mogą być liniowo zależne.* Wskazał także, iż nie jest w stanie zweryfikować zależności między cenowymi warunkami własnej oferty a cenami oferty Zakładu L&L, gdyż nie utrzymywał i nie utrzymuje z tym przedsiębiorcą jakichkolwiek kontaktów biznesowych bądź innych (dowód: karta nr 1949).

W przesłanych w toku postępowania wyjaśnieniach Zakład Meblowy Fornit wskazał także, iż *W odniesieniu do kwestii oferty handlowej firmy IMPEX TRADE oferta handlowa została przekazana osobiście w formie nośnika danych (...) oraz, że Zapytanie było dokonane w formie elektronicznej* (dowód: karta nr 1740).

W dalszych wyjaśnieniach przedstawionych w toku postępowania antymonopolowego Zakład Meblowy Fornit podniósł również, że Spółka Impex Trade była dla niego *de facto*

podwykonawcą. Większość przedmiotów, którego dotyczyło zamówienie na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” nie jest produkowana przez Zakład Meblowy Fornit. Chcąc zatem wziąć udział w przetargu i mieć możliwość zwiększenia obrotów i osiągnięcia zysku, konieczny stał się zakup tych przedmiotów u osoby trzeciej. Dlatego Zakład Meblowy Fornit zdecydował o skorzystaniu z oferty Spółki Impex Trade, która była mu znana z dotychczasowych kontaktów handlowych. Zakład Meblowy Fornit zaznaczył również, iż na podstawie udzielonych mu informacji był przekonany, że Spółka Impex Trade nie będzie brała udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. Stało się jednak inaczej, lecz Spółka Impex Trade została wykluczona z przetargu w dalszym etapie z powodu niespełnienia wymogów, które – w przekonaniu Zakładu Meblowego Fornit – powinny były w ogóle wykluczyć możliwość zgłoszenia przez Impex Trade swojej oferty w przedmiotowym postępowaniu (karta nr 2538). Zakład Meblowy Fornit wyjaśnił w dalszej kolejności, że *po otrzymaniu oferty od spółki Impex, ale i zapewniania, że otrzyma rabat w wysokość przynajmniej [...]%, zastosował prosty zabieg. Do cen wskazanych w ofercie dodał 1% marży.* Jak wskazał przedsiębiorca, z jego doświadczenia wynika, że koszty związane z logistyką (transport, montaż itp.) powierzoną osobom trzecim z reguły nie przekraczają kwoty [...]% wartości zamówienia. Ponadto, w toku rozmów ze Spółką Impex Trade uzyskano dodatkowy upust i ostateczny rabat wyniósł [...]% (dowód: karty nr 2538-2539). Tym samym zysk Zakładu Meblowego Fornit, w przypadku wyboru jego oferty, wyniósłby przynajmniej [...]%, zgodnie z poniższymi obliczeniami (dowód: karta nr 2539):

Cena wyjściowa Impex:	=100%,
Marża Fornit:	+1%,
Cena Fornit dla zamawiającego:	=101%, z tego koszty:
Podwykonawcy Fornit (logistyka):	-[...]%
Cena ostateczna Impex:	-[...]%
Zysk Fornit:	[...]%

Zakład Meblowy Fornit podkreślił, że między nim a Impex Trade istniała jedynie relacja opisana powyżej, całkowicie uzasadniona gospodarczo i prawnie. Nie istniało żadne porozumienie między przedsiębiorcami w innym zakresie. Tym bardziej nie było porozumienia między Zakładem Meblowym Fornit a Zakładem L&L, z którym nie łączą go żadne stosunki (dowód: karta nr 2539).

W związku z przedstawionymi wyjaśnieniami, Zakład Meblowy Fornit zwrócił również uwagę na treść orzeczenia Sądu Antymonopolowego z dnia 1 marca 1993 r. sygn. Amr 37/92, w myśl którego *w braku istnienia dowodów bezpośrednich na fakt zawarcia przez uczestników rynku zakazanego prawem monopolistycznego porozumienia, okoliczność ta może być udowodniona w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania podmiotów gospodarczych lub ich związków nie da się wyjaśnić – przy uwzględnieniu wszystkich przesłanek – bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.* Zakład Meblowy wskazał, iż wobec faktu, że Spółka Impex Trade jest *de facto* podwykonawcą dla Zakładu Meblowego Fornit, zbieżność cenowa pomiędzy przedsiębiorcami jest całkowicie uzasadniona i może być wyjaśniona bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku. Takiego ustalonego zachowania bowiem nie było (dowód: karta nr 2539).

Zakład L&L wyjaśnił, że *W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” Spółka L&L zwróciła się do IMPEX TRADE Sp. z o.o. w Katowicach z prośbą o wycenę do danego przetargu zdejając sobie sprawę, że ww. firma ma większe doświadczenie w branży meblowej. Uzyskana wycena była niewątpliwie podstawą bazową do opracowania własnej oferty cenowej, ale nigdy nie ustalano*

jakiegokolwiek zależności w warunkach cenowych pomiędzy IMPEX TRADE czy też innymi oferentami (dowód: karty nr 1651-1652). W toku postępowania antymonopolowego Zakład L&L poinformował również, że przesłana mu oferta Spółki Impex Trade *stanowiła podstawę bazową do opracowania własnej oferty, co polegało na szacunkowym – procentowym naliczeniu naszej oferty cenowej uwzględniającej przewidywany zysk*. Spółka L&L wskazała także, iż *nie dociekała, czy spółka IMPEX TRADE w Katowicach została zaproszona do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”, a więc tym samym nie posiadała w tym zakresie żadnej świadomości*. Przedsiębiorca wyjaśnił ponadto, że *oferta od IMPEX TRADE została dostarczona osobiście przez pracownika spółki bezpośrednio przed terminem złożenia ofert w przetargu (...)* (dowód: karta nr 1759). W toku postępowania antymonopolowego Zakład L&L przedstawił również ofertę otrzymaną od Impex Trade w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia (dowód: karty nr 1760-1779). W przedmiotowej ofercie dokonano wyceny większości pozycji zamówienia (32 pozycje nie zostały wycenione).

Jak ustalono, ceny jednostkowe zawarte w ofercie sporządzonej dla Zakładu L&L miały identyczne wartości, jak ceny, które Impex Trade faktycznie zaproponowało w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. Przesłana w związku z zapytaniem oferta była więc ofertą, jaką Impex Trade w rzeczywistości złożyło w przedmiotowym postępowaniu (dowód: karty nr 265-274, 1760-1779).

W toku postępowania antymonopolowego Zakład L&L wyjaśnił również, iż *wycena otrzymana od IMPEX TRADE jako firmy mającej duże doświadczenie w branży meblowej była podstawą do opracowania własnej oferty cenowej, która polegała na narzuceniu marży na poszczególne elementy wyceny*. Podniósł też – w odpowiedzi na pytanie o zależności w cenowe między jego ofertą i ofertą Zakładu Meblowego Fornit – iż nie jest mu wiadomo, jakimi kryteriami w ustalaniu swojej oferty kierował się ten przedsiębiorca, albowiem brak jest jakichkolwiek powiązań gospodarczych, prawnych jak również żadnych form kontaktów osobistych między Zakładem Meblowym Fornit a Zakładem L&L (dowód: karta nr 1974).

W toku postępowania antymonopolowego wyjaśnienia odnośnie omawianych kwestii przedstawił również Wnioskodawca – Spółka Parexbud. Spółka oświadczyła, iż przy realizacji drugiego przetargu nieograniczonego dotyczącego „Dostawy i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie, zwróciła się do Impex Trade o dokonanie wyceny części wyposażenia (mebli), jakie miało być dostarczone w ramach tego zamówienia. Miało to miejsce w miesiącu sierpniu 2004 roku. Prośbę o dokonanie tej częściowej wyceny Spółka przesłała do Impex Trade za pośrednictwem faksu (dowód: karta nr 1788). Wnioskodawca przedstawił również kopię przesłanej do Impex Trade prośby o sporządzenie oferty handlowej dla 103 pozycji ofertowych. (karty nr 1789-1794). Spółka Parexbud wskazała również, że w odpowiedzi przesłana została oferta drogą elektroniczną. Jednocześnie Spółka zastrzegła, że nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy w pozostałych przetargach organizowanych przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie nie wysyłano do Impex Trade podobnych zapytań ofertowych (karta nr 1788).

W toku postępowania antymonopolowego dokonano szczegółowego porównania cen zawartych w ofertach składanych w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” przez Spółkę Parexbud i cen zawartych w ofertach pozostałych uczestników postępowania. Nie stwierdzono występowania żadnych ścisłych zależności pomiędzy cenowymi warunkami tych ofert.

W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że pomiędzy Impex Trade a Zakładem L&L oraz Zakładem Meblowym Fornit zachodzą powiązania o charakterze gospodarczym, obligacyjnym.

W powyższym zakresie ustalono, że w załączeniu do ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” oraz w pierwszym przetargu nieograniczonym dot. ww. przedmiotu zamówienia, Spółka Impex Trade przedstawiła listy referencyjne z dnia 25.01.2001r. i z dnia 26.05.2003r. wystawione przez Zakład L&L (dowód: karty nr 294, 1335). Jak ustalono, przedmiotowe referencje dotyczyły umowy zawartej z Impex Trade w dniu 16.06.1999r., której przedmiotem było wyposażenie wraz z montażem obiektu biurowego Zakładu L&L położonego w Jaworznie przy ul. Szczakowskiej 35 w meble biurowe, wykładziny, sprzęt audiowizualny, komputerowy oraz inne urządzenia multimedialne, za kwotę brutto [...] PLN (dowód: karty nr 1653-1655). Zakład L&L przedstawił również Protokół zakończenia bezpłatnego serwisu pogwarancyjnego z tytułu ww. umowy z dnia 30.04.2003r. (karta nr 1656) oraz wskazał, że z Spółką Impex Trade łączyły go jeszcze 2 inne umowy:

- Umowa Nr 1/2000 z dnia 15.11.2000r. na wykonanie czyszczenia i konserwacji wykładzin i konserwacji mebli w siedzibie Zakładu L&L w Jaworznie, przy ul. Szczakowskiej 35 (karty nr 1657-1659);
- Umowa Nr 2/2000 z dnia 01.12.2000r. na wykonanie „przełożenia wykładziny – zmiana wzoru” w siedzibie Zakładu L&L w Jaworznie przy ul. Szczakowskiej 35 (karty nr 1660-1662).

Zakład L&L wyjaśnił że związki handlowe ze Spółką Impex Trade uległy zakończeniu w 2003r. (dowód: karta nr 1652).

Powyższe okoliczności potwierdzają również wyjaśnienia przedstawione przez Spółkę Impex Trade, która podniosła, że współpracę z Zakładem L&L rozpoczęła w 1999 roku. Impex Trade wskazało, że podpisało kontrakt handlowy dotyczący dostawy wyposażenia, prac adaptacyjnych oraz kompleksowego serwisu dostarczanego sprzętu dla nowo wybudowanej siedziby Zakładu L&L. Spółka podniosła również, że ostatnie kontakty handlowe między przedsiębiorcami miały miejsce w 2003 r. Na dzień 30.09.2005r. Zakład L&L nie zaopatrywał się w Spółce Impex Trade i nie korzystał z jej serwisu (dowód: karta nr 1643).

Zakład L&L wyjaśnił także, że brak jest jakichkolwiek powiązań gospodarczych bądź prawnych pomiędzy nim a Zakładem Meblowym Fornit. Z przedsiębiorcą tym nigdy nie prowadzono współpracy handlowej (dowód: karta nr 1652).

W toku postępowania antymonopolowego Spółka Impex Trade poinformowała, że łączy ją z Zakładem Meblowym Fornit powiązania o charakterze gospodarczym. Współpraca z przedmiotowym przedsiębiorcą rozpoczęła się na przełomie 2000 i 2001 roku. Impex Trade wskazało również, że od wielu lat współpracuje z Zakładem Meblowym Fornit w zakresie zakupu mebli stanowiących wyposażenie wnętrz biurowych (dowód: karta nr 1643). Na potwierdzenie faktu istnienia powiązań gospodarczych pomiędzy ww. przedsiębiorcami Spółka Impex Trade przedstawiła umowy handlowe dotyczące cesji wierzytelności:

- *Umowę cesji wierzytelności* zawartą w dniu 20 maja 2004 r., dotyczącą przeniesienia na Zakład Meblowy Fornit wierzytelności w kwocie [...] PLN przysługującej Impex Trade z tytułu zawartej w dniu 27.04.2004r. umowy na wykonanie, dostawę i montaż mebli dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Łódzkiego (dowód: karty nr 1644-1645);
- *Umowę cesji wierzytelności* zawartą w dniu 28 czerwca 2004 r., dotyczącą przeniesienia na Zakład Meblowy Fornit wierzytelności w kwocie [...] PLN przysługującej Spółce Impex Trade z tytułu zawartej w dniu 01.6.2004r. umowy na wykonanie i montaż mebli biurowych i żaluzji pionowych w celu urządzenia pomieszczeń biurowych Komendy Powiatowej Policji w Leżajsku (dowód: karty nr 1646-1647);

- *Umowę cesji wierzytelności* zawartą w dniu 25.04.2005r., dotyczącą przeniesienia na Zakład Meblowy Fornit części wierzytelności w kwocie [...] PLN przysługującej Impex Trade z tytułu zawartej w dniu 23.03.2005r. umowy na zdemontowanie starego wyposażenia oraz wykonanie i dostarczenie nowych mebli i wyposażenia wraz z dokonaniem aranżacji wewnątrz budynku Jasny Pałac w Zakopanem (dowód: karty nr 1648-1649);
- *Umowę cesji wierzytelności* zawartą w dniu 5 kwietnia 2004 r., dotyczącą przeniesienia na Zakład Meblowy Fornit wierzytelności w kwocie [...] PLN przysługującej Impex Trade z tytułu zawartej w dniu 26.02.2004r. umowy na wykonanie, dostawę i montaż mebli w pomieszczeniach Kancelarii Senatu przy ul. Frascati 2 w Warszawie (dowód: karty nr 1995-1996).

Fakt zawarcia przedmiotowych umów potwierdził również Zakład Meblowy Fornit (dowód: karta nr 1629). Przedsiębiorca przedstawił również faktury VAT, które zabezpieczone były wspomnianymi umowami cesji wierzytelności (karty nr 1980-1990)

W toku postępowania antymonopolowego dokonano również analizy przedstawionych przez Uczestników postępowania rejestrów korespondencji wychodzącej i przychodzącej obejmujących okres od 01.01.2005r. do 30.06.2005r. tj. okres obejmujący i poprzedzający przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”, którego dotyczy postawiony w niniejszej sprawie zarzut.

Na podstawie analizy podręcznego rejestru pism przychodzących (dowód: karty nr 1019-1071) oraz pocztowego rejestru pism wychodzących (dowód: karty nr 1072-1111) przedstawionych przez Impex Trade, a także wykazu z pocztowej książki nadawczej przedstawionego przez zakład Meblowy Fornit (karty 1125-1249) ustalono, że w badanym okresie dochodziło do wymiany korespondencji między ww. przedsiębiorcami (dowód: karty nr 1020, 1023, 1040, 1049, 1055, 1062, 1063, 1065, 1066, 1068, 1084, 1126, 1157, 1159, 1175, 1180, 1183, 1189, 1198, 1206, 1246). Przedmiotowa korespondencja obejmowała: zawiadomienia o cesji wierzytelności, aneksy do zawartych między przedsiębiorcami umów cesji wierzytelności, faktury wystawione przez Zakład Meblowy Fornit na rzecz Impex Trade (na łączną kwotę ponad [...] PLN) oraz skierowane do Impex Trade wezwanie do zapłaty kwoty [...] wraz z odsetkami (dowód: karty nr 1742-1757, 2014-2015).

W toku postępowania antymonopolowego Spółka Impex Trade, Zakład Meblowy Fornit oraz Zakład L&L przedstawili dokumenty potwierdzające wysokość osiągniętych w 2006 roku przychodów z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej (dowód: karty nr 2785 – tajemnica przedsiębiorstwa Zakładu Meblowego Fornit, 2756, 2763).

Mając powyższe na uwadze Organ Antymonopolowy zważył, co następuje.

I. W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331), która zastąpiła ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080; Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834). Przepis przejściowy zwarty w art. 131 ust. 1 tej ustawy stanowi, że do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie „nowej” ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Dlatego też, biorąc pod uwagę, że niniejsze postępowanie antymonopolowe wszczęte zostało pod rządami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zastosowanie w przedmiotowej sprawie znajdują przepisy tej ustawy.

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa antymonopolowa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego (obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska¹⁷. Ustawa antymonopolowa w odniesieniu do konkurencji chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego¹⁸.

Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie¹⁹. Tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Jej istotą 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 zmony przetargowe, czyli porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów, a więc wszelkie formy działań, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zachowania będące przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu antymonopolowym przejawiające się w zawarciu porozumienia polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” warunków cenowych składanych ofert godzą w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób doprowadziły do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znową przedsiębiorcami, wpływając tym samym na przebieg i wynik przetargu. Zawarta znowa przetargowa w oczywisty sposób rzutowała bowiem na prawidłowość funkcjonowania mechanizmu konkurencji, który jest istotą każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że zawarte porozumienie stanowiło niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która skutkowała w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraziła Zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem publicznym, którego jest on dysponentem, narażając pośrednio na straty ogół społeczeństwa. Uznać zatem należy, że w okolicznościach

¹⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991 r. sygn. akt XV Amr 8/90.

¹⁸ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

¹⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 listopada 2003 r. sygn. akt XVII Ama 105/02.

przedmiotowej sprawy naruszony został interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku i należytego dysponowania środkami publicznymi, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym Spółce Impex Trade, Zakładowi Meblowemu Fornit i Zakładowi L&L postawiono zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców cen w ofertach składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie. Stosownie do powołanego przepisu art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert w szczególności zakresu prac lub ceny.* Należy podkreślić również, iż postawiony w niniejszej sprawie zarzut bezpośrednio odnosi się do trzeciego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”, przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, które zakończyło się w czerwcu 2005 roku podpisaniem przez Zamawiającego umowy z Zakładem Meblowym Fornit.

Postępowanie antymonopolowe, podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne toczy się z udziałem osób mających przymiot stron. Zgodnie z art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, kto wnosi o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję lub wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

Postępowanie antymonopolowe może być wszczęte wyłącznie stosunku do podmiotu posiadającego status przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców. To do tych uczestników rynku skierowany jest bowiem zawarty w ustawie antymonopolowej zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W myśl art. 4 pkt 1) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 86 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808), pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.) tj. osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). „Działalnością gospodarczą” jest natomiast, zgodnie z przepisem art. 2 przedmiotowej ustawy, zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że Uczestnicy niniejszego postępowania antymonopolowego tj. Impex Trade Sp. z o.o. w Katowicach i Zakład L&L A. Leda, E. Leda, R. Leda Spółka jawna z siedzibą w Jaworznie posiadają przymiot przedsiębiorcy. Obydwa ww. podmioty są spółkami prawa handlowego, działającymi, odpowiednio, w formie spółki kapitałowej i spółki osobowej. Nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorcą jest także trzeci z Uczestników postępowania – Marek P. prowadzący działalność gospodarczą jako Zakład Meblowy Fornit w Jaworznie. Jest on osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. A zatem Uczestnicy przedmiotowego postępowania są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym podmioty, którym w niniejszej sprawie postawiono zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję są biernie legitymowane w postępowaniu antymonopolowym jako strony tego postępowania.

Bezsprzecznym jest również, że Wnioskodawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Parexbud Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie był upoważniony do wystąpienia z żądaniem wszczęcia w przedmiotowej sprawie postępowania antymonopolowego. Zgodnie z art. 84 ust. 1 pkt 1) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, którzy wykażą swój interes prawny.

Spółka Parexbud, działająca w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, na wniosek której toczy się postępowanie antymonopolowe, jest przedsiębiorcą. Była tym samym uprawniona do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Jako podmiot potencjalnie bezpośrednio dotknięty negatywnymi skutkami zarzucanej praktyki, Spółka niewątpliwie wykazała również we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego swój interes prawny.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania Uczestników niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 8) ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji. Pod pojęciem towarów rozumieć należy, w myśl art. 4 pkt 6) ustawy antymonopolowej, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

Pojęcie rynku właściwego odnosi się zatem 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 jakości²⁰. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów.

Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia asortymentowego, a także geograficznego.

W ocenie organu antymonopolowego zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia, na wykonanie którego zapotrzebowanie zgłosił Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obejmowało ono dostawę i montaż wyposażenia budynków, obejmującego między innymi meble, urządzenia biurowe, sprzęt komputerowy, sprzęt weterynaryjny i laboratoryjny, wyposażenie łazienkowe i kuchenne. Pod pojęciem „dostaw”, zgodnie z art. 2 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć *nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy, leasingu*. Usługi montażu wyposażenia obejmują natomiast wszelkie czynności związane z instalacją urządzeń i sprzętu będącego przedmiotem dostawy w sposób umożliwiający normalne z nich korzystanie. Zdaniem organu antymonopolowego w ujęciu

²⁰ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

produktowym rynek właściwy obejmuje zatem działalność polegającą na dostawach elementów kompleksowego, całościowego wyposażenia obiektów (budynków, biur, pomieszczeń) oraz świadczeniu usług związanych z montażem tego wyposażenia. Uczestnikami takiego rynku po stronie popytowej są przede wszystkim duże jednostki komercyjne oraz objekty użyteczności publicznej (banki, szkoły, uczelnie wyższe, urzędy, ministerstwa, szpitale, sądy, duże przedsiębiorstwa prywatne).

Wyznaczając zakres produktowy rynku właściwego organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż przedmiotem obrotu są tutaj duże i kompleksowe zamówienia. Przedsiębiorcy działający na takim rynku muszą dysponować odpowiednim potencjałem ekonomicznym, wiedzą i doświadczeniem pozwalającą na realizowanie kontraktów o dużej wartości, o szerokim i zróżnicowanym charakterze, obejmującym nierzadko dostawy sprzętu specjalistycznego z wielu branż. Ponadto produktowy wymiar rynku determinuje po części okoliczność, iż duża część kontraktów dotyczących kompleksowych dostaw i montażu elementów wyposażenia obiektów zawierana jest w drodze procedur przetargowych. Ich organizatorzy nie są zainteresowani zakupem poszczególnych elementów wyposażenia u różnych dostawców, lecz – z uwagi na względy ekonomiczne, ergonomiczne, czy czasowe – zlecają kompleksową dostawę całego wyposażenia jednemu przedsiębiorcy. Prowadzenie działalności w zakresie realizacji kontraktów, takich jak ten, do którego odnosi się postawiony w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym zarzut, wyróżnia właśnie kompleksowość i szeroki zakres dostaw i usług montażowych, co powoduje, że działalność w tym zakresie prowadzić mogą odpowiednio wyspecjalizowane podmioty, dysponujące odpowiednim potencjałem ekonomicznym, doświadczeniem i umiejętnościami.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zdaniem organu antymonopolowego rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy. Uzasadnione jest to brakiem – na obszarze całego kraju – barier w dostępie do tego rynku i jednolitymi dla wszystkich przedsiębiorców warunkami konkurencji. Taki wniosek znajduje potwierdzenie w okoliczności, że przedsiębiorcy działający na rozpatrywanym rynku faktycznie prowadzą działalność w zakresie kompleksowego wyposażania obiektów na terenie całego kraju, nieraz na rzecz kontrahentów z odległych miejscowości (dowód: karty nr 335, 686-687, 1383, 1306-1307, 1540, 1632-1637). Z drugiej strony nie jest uzasadnione dalsze rozszerzanie terytorialnego wymiaru przedmiotowego rynku np. na obszar krajów Unii Europejskiej. Wynika to między innymi ze specyfiki rynku, na którym inwestycje realizowane są w dużej mierze w oparciu o procedury przetargowe (w tym przepisy o zamówieniach publicznych) oraz z faktu istnienia bariery językowej.

Podsumowując należy wskazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rynkiem właściwym jest krajowy rynek kompleksowego wyposażania obiektów.

W niniejszej sprawie Spółce Impex Trade, Zakładowi Meblowemu Fornit oraz Zakładowi L&L postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgodnieniu cen w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie. Zarzucane porozumienie odnosi się do ustalania cen i ma charakter horyzontalny – dotyczy relacji pomiędzy przedsiębiorcami ubiegającymi się o uzyskanie konkretnego zamówienia publicznego.

Celem zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 5 ustawy antymonopolowej jest ochrona konkurencji rozumianej jako współzawodnictwo niezależnie działających podmiotów zmierzających do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych, której

nieodzownym elementem jest niezależne i powiązane z ryzykiem ustalanie przez przedsiębiorców własnej strategii rynkowej. Prawidłowe działanie mechanizmu stabilnej i efektywnej konkurencji wymaga zatem, aby uczestnicy rynku – posiadający niepełną wiedzę o przebiegu procesów rynkowych i działaniach swoich konkurentów – w samodzielny sposób, w oparciu o rachunek ekonomiczny, podejmowali decyzje odnośnie określania swoich zachowań na rynku, w tym warunków, na jakich zamierzają sprzedawać oferowane przez siebie towary. U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży więc postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest wykluczenie lub ograniczenie ryzyka związanego z suwerennym działaniem w warunkach konkurencji²¹. Dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, które mogą ograniczyć wolność działalności gospodarczej i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc tym samym do zniekształcenia konkurencji są zakazane i sprzeciwiają się założeniom gospodarki rynkowej.

Art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej ma za zadanie zapobieganie i eliminowanie ograniczeń konkurencji w postępowaniach przetargowych. W każdym postępowaniu przetargowym, niezależnie od formy, musi być bowiem zachowana konkurencja. Istotą przetargu jest bowiem to, iż pomiędzy oferentami ubiegającymi się zamówienie dochodzi do współzawodnictwa. Efektywna procedura przetargowa umożliwia wybór oferty najkorzystniejszej bądź to pod względem ceny, bądź też relacji ceny do innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu przetargu. Prowadzi to do racjonalizacji wydatków, co jest szczególnie istotne z punktu widzenia wydatkowania środków publicznych.

Procesy konkurowania w trakcie postępowania przetargowego mogą jednak ulec zniekształceniu. To zniekształcenie konkurencji mające wpływ na wynik przetargu jest rezultatem uzgadniania przez przedsiębiorców warunków uczestnictwa w przetargu, w tym warunków składanych ofert, czyli tworzenia tzw. zmów przetargowych.

Porozumienie ograniczające konkurencję określone w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, zwane w piśmiennictwie właśnie „zmową przetargową”, ma na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji tam, gdzie przedsiębiorca lub inny podmiot, rezygnując ze swobodnego doboru kontrahenta – bądź to dobrowolnie bądź wykonując obowiązki wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych – organizuje przetarg właśnie w celu zagwarantowania mechanizmu konkurencji w ubieganiu się o zlecenie lub nawet o część rynku. Porozumienie to niweczy pozytywne, oczekiwane efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej²². Zgodnie z brzmieniem art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej uzgodnieniu mogą podlegać dowolne warunki oferty, które objęte są postępowaniem przetargowym. Mogą to być warunki dotyczące ceny i zakresu prac, jak również inne parametry składanych ofert. Bez znaczenia jest, czy warunki te traktowane są przez organizatora przetargu jako kluczowe dla jego rozstrzygnięcia, czy też drugorzędne. Nie jest również istotne, czy i jakie skutki wywołało porozumienie; istotny jest zamiar przedsiębiorców wpłynięcia w niedozwolony sposób na rezultat przetargu²³.

W przedmiotowej sprawie postawiony zarzut dotyczy uzgodnienia cenowych warunków ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że ustalanie cen przez przedsiębiorców (tj. porozumienie poziome o koordynacji cen) uznawane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Ceny są bowiem elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne między przedsiębiorcami, a zarazem wpływającym na wybór ofert przez odbiorców. Konkurencja cenowa między przedsiębiorcami pozwala na utrzymywanie cen na poziomie możliwym do

²¹ M.A. Dausies, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 674.

²² E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 85.

²³ Ibidem.

zaakceptowania przez konkurentów i ich kontrahentów, a zarazem wymusza na tych pierwszych wzrost efektywności i redukcję kosztów²⁴.

Podkreślenia wymaga również, że porozumienie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej zaliczone zostało przez ustawodawcę do jednego z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie korzysta ono z wyłączenia w oparciu o tzw. zasadę *de minimis* określoną w art. 6 ust. 1 pkt 1) ww. ustawy, który stanowi, że zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy antymonopolowej, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Jak już wskazano, zmywy przetargowe z powyższego wyłączenia nie korzystają. Oznacza to, że każde porozumienie tego rodzaju jest zakazane bez względu na udział rynkowy uczestniczących w nim przedsiębiorców.

Przechodząc do oceny zasadności postawionego w niniejszej sprawie zarzutu należy wskazać, że zawiązywanie porozumień ograniczających konkurencję, którego generalny zakaz statuuje art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, może następować w sposób bezpośredni, na przykład pisemnie w umowie, bądź w następstwie uzgodnionego zachowania. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 4) ustawy antymonopolowej przez porozumienia sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów należy rozumieć:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, 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.

W świetle powyższego porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, jak i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek innej formie. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej zostało ono zawarte. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 5 ustawy antymonopolowej wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów²⁵.

Celem wyróżnienia praktyk uzgodnionych jako kategorii porozumień ograniczających konkurencję jest uniemożliwienie przedsiębiorcom obejścia zakazu zawartego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej poprzez stosowanie takich form koordynacji zachowań, które nie osiągnęły stadium umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej współpracy zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem²⁶. Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regulami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych²⁷, niewytłumaczalne w sposób racjonalny

²⁴ Ibidem, s. 71.

²⁵ Ibidem, s. 44.

²⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1972, 619) za: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, wpraw. T. Skoczny, W. Szpringer, Dom Wydawniczy ELIPSA, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

²⁷ E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., s. 45.

bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami²⁸. 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 praktyk²⁹.

Tak więc w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez dokonywanie czynności i działań nie spełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia – jak wskazano powyżej – 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. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami³⁰.

Także w doktrynie przyjmuje się, iż w razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 k.p.c., można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Także w orzecznictwie wskazywano, iż 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 uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

Fakt istnienia między Uczestnikami postępowania antymonopolowego związków o charakterze obligacyjnym, zarówno przed, w trakcie, jak i po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” nie budzi, w ocenie organu antymonopolowego, żadnych wątpliwości. Fakt ten, przejawiający się, po pierwsze, w zawarciu pomiędzy Zakładem L&L a Spółką Impex Trade umowy na kwotę [...] PLN dotyczącej wyposażenia siedziby Zakładu L&L oraz współpraca ww. przedsiębiorców w okresie od 1999 roku do 2003 roku został potwierdzony przez strony i wynika z posiadanych przez organ antymonopolowy dokumentów (dowód: karty nr 294, 1335, 1643, 1653-1662). Po drugie potwierdzono istnienie trwałych, regularnych i długoletnich związków zobowiązaniowych pomiędzy Zakładem Meblowym Fornit i Spółką Impex Trade. Przedsiębiorcy ci prowadzą stałą współpracę handlową. Potwierdzają to zgromadzone w aktach sprawy faktury oraz umowy cesji wierzytelności zawarte między przedsiębiorcami oraz wyjaśnienia przedsiębiorców (dowód: karty nr 1643-1649, 1629, 1980-1990, 1742-1757, 2014-2015). Uzasadnione jest więc twierdzenie, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zwłaszcza Spółkę Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit łączą szczególnie silne więzi zobowiązaniowe

²⁸ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa ...* – op.cit., s. 85.

²⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 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.

³⁰ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., s. 45.

i gospodarcze. Fakt istnienia takich wieloletnich relacji zarówno między Zakładem L&L i Impex Trade, jak i Zakładem Meblowym Fornit i Impex Trade, z całą pewnością mógł mieć znaczenie przy uzgadnianiu cen i sposobu postępowania w przetargu zorganizowanym przez LZDPG.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, warunkiem koniecznym do stwierdzenia, że doszło do zawarcia porozumienia, o jakim mowa w tym przepisie jest udowodnienie, że kwestionowane zachowanie ma charakter skoordynowany, wynikający z uzgodnień między skarżonymi przedsiębiorcami. Analizując, czy w przedmiotowej sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, kluczowe znaczenie ma zatem to, w jaki sposób Uczestnicy postępowania ustalali ceny w złożonych przez siebie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. Jak wynika z dokumentów i wyjaśnień przedstawionych przez strony w toku postępowania antymonopolowego przy ustalaniu cen zawartych w ofertach złożonych w przedmiotowym przetargu Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L opierali się o wycenę poszczególnych elementów wyposażenia sporządzoną przez Impex Trade, dostarczoną im przed terminem złożenia ofert (dowód: karty nr 1628-1629, 1642, 1737-1740, 2539). W związku z tym pomiędzy większością cen jednostkowych poszczególnych ofert istnieją ściśle, liniowe zależności.

Ceny jednostkowe zawarte w ofertach Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L zostały zatem skalkulowane w oparciu o warunki oferty sporządzonej przez trzeciego z Uczestników postępowania – Impex Trade i przekazanej pozostałym wykonawcom. Już sam fakt, iż przedsiębiorcy wymieniali się cenami przed złożeniem ofert w postępowaniu przetargowym budzić musi wątpliwości z punktu widzenia naruszenia reguł konkurencji. Takie zachowanie w literalny niemal sposób wypełnia hipotezę zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności ceny. W przedmiotowej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z sytuacją, w której doszło do uzgadniania cen pomiędzy Impex Trade a Zakładem Meblowym Fornit i Zakładem L&L, w takim sensie, że warunki cenowe ofert złożonych przez tych wykonawców skalkulowane zostały w oparciu o ofertę Impex Trade. Budzić musi zatem – biorąc pod uwagę brzmienie art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej – zastrzeżenia sytuacja, w której oferty przedkładane przez część uczestników przetargu wynikają z wiedzy o warunkach cenowych oferty innego wykonawcy i przygotowana zostaje w oparciu o ofertę przedstawioną przez tego wykonawcę. Bezsprzeczne jest bowiem, że oferty Zakładu meblowego Fornit i Zakładu L&L zostały opracowane ściśle według warunków cenowych oferty przedstawionej im przez Impex Trade (która była *de facto* ofertą, jaką przedsiębiorca ten sam przedłożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego). Pomędzy większością cen pozycji ofertowych poszczególnych przedsiębiorców istnieją ściśle zależności liniowe (większość cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu Meblowego Fornit jest dokładnie taka sama bądź o 1% wyższa od cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade, w przypadku Zakładu L&L większość cen jednostkowych jest dokładnie o 15% wyższa od odpowiednich cen jednostkowych zawartych w ofercie Impex Trade i o dokładnie 14% wyższa od cen jednostkowych zawartych w ofercie Zakładu Meblowego Fornit). Dokonując takiej kalkulacji cen poszczególnych pozycji ofertowych przedsiębiorcy musieli zdawać sobie sprawę z poziomu cen zaproponowanych przez innych oferentów, zwłaszcza, że podobny mechanizm miał już miejsce w dwóch przetargach nieograniczonych poprzedzających postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, do którego odnosi się postawiony w niniejszej sprawie zarzut. Dokonywanie wyceny poszczególnych elementów ofert poprzez dodanie do każdej pozycji określonej procentowo, stałej kwoty marży, pozwalało na ustalenie z łatwością, jakie będą relacje pomiędzy poszczególnymi ofertami po zsumowaniu cen jednostkowych.

W tym kontekście wziąć jednak również pod uwagę należy okoliczność, że żaden z Uczestników postępowania nie jest producentem większości elementów wyposażenia będących przedmiotem zamówienia w postępowaniu na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku” (zaś Impex Trade, w oparciu o którego ofertę sporządzili pozostali Uczestnicy postępowania, występował w stosunku do nich jako dostawca wyposażenia; przedstawiona oferta, na podstawie której dokonano ustalenia cen była zatem ofertą handlową skierowaną przez Impex Trade do potencjalnych nabywców). Nie dziwi fakt, iż w przypadku, gdy wykonawcy nie są producentami bądź nie mają w swojej ofercie pewnych elementów wyposażenia będącego przedmiotem zamówienia, o którego uzyskanie chcą się ubiegać, zmuszeni są do wystąpienia o dokonanie wyceny określonych pozycji ofertowych do innych przedsiębiorców, u których – w razie zwycięstwa w przetargu – nabyliby wymagany sprzęt. Niezrozumiałym jest jednak, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zarówno Zakład L&L, jak i Zakład Meblowy Fornit zwrócili się w tej sprawie właśnie do konkurenta, który ubiegał się o to samo zamówienie i który – choć wprawdzie specjalizuje się, jak sam twierdzi, w tego typu zamówieniach – również nie jest ani producentem, ani dystrybutorem większości pozycji ofertowych. Ponadto, pomimo faktu, że przedmiot zamówienia, o którego uzyskanie ubiegali się Uczestnicy postępowania, był bardzo zróżnicowany (obejmował nie tylko meble, których producentem jest Impex Trade, ale również sprzęt laboratoryjny, weterynaryjny, chłodniczy, specjalistyczny sprzęt do wykrywania przemytu np. wideoendoskopy, kamery termowizyjne, a także wózki widłowe, akumulatorowe, koparko – ładowarki), zarówno Zakład Meblowy Fornit, jak i Zakład L&L nie starali się szukać alternatywnych źródeł zaopatrzenia (np. bezpośrednio o producentów lub autoryzowanych dystrybutorów tych urządzeń), lecz wycenę w całości sporządzili w oparciu ofertę sporządzoną i dostarczoną im przez Impex Trade i to konsekwentnie w toku trzech kolejnych postępowań zorganizowanych przez LZDPG. Co więcej, w przypadku Zakładu Meblowego Fornit, zwycięzcy postępowania przetargowego, również te elementy wyposażenia, które przy wykonywaniu zamówienia stanowiły jego własną produkcję (dowód: karty nr 2593-2596) również nie zostały przez niego samodzielnie wycenione, lecz ich wycena oparta została w całości o ofertę przedstawioną przez Spółkę Impex Trade. Wskazuje to na okoliczność, iż przedsiębiorca nie dążył do samodzielnego sporządzenia oferty w oparciu o ponoszone koszty i rachunek ekonomiczny, lecz dostosował ją w całości do cen przedstawionych przez Impex Trade, nawet w tym zakresie, który przy realizacji zamówienia stanowiła jego własna produkcja. Świadczy to o tym, iż oferta przedstawiona przez Impex Trade pozostałym Uczestnikom postępowania nie tylko zawierała ceny, po których Spółka gotowa była sprzedać im wycenione towary, lecz stanowiła również narzędzie koordynacji zachowań w celu wyeliminowania niepewności co do warunków cenowych oferowanych przez konkurentów.

Tak więc w ocenie, czy w niniejsze sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję należy uwzględnić, że ceny jednostkowe zaproponowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L zostały ściśle dostosowane do cen jednostkowych przedstawionych im przed przetargiem przez Spółkę Impex Trade.

Podkreślić również należy, że mechanizm ustalania cen był podobny również w dwóch poprzedzających postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia przetargach nieograniczonych. Również w tych postępowaniach strony kontaktowały się ze sobą na etapie opracowywania treści ofert. Podstawą dla ustalenia cen ofertowych przez Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L była oferta przygotowana i przekazana im przez Impex Trade. Stąd istnienie ścisłych zależności cenowych: pomiędzy ofertą Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit – w pierwszym przetargu nieograniczonym i w przypadku Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L – w drugim przetargu nieograniczonym (Impex Trade nie brało udziału w tym postępowaniu, jednakże z uwagi na okoliczność, iż opracowało wycenę dla pozostałych uczestników postępowania, pomiędzy złożonymi przez nich ofertami istniały ścisłe zależności w odniesieniu do większości pozycji ofertowych). Opisane zależności oraz konsekwencja, z jaką przy opracowywaniu ofert

Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L korzystały z wytycznych Spółki Impex Trade, niewątpliwie są nie bez znaczenia dla wyeliminowania ryzyka związanego z działaniami konkurentów w toku ocenianego przez organ antymonopolowy w związku z postawionym zarzutem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W powyższym kontekście wskazać również należy, że o sporządzenie wyceny części pozycji ofertowych zwrócił się do Impex Trade także Wnioskodawca – Spółka Parexbud. Podkreślenia wymaga jednak, że brak jest jakichkolwiek ścisłych zależności cenowych pomiędzy cenowymi warunkami jej ofert składanych w trzech kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” a cenami zaproponowanymi przez Impex Trade i pozostałych Uczestników postępowania. Jakkolwiek zatem, Spółka Parexbud podobnie do Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L występowała do Impex Trade z prośbą o dokonanie wyceny, to brak jest podstaw, aby twierdzić, że otrzymana wycena była podstawą do opracowania jej własnej oferty. Poza tym, Spółka Parexbud nawet jeśli dokonywała wyceny części elementów wyposażenia w oparciu o ofertę przedstawioną przez Impex Trade, to nie w taki sposób, który pozwalałby na ustalenie, jaka będzie relacja ceny jej oferty do ceny oferty Impex Trade i innych Uczestników postępowania (zależności, co już podniesiono, były bowiem zróżnicowane, a dużą część pozycji ofertowych Spółka Parexbud wyceniała w sposób samodzielny). Analiza zachowań Wnioskodawcy w powyższym kontekście wskazuje rzeczywiście na to, że Impex Trade było przez niego traktowane jedynie jako potencjalne źródło zaopatrzenia w razie wygrania przetargu.

Dla oceny, czy w okolicznościach przedmiotowej sprawy doszło do zawarcia porozumienia określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, znaczenie ma także zachowanie Spółki Impex Trade w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku, polegające na niezłożeniu w wymaganym terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień odnośnie treści oferty w zakresie dotyczącym potwierdzenia wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków pieniężnych w wysokości 30% ceny ofertowej (dowód: karty nr 442, 447). W ocenie organu antymonopolowego, nie sposób przyjąć, że powyższe zachowanie przedsiębiorcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było racjonalne i adekwatne do zaistniałych w toku tego postępowania okoliczności.

Jak wynika z akt postępowania antymonopolowego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia LZDPG określił, iż w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy *wykażą się posiadaniem na rachunku bankowym środkami lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30% ceny ofertowej* (dowód: karta nr 1878). Impex Trade załączyło do swojej oferty dwie opinie bankowe potwierdzające, iż na dwóch rachunkach przedsiębiorca posiada środki pieniężne w wymaganej przez Zamawiającego kwocie (dowód: karty nr 298-299). Z wyjaśnień LZDPG wynika natomiast, że oczekiwał on od wykonawcy przedstawienia informacji tylko z jednego banku, dotyczącej tylko jednego rachunku (dowód: karty nr 1799, 2045). W związku z tym, niezwłocznie po otwarciu ofert zażądał on od Impex Trade złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty w omawianym zakresie (dowód: karta nr 442). W wyznaczonym terminie Spółka nie ustosunkowała się w żaden sposób do powyższego żądania (dowód: karta nr 442). Dopiero 5 dni po wskazanym przez Zamawiającego terminie i 2 dni po wykluczeniu Impex Trade z postępowania przetargowego, Spółka przesłała do LZDPG pismo, z którego wynika, iż w jej przekonaniu spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w siwz; Spółka podniosła bowiem, że Zamawiający nie określił, iż wielkość posiadanych środków ma dotyczyć tylko jednego konta, zaś posiadanie więcej niż jednego rachunku jest powszechną praktyką i nie może stanowić powodu do nierównego traktowania wykonawców) (dowód: karta nr 447).

Przed przystąpieniem do analizy powyższego zachowania Impex Trade, które jak już podniesiono – z punktu widzenia organu antymonopolowego – jest całkowicie nieracjonalne i w żaden sposób nie przystaje do zaistniałych w toku postępowania przetargowego warunków – należy również zwrócić uwagę na niespójność wyjaśnień Impex Trade w przedmiotowym zakresie, przedstawianych w toku postępowania antymonopolowego. Z jednej strony Spółka podniosła, podobnie jak w piśmie skierowanym do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego, iż złożone przez nią zaświadczenia z banków były zgodne z wymogami określonymi w siwz i opiewały na wymaganą przez Zamawiającego kwotę (dowód: karta nr 1009). Wynika z tego, że Spółka była przekonana, iż spełnia warunki uczestnictwa w przetargu. Z drugiej strony Spółka podniosła, iż nie była pewna, czy spełnia wymogi formalne odnośnie udokumentowania wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków. W związku z tym, decyzję odnośnie uczestnictwa w przetargu, Impex Trade podjęło w ostatniej chwili, mając wątpliwości odnośnie spełnienia wymagań formalnych (dowód: karty nr 1737, 1994).

Odnosząc się do powyższego należy podnieść, iż bez względu na to, które z wyjaśnień Spółki można uznać za wiarygodne, jej zachowanie z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie wydaje się być zachowaniem, które cechuje rozsądnego i doświadczonego profesjonalistę. W powyższym kontekście stwierdzić przede wszystkim należy, że oferta Impex Trade była najkorzystniejsza (najtańsza) spośród wszystkich ofert złożonych w zorganizowanym przez LZDPG postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o czym przedsiębiorca wiedział, albowiem treść ofert jest jawna. W takiej sytuacji Spółka mogła być pewna, że w razie zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych przez nią wyjaśnień w zakresie wysokości posiadanych środków finansowych, jej oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i Zamawiający podpisze z nią stosowną umowę. Dlatego też – abstrahując od tego, czy Spółka w rzeczywistości spełniała warunki uczestnictwa w przetargu, czy też nie i czy była pewna ich spełnienia – zaniechanie przedstawienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie jakichkolwiek wyjaśnień odnośnie wysokości posiadanych środków pieniężnych i zaniechanie przedstawienia swojego stanowiska w tej sprawie, należy uznać za posunięcie lekkomyślne i nie dające się wyjaśnić w oparciu o racjonalne kryteria. Z jednej strony należy wskazać, iż skoro Spółka była przekonana, że przedstawione przez nią dwie informacje z banków czynią zadość wymogom określonym w siwz (co wynika z jej wyjaśnień przedstawionych w toku postępowania przetargowego – już po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego), niezrozumiałym jest, z jakich powodów nie odniosła się do żądania Zamawiającego. Brak pewności co do spełnienia tych wymagań również nie jest usprawiedliwieniem dla tak dalece nieracjonalnego zachowania przedsiębiorcy. Skoro bowiem Impex Trade podjęło już trud i poniosło koszty związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożenie na żądanie Zamawiającego nieskomplikowanych wyjaśnień nie powinno stanowić dla niej żadnego problemu, nawet w sytuacji, gdy faktycznie nie była pewna, czy spełnia warunki uczestnictwa w przetargu. Należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający nie od razu odrzucił jej ofertę uznając, że nie spełnia wymogów, lecz korzystając z możliwości, jaką daje art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Impex Trade do wyjaśnienia treści oferty. Oznacza to, że jego stanowisko w przedmiotowej kwestii nie było kategoryczne i istniała szansa, że ulegnie zmianie w sytuacji otrzymania od oferenta stosownych wyjaśnień. Na pewno zaś dla potencjalnego zwycięzcy przetargu, zażądanie takich wyjaśnień powinno stanowić sygnał, że LZDPG – nawet jeśli miał wątpliwości odnośnie tego, czy Impex Trade spełnia warunki uczestnictwa w postępowaniu – to nie oznaczało to, że wątpliwości te nie mogą być rozstrzygnięte na korzyść Impex Trade, pod warunkiem, że ten przedstawi wymagane wyjaśnienia. Ponadto pokreślić należy, że złożenie stosownych wyjaśnień sprowadzało się *de facto*, zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym, do nieskomplikowanej i niewymagającej nadmiernych nakładów pracy czynności, zwłaszcza dla świadomego profesjonalisty o dużym doświadczeniu, który zna swoje racje i który na przestrzeni ostatnich lat wielokrotnie brał udział w tego typu

przetargach. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że wykluczenie Impex Trade z przetargu po tym, jak Spółka nie złożyła w terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień, mogło być przez nią zakwestionowane poprzez wniesienie protestu na czynności Zamawiającego. Jeżeli Spółka faktycznie była pewna, że przedstawienie informacji z dwóch banków jest zgodne z wymogami siwz, jako profesjonalny i doświadczony przedsiębiorca powinna była skorzystać z takiej możliwości, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że stawką było tutaj uzyskanie zamówienia o wartości ponad 2 600 000 PLN. Bez wątpienia konsekwentny przedsiębiorca, który kieruje się rachunkiem ekonomicznym i któremu – według wszelkich racjonalnych przesłanek – powinno zależeć na wygraniu przetargu i uzyskaniu tak dużego kontraktu, mając świadomość, że jego oferta jest najkorzystniejsza, wykorzystałby wszelkie środki prawne w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty. Z pewnością zatem skorzystałby z możliwości przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a w razie ich niezaakceptowania skorzystałby z prawa do wniesienia protestu, od którego oddalenia przysługuje jeszcze odwołanie do sądu okręgowego. Okoliczność zatem, że Spółka Impex Trade nie skorzystała z przysługujących jej w tym zakresie uprawnień proceduralnych, prowadzi do wniosku, że z jakichś względów nie była zainteresowana uzyskaniem zamówienia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”, o które się ubiegała. Fakt nie podjęcia przez Spółkę żadnych działań, czy to w zakresie nie wyjaśnienia treści oferty, czy to w zakresie nie zakwestionowania odrzucenia jej oferty przez Zamawiającego poprzez złożenie protestu dziwi tym bardziej, że Spółka w tym samym postępowaniu skorzystała z możliwości złożenia protestu na zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrżuceniu oferty Spółki Parexbud. Z możliwości złożenia protestu na czynności LZDPG, Spółka skorzystała także w pierwszym przetargu nieograniczonym dotyczącym „Dostawy i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu granicznym w Dorohusku”, kwestionując fakt wykluczenia jej z przetargu z uwagi na niespełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu. Dowodzi to dodatkowo tego, że Impex Trade dobrze zna warunki uczestnictwa w postępowaniach przetargowych oraz przepisy o zamówieniach publicznych, które potrafi stosować w praktyce.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności należy zatem stwierdzić, że zastanawiająca jest lekkomyślność Impex Trade polegająca na braku jakiegokolwiek inicjatywy w celu wyjaśnienia treści oferty w toku postępowania i braku skorzystania z możliwości wniesienia protestu na czynności LZDPG polegające na wykluczeniu jej z przetargu w sytuacji niemalże pewności co do jego wygrania. Złożenie takich wyjaśnień lub protestu nie wiązałoby się dla strony z żadnym wysiłkiem, nadmiernymi uciążliwościami lub kosztami. Spółka nie mogła mieć pewności, czy podjęcie takich kroków nie doprowadziłoby do wybrania przez Zamawiającego jej oferty, która, co należy jeszcze raz podkreślić, była ofertą najtańszą. Racjonalność postępowania wymagałaby zatem podjęcia jakichkolwiek kroków, które mogłyby uchronić przedsiębiorcę, przed wykluczeniem go z przetargu lub przywrócić do przetargu jego ofertę.

Podnieść również należy, iż skoro Spółka – jak podnosiła w toku postępowania antymonopolowego – nie była pewna spełnienia warunków udziału w postępowaniu organizowanym przez LZDPG w odniesieniu do warunku dotyczącego wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków, to niezrozumiałym jest dlaczego nie wystąpiła do Zamawiającego z prośbą o dokonanie wyjaśnienia treści siwz z przedmiotowym zakresie jeszcze przed terminem składania ofert. Zgodnie bowiem z warunkami specyfikacji dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca mógł zwrócić się pisemnie do Zamawiającego o wyjaśnienie specyfikacji w terminie 6 dni przed terminem złożenia ofert (dowód: karta nr 1881). Dziwi fakt, że spółka, będąc niepewną spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podjęła trud i poniosła koszty przygotowania oferty i wzięcia udziału w przetargu, (w tym dokonała wpłaty wadium w wysokości 40 000 PLN) i nie podjęła żadnych kroków w celu wyjaśnienia treści warunków specyfikacji. Zwrócenie się do zamawiającego o interpretację treści siwz z pewnością rozwiałoby wątpliwości Spółki, dzięki czemu nie byłaby narażona na ponoszenie kosztów przygotowania oferty i uczestnictwa w przetargu. Umożliwienie

przedsiębiorcom uzyskania od zamawiającego wyjaśnień dotyczących warunków udziału w postępowaniu jeszcze przed terminem składania ofert ma właśnie na celu uchronienie tych przedsiębiorców, którzy nie spełniają warunków, przed niepotrzebnym przystępowaniem do przetargu, co zawsze wiąże się określonymi kosztami. Zachowanie spółki w tym zakresie, biorąc pod uwagę jej wyjaśnienia, wydaje się być nieracjonalne, zwłaszcza, że jest ona, co już podkreślano, przedsiębiorcą z dużym i wieloletnim doświadczeniem, jeżeli chodzi o uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Skoro natomiast Impex Trade, mimo niepewności co do spełnienia warunków, zdecydowało się wziąć udział w postępowaniu i poniosło koszt i wysiłek z tym związany, to jako racjonalny profesjonalista powinno było skorzystać z możliwości złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty żądanych przez Zamawiającego z przyczyn opisanych we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia. Jak już podniesiono, profesjonalny przedsiębiorca z pewnością dążyłby do wyjaśnienia treści oferty, jeżeli wiązałoby się to z możliwością uzyskania zamówienia o dużej wartości. Brak pewności po stronie Uczestnika postępowania co do tego, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu odnośnie wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków finansowych, nie tłumaczy zdaniem organu antymonopolowego, zaniechania złożenia tych wyjaśnień. Takie zachowanie nie cechuje bowiem racjonalnego przedsiębiorcy, który poważnie traktuje swój udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy również podnieść, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma to, jak Spółka Impex Trade faktycznie zachowywała się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie to, czy w istocie spełniała warunki siwz w zakresie wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków, to jednak zwrócić należy również uwagę na okoliczność, iż w świetle wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 13 kwietnia 2005 roku sygn. akt UZPZO/0-062/05³¹ przedsiębiorca spełniał sporny warunek udziału w postępowaniu. Uzasadnienie tego wyroku przeczy twierdzeniom Zamawiającego, iż Impex Trade powinno było przedstawić opinię tylko jednego banku dla udokumentowania wysokości posiadanych środków finansowych. Zdaniem Zespołu Arbitrów dopuszczalne jest bowiem przedstawienie informacji z dwóch banków³². W sytuacji złożenia przez Impex Trade protestu w związku z wykluczeniem

³¹ www.uzp.gov.pl/odwolania/wyroki/pdf/2005/0-662-05.pdf

³² W czasie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”, a jednocześnie w dacie wydania wyroku Zespołu Arbitrów, o jakim mowa powyżej, obowiązywało, uchylone już, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. Nr 71, poz. 645). § 1 ust. 3 pkt 2) przedmiotowego rozporządzenia stanowił, że w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może zażądać informacji banku, w którym wykonawca posiada **podstawowy rachunek bankowy**, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Przedmiotowe rozporządzenie odwoływało się zatem do pojęcia „podstawowego rachunku bankowego”, które występowało w nieobowiązującej już w omawianym czasie ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.), której art. 13 zobowiązywał przedsiębiorców do posiadania „podstawowego rachunku bankowego”. Pojęciem takim nie posługuje się natomiast aktualnie obowiązująca ustawa o swobodzie działalności gospodarczej.

W związku z powyższym Zespół Arbitrów uznał, że żadne przepisy prawa nie przesądzają aktualnie o niedopuszczalności posiadania przez dany podmiot więcej niż jednego podstawowego rachunku bankowego. Nie stoi tu na przeszkodzie zapis rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...), które odwołuje się do pojęcia „podstawowego rachunku bankowego”. Zespół Arbitrów podkreślił, że pojęcie to jest spójne z przepisami nieobowiązującej już ustawy Prawo działalności gospodarczej. Została ona natomiast zastąpiona ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, w której pojęcie takie nie istnieje. Skoro więc podmioty gospodarcze mogą dokonywać operacji związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej za pośrednictwem więcej niż jednego banku, uznanie niedopuszczalności udokumentowania wiarygodności ekonomiczno – finansowej wykonawcy przez więcej niż jeden bank – pozbawione jest podstaw prawnych.

go z przetargu, istnieje duże prawdopodobieństwo, iż zostałby on rozpatrzony na korzyść Spółki, w wyniku czego zostałaby ona przywrócona do przetargu, co skutkowałoby uzyskaniem zamówienia.

W ocenie organu antymonopolowego, opisane okoliczności wskazują na to, że zachowanie Spółki Impex Trade w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było wysoce nieracjonalne i nieprzystające do zaistniałej w toku tego postępowania sytuacji.

Jak już wcześniej podniesiono zadziwiające i nieracjonalne na pierwszy rzut oka zachowanie Impex Trade wskazuje na to, że nie było ono rzeczywiście zainteresowane uzyskaniem zamówienia publicznego w postępowaniu zorganizowanym przez LZDPG. Nieracjonalne z pozoru zachowanie Uczestnika postępowania, który nie podjął żadnych działań w celu wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego treści oferty w zakresie żądanym przez Zamawiającego tłumaczy jednak fakt, że zwycięzca przetargu – Zakład Meblowy Fornit około 90% pozycji ofertowych będących przedmiotem zamówienia zakupił właśnie u Impex Trade (dowód: karty nr 1948, 2593-2596). Spółka Impex Trade nie była zatem zainteresowana uzyskaniem zamówienia, gdyż bez względu na to, czy wygrała przetarg, czy też nie, i tak była dostawcą większości pozycji ofertowych, których zamówienie dotyczyło. Zestawienie powyższych faktów prowadzi do wniosku, że zachowanie stron było uzgodnione. Było bowiem oczywiste, że w przypadku odrzucenia oferty najkorzystniejszej tj. oferty Impex Trade, LZDPG zmuszony będzie zawrzeć umowę z Zakładem Meblowym Fornit, którego oferta była o 237 342,24 PLN droższa od oferty wykonawcy Impex Trade, a jednocześnie tańsza od następnej w kolejności oferty Wnioskodawcy.

W ocenie organu antymonopolowego, tylko faktem wspólnego uzgodnienia warunków składanych ofert w sposób zmniejszający niepewność co do przebiegu i wyniku przetargu, można tłumaczyć pozornie nieodpowiedzialne zachowanie Impex Trade w toku postępowania przetargowego, polegające na zaniechaniu złożenia w terminie wyjaśnień treści oferty. Spółka Impex Trade, nie składając przedmiotowych wyjaśnień i tym samym godząc się *de facto* na wykluczenie jej z postępowania przetargowego, umożliwiła uzyskanie zamówienia przez Zakład Meblowy Fornit, który „podzielił się” uzyskanym zamówieniem z Impex Trade. Obaj przedsiębiorcy, z uwagi na fakt, że Impex Trade było dostawcą większości elementów wyposażenia dla Zakładu Meblowego Fornit w związku z realizacją przedmiotowego kontraktu na rzecz LZDPG, skorzystali zatem na tym, że zwycięstwo w przetargu przypadło Zakładowi Meblowemu Fornit, przy jednoczesnym narażeniu Zamawiającego na konieczność uiszczenia ceny wyższej niż w przypadku, gdyby zamówienie przypadło wykonawcy oferującemu jego wykonanie po najniższej cenie tj. Impex Trade. Zdaniem organu antymonopolowego opisane zachowania oferentów są wytłumaczalne tylko przy założeniu wcześniejszego uzgodnienia, o którym niezbicie świadczy fakt istnienia kontaktów między uczestnikami postępowania oraz fakt, że warunki cenowe złożonych ofert podlegały pewnym ustaleniom. W warunkach istnienia rzeczywistej konkurencji między przedsiębiorcami, której towarzyszy niepewność co do działań konkurentów, Impex Trade z pewnością nie zaniechałoby złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty i za pomocą wszelkich dostępnych środków dążyłoby do przywrócenia jego oferty do postępowania. Nieracjonalne na pozór zachowanie Spółki Impex Trade umożliwiło zwycięstwo w postępowaniu innemu przedsiębiorcy (z którym łączą go silne związki handlowe i którego oferta sporządzona została na podstawie opracowanej przez niej oferty). Faktyczna rezygnacja z udziału w postępowaniu przez Impex Trade była zatem możliwa dzięki temu, iż przedsiębiorca był świadomy faktu, iż bez względu na wykluczenie go z przetargu skorzysta na udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia Zakładowi Meblowemu Fornit. Obaj przedsiębiorcy zyskali bowiem na przyznaniu zamówienia tylko jednemu z nich, narażając jednocześnie zamawiającego na wymierne straty. Przyznanie zamówienia Zakładowi Meblowemu Fornit spowodowało bowiem, co już podkreślono, że Zamawiający zmuszony był zapłacić o ponad 237 342,47 PLN więcej, niż w przypadku, gdyby zamówienie uzyskało Impex Trade.

W ocenie Organu antymonopolowego tylko fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję uzasadnia zaistniałe w sprawie okoliczności. Fakty ustalone w toku postępowania, potwierdzone zasadami doświadczenia życiowego, wykazują na istnienie normalnego związku przyczynowego pomiędzy faktem zawarcia takiego porozumienia a zachowaniami Uczestników postępowania zarówno w toku przetargu, jak i przed przetargiem, gdy oferty Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L sporządzone zostały w oparciu o ofertę Impex Trade. Opisane zachowanie, zwłaszcza jeżeli chodzi o Impex Trade, cechuje nieracjonalność postępowania, której nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania stron, na co dowodem jest fakt występowania kontaktów między przedsiębiorcami i wspólnego opracowywania złożonych w przetargu ofert.

Należy również zwrócić uwagę na udział w zarzucanym porozumieniu Zakładu L&L. Brak jest wprawdzie dowodów, aby przedsiębiorca ten z tytułu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku” osiągnął jakiegokolwiek korzyści, jednakże fakt, iż przy kalkulacji cen jednostkowych swojej oferty zastosował ten sam mechanizm jak Zakład Meblowy Fornit (opierając swoją ofertę na ofercie Impex Trade) oraz fakt istnienia związków gospodarczych pomiędzy nim a Spółką Impex Trade wskazuje na udział w zarzucanym porozumieniu również tego przedsiębiorcy. Okoliczność, iż oferta Zakładu L&L była najdroższa i uplasowała się pod względem wysokości ceny za ofertą Spółki Parexbud, w istocie wykluczył tego przedsiębiorcę z walki o uzyskanie zamówienia z uwagi na niekonkurencyjną cenę, a jednocześnie uniemożliwił odegranie znaczącej roli w porozumieniu w trakcie postępowania przetargowego. Należy jednak, dokonując oceny, czy doszło do naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, wziąć tutaj pod uwagę fakt, iż Zakład L&L łączyły w przeszłości z Impex Trade silne związki o charakterze zobowiązaniowym oraz fakt istnienia ścisłych zależności cenowych pomiędzy ofertą Zakładu L&L a ofertą Impex Trade i tym samym ofertą Zakładu Meblowego Fornit, które były w stanie zniwelować niepewność uczestników postępowania co do działań konkurentów i warunków cenowych przedłożonych przez nich ofert.

W tym miejscu należy również odnieść się do wyjaśnień zakładu Meblowego Fornit przedstawionych w toku postępowania antymonopolowego, w których przedsiębiorca podniósł, iż w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i Montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” między nim a Spółką Impex Trade istniała jedynie uzasadniona ekonomicznie i prawnie relacja wynikająca z faktu, iż Impex Trade było w istocie podwykonawcą dla Zakładu Meblowego Fornit (karty nr 2538-2540). Zakład Meblowy Fornit podniósł mianowicie, iż *po otrzymaniu oferty od spółki Impex, ale i zapewniania, że otrzyma rabat w wysokość przynajmniej [...]%, zastosował prosty zabieg. Do cen wskazanych w ofercie dodał 1% marży.* Biorąc pod uwagę, że koszty związane z obsługą logistyczną wynoszą około [...] % wartości zamówienia oraz po uzyskaniu dodatkowego upustu w wysokości [...] % Tym samym zysk Zakładu Meblowego Fornit, w przypadku wyboru jego oferty, wyniósłby przynajmniej [...] %, zgodnie z obliczeniami:

Cena wyjściowa Impex:	=100%,
Marża Fornit:	+1%,
Cena Fornit dla zamawiającego:	=101%, z tego koszty:
Podwykonawcy Fornit (logistyka):	-[...]%
Cena ostateczna Impex:	-[...]%
Zysk Fornit:	[...]%

Oprócz opisanej relacji, która – jak podniósł Zakład Meblowy Fornit – znajduje uzasadnienie gospodarcze i prawne – nie istniało porozumienie w jakimkolwiek innym zakresie. W związku z przedstawionymi wyjaśnieniami, Zakład Meblowy Fornit zwrócił uwagę na treść orzeczenia Sądu Antymonopolowego dnia 1 marca 1993r. sygn. Amr 37/92, w myśl którego *w braku*

istnienia dowodów bezpośrednich na fakt zawarcia przez uczestników rynku zakazanego prawem monopolistycznego porozumienia, okoliczność ta może być udowodniona w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania podmiotów gospodarczych lub ich związków nie da się wyjaśnić – przy uwzględnieniu wszystkich przesłanek – bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku (dowód: karta nr 2539). Zakład Meblowy wskazał, iż wobec faktu, że przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz LZDPG Spółka Impex Trade była podwykonawcą dla Zakładu Meblowego Fornit, zbieżność cenowa pomiędzy przedsiębiorcami jest całkowicie uzasadniona i może być wyjaśniona bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku. Takiego ustalonego zachowania, bowiem nie było.

W ocenie organu antymonopolowego powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawione przez Zakład Meblowy Fornit wyjaśnienia nie dowodzą bowiem, że podobieństwo działań przedsiębiorców da się wyjaśnić inaczej niż wspólnym uzgodnieniem zachowań w toku postępowania przetargowego. Fakt istnienia opisanej zależności ekonomicznej pomiędzy zwycięzcą przetargu (Zakładem Meblowym Fornit) a podwykonawcą (Impex Trade) w żaden sposób nie wyklucza bowiem, że w przedmiotowej sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Przedstawione wyjaśnienia nie obalają zatem tezy o wspólnym uzgodnieniu zachowań i nie wykluczają, że do takich uzgodnień doszło. Wręcz przeciwnie, istnienie opisanej przez Zakład Meblowy Fornit „ekonomicznie uzasadnionej relacji” między nim a Impex Trade paradoksalnie dodatkowo przemawia natomiast za istnieniem takiego porozumienia. Tłumaczy bowiem, dlaczego zarówno Impex Trade, jak i Zakład Meblowy Fornit, miały interes w fakcie wykluczenia tego pierwszego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność zatem, iż działania przedsiębiorców mogły mieć uzasadnienie gospodarcze (wynikające z relacji dostawca – nabywca), nie zmienia faktu, iż działania te eliminowały niepewność co do przebiegu i wyniku przetargu oraz zachowań podmiotów, które ubiegając się o to samo zamówienie pozostawały w stosunku do siebie również w relacji konkurencji.

Wskazać również należy, że fakt istnienia kontaktów między przedsiębiorcami oraz fakt, że ich oferty nie były opracowywane w samodzielny sposób (czemu Uczestnicy postępowania zresztą nie zaprzeczają), potwierdza to, że ofertach popełnili oni podobne lub takie same błędy zarówno jeżeli chodzi o postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jak i wcześniejsze, pierwsze postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Na koordynację działań, a co za tym idzie na zawarcie zakazanego prawem porozumienia, wskazuje zatem – oprócz faktu istnienia ścisłych zależności pomiędzy cenowymi warunkami ofert składanych w poszczególnych przetargach – okoliczność, iż w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku” zarówno Zakład Meblowy Fornit, jak i Zakład L&L popełnili błędy w odniesieniu do warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym w załączeniu do ofert należało przedstawić Informację o karalności z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zakład L&L w nieprawidłowy sposób wskazał, że przedmiotowa informacja go nie dotyczy. Natomiast Zakład Meblowy Fornit powinien był zaznaczyć w ofercie, że informacja, o jakiej mowa powyżej jako osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą nie dotyczy go, czego nie uczynił wbrew wymogowi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszym przetargu nieograniczonym dotyczącym „Dostawy i montażu wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku” obydwaj Uczestnicy postępowania, którzy brali udział w tym postępowaniu tj. Impex Trade i Zakład Meblowy Fornit nie przedstawili natomiast wymaganych przez Zamawiającego referencji dotyczących co najmniej 2 zrealizowanych w ostatnich latach kontraktów w zakresie „dostawa i montaż wyposażenia obiektów o wartości powyżej 1 000 000 każda (karty nr 2467-2468). Należy

również wskazać, że protesty i odwołania, jakie ww. strony postępowania składały w tym przetargu charakteryzowały się bardzo podobną formą graficzną, a także treścią. W dokumentach tych zawarte są akapity o identycznej treści; dokładnie te same fragmenty zostały również przez przedsiębiorców oznaczoną pogrubioną czcionką (dowód: karty nr 2470-2473, 2484-2488), co bezsprzecznie dowodzi, że strony utrzymywały wzajemne kontakty w toku tego przetargu. Świadczy o tym również okoliczność, że zarówno Impex Trade, jak i Zakład Meblowy Fornit w złożonych w tym postępowaniu ofertach, w wykazanie sprzętu będącego przedmiotem zamówienia, w identyczny sposób pominęli pozycję numer 52; pod pozycją nr 51 w obydwu ofertach znajduje się od razu pozycja nr 53 (dowód: karty nr 1284, 1360). Pozycja ta nie podlegała w tym postępowaniu wycenie, jednakże podobieństwo pomiędzy ofertami Impex Trade i zakładu Meblowego Fornit i tak jest uderzające i w oczywisty sposób wskazuje, że oferty nie były opracowywane w sposób samodzielny. W ofercie Spółki Prexbud pozycja nr 52 nie została natomiast pominięta. Znajduje się ona w wykazie sprzętu, przy czym wskazano, że cena tej pozycji wynosi 0,00 PLN (dowód: karta nr 1402). Należy również zwrócić uwagę na fakt, że w nagłówku oferty Zakładu Meblowego Fornit, który ma siedzibę w Jaworznie wskazano miejscowość „Katowice”, gdzie znajduje się siedziba Spółki Impex Trade (dowód: karty nr 1356). Stanowi to dodatkowe potwierdzenie okoliczności – której zresztą strony nie zaprzeczają – że oferta Zakładu Meblowego Fornit opracowana była w oparciu o treść oferty Impex Trade.

Rozważając, czy postawiony w niniejszej sprawie zarzut jest uzasadniony należy również odnieść się do twierdzeń Zakładu Meblowego Fornit i Zakładu L&L, którzy w toku postępowania antymonopolowego podnosili, iż nie zdawali sobie sprawy z faktu, iż Impex Trade weźmie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Impex Trade przyznało tymczasem, że nie było potrzeby dostarczenia mu siwz, gdyż taką dysponował. Przedsiębiorcy w trakcie wymiany informacji (telefonicznie, za pomocą poczty elektronicznej) musieli zatem ustalić że nie ma potrzeby, aby przekazywali Spółce Impex Trade wykaz sprzętu podlegający wycenie, gdyż dysponuje ona siwz. Siwz wszyscy wykonawcy otrzymali natomiast wraz z zaproszeniami do składania ofert w postępowaniu. Dla profesjonalistów, którzy biorą udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego fakt dysponowania przez Impex Trade specyfikacją, powinien być wyraźnym sygnałem, że przedsiębiorca ten również ma zamiar wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu i został zaproszony do złożenia w nim swojej oferty.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że zachowania Uczestników niniejszego postępowania, zwłaszcza nieracjonalne na pierwszy rzut oka zachowanie Spółki Impex Trade, prowadzić miało do z góry określonego celu – wygrania przez Zakład Meblowy Fornit postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. Było bowiem oczywistym, iż w razie wykluczenia oferty najkorzystniejszej tj. oferty Impex Trade, LZDPG zmuszony będzie zawrzeć umowę z Zakładem Meblowym Fornit, którego oferta była nieco tańsza od następnej w kolejności oferty złożonej przez Wnioskodawcę, a jednocześnie droższa od oferty Impex Trade. Tylko faktem zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeprowadzonym przez LZDPG w Chełmie, które doprowadziło do sytuacji, w której beneficjentami udzielonego zamówienia są *de facto* dwa podmioty (Zakład Meblowy Fornit, który uzyskał zamówienie i Impex Trade, który dostarczył większość elementów wyposażenia będących przedmiotem zamówienia) tłumaczyć można całkowicie nieadekwatne do zaistniałej sytuacji i nieracjonalne zachowanie Impex Trade w toku postępowania. Koordynacja ta, oparta o więzy obligacyjne i gospodarcze, eliminowała niepewność co do zachowań konkurentów, przebiegu i wyniku przetargu. Impex Trade nie składając w terminie wyjaśnień odnośnie treści oferty i umożliwiając tym samym zwycięstwo w postępowaniu Zakładowi Meblowemu Fornit, zdawała sobie sprawę z tego, że obydwaj ww. przedsiębiorcy skorzystają na udzieleniu zamówienia Zakładowi Meblowemu Fornit, co odbyło się z wymierna szkodą dla

Zamawiającego. Mimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, zdaniem organu antymonopolowego, całkowicie uzasadnione jest, w oparciu o przedstawione fakty i dowody zebrane w toku postępowania antymonopolowego, wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez Uczestników niniejszego postępowania zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w doktrynie jako zмова przetargowa, którego zakaz wyraża norma prawna wynikająca z art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przedmiotowej sprawie wskazać można następujące przesłanki, które potwierdzają fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję między uczestnikami między Impex Trade, Zakładem Meblowym Fornit i Zakładem L&L – uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim:

- fakt istnienia relacji o charakterze gospodarczym i zobowiązaniowym pomiędzy Impex Trade i Zakładem Meblowym Fornit oraz pomiędzy Impex Trade i Zakładem L&L;
- okoliczność, iż oferty złożone przez tych przedsiębiorców nie były przygotowywane w sposób samodzielny (ceny jednostkowe zaoferowane przez Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L zostały obliczone poprzez dodanie odpowiedniego wskaźnika marży do ustalonych cen Impex Trade); ścisłe zależności cenowe pomiędzy ofertami dotyczą zarówno postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jak i 2 wcześniejszych przetargów nieograniczonych; dzięki temu przestępując do przetargu, uczestnicy mogli z łatwością ustalić, jakie warunki cenowe zaoferują konkurencji;
- fakt nieracjonalnego zachowania się Spółki Impex Trade w toku postępowania o udzielenie zamówienia, która – pomimo, że zaoferowała najkorzystniejszą cenę – nie podjęła jakichkolwiek działań w celu wyjaśnienia treści swojej oferty lub uzupełnienia oferty w zakresie dotyczącym udokumentowania wysokości posiadanych na rachunku bankowym środków finansowych; nie skorzystała również z przysługujących jej uprawnień do wniesienia protestu na wykluczenie jej z postępowania przetargowego;
- okoliczność, iż dzięki przyznaniu zamówienia Zakładowi Meblowemu Fornit, którego oferta była droższa od oferty Impex Trade, obaj ww. przedsiębiorcy odnieśli z tego tytułu korzyści: Zakład Meblowy Fornit – jako zwycięzca przetargu, Impex Trade – jako dostawca większości elementów wyposażenia dla Zakładu Meblowego Fornit w związku z realizacją tego zamówienia;
- fakt, iż w ofertach popełnione zostały podobne błędy.

W tym miejscu należy wskazać również, iż istota porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu, było uzgodnienie cenowych warunków składanych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim”. Zawarcie przez LZDPG w Chełmie w dniu 27 czerwca 2005r. umowy na wykonanie przedmiotu tego zamówienia z Zakładem Meblowym Fornit oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie wykonanie porozumienia (nastąpił jego skutek) uniemożliwia nałożenia na jego uczestników nakazu zaniechania jego stosowania na podstawie art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie do jej skutków. W tych okolicznościach należy przyjąć, że z chwilą zawarcia umowy pomiędzy LZDPG i Zakładem Meblowym Fornit, zachowanie stron niniejszego postępowania przestało naruszać zakaz określony w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też, uznając zawarte porozumienie za praktykę ograniczającą konkurencję, stwierdzono zaniechanie jej stosowania stosownie do art. 10 ust. 1 i 2 ww. ustawy.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

II. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę 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. 5 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 ust. 1 i art. 7. 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 pieniężnej³³.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 104 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia 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 osiągnąć³⁴. Nałożona przez organ antymonopolowa kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W pkt I sentencji niniejszej decyzji uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, zawarcie przez Impex Trade, Zakład Meblowy Fornit i Zakład L&L porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu cen w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku w województwie lubelskim” zorganizowanym przez Lubelski Zarząd Drogowych Przejść Granicznych w Chełmie. Ustalając wysokość kar pieniężnych organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż przedmiotowe porozumienie zalicza się do najcięższych naruszeń prawa konkurencji, a stwierdzona praktyka naruszyła fundamentalną zasadę suwerenności niezależnych podmiotów w podejmowaniu decyzji rynkowych. Ustalając wagę stwierdzonego naruszenia Organ Antymonopolowy wziął również pod uwagę wpływ, jaki zakazane porozumienie wywarło na rynek właściwy w sprawie. Uwzględniono, że uczestnicy porozumienia dysponują stosunkowo niewielką częścią rynku właściwego, w związku z czym skutki praktyki odczuwalne były w odniesieniu do pewnej jego części, o którą uczestnicy postępowania ubiegali się biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez LZDPG. Jednocześnie wzięto pod uwagę, że porozumienie przyczyniło się do znaczącego i nieodwracalnego ograniczenia konkurencji w odniesieniu do tej właśnie części rynku właściwego.

Mając powyższe na uwadze Organ Antymonopolowy stoi na stanowisku, że porozumienie ograniczające konkurencję będące przedmiotem niniejszej decyzji stanowi bardzo poważne naruszenie reguł konkurencji.

Ustalając wysokość kar pieniężnych organ antymonopolowy oprócz charakteru stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję wziął również pod uwagę okoliczności obciążające i łagodzące. Wśród przesłanek obciążających wskazać należy umyślność działania uczestników porozumienia oraz fakt, iż w wyniku zawarcia porozumienia Zamawiający, który jest dysponentem mienia publicznego, został narażony na wymierne straty. Jednocześnie organ antymonopolowy, analizując przesłanki obciążające, zdecydował o zróżnicowaniu wysokości

³³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000 r., I CKN 793/98.

nałożonych kar. Wzięto przy tym pod uwagę wiodącą rolę, jaką w porozumieniu można przypisać Spółce Impex Trade, zwłaszcza biorąc pod uwagę jej zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które doprowadziło do tego, że porozumienie osiągnęło założony skutek. Zważono także, ustalając wymiar kar w stosunku do Impex Trade i Zakładu Meblowego Fornit, że przedsiębiorcy ci, na skutek stosowania niedozwolonej praktyki, osiągnęli wymierne korzyści finansowe. Wśród kryteriów łagodzących wskazać należy natomiast, że Uczestnicy niniejszego postępowania dopuścili się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów po raz pierwszy. W przypadku Zakładu L&L należy wziąć natomiast pod uwagę, że nie uzyskał on na skutek uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu wymiernych korzyści finansowych.

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy postanowił nałożyć na Uczestników niniejszego postępowania kary pieniężne w wysokości:

- Impex Trade – kara pieniężna w wysokości: 108 292 PLN;
- Zakład Meblowy Fornit – kara pieniężna w wysokości: 508 514 PLN;
- Zakład L&L – kara pieniężna w wysokości: 326 893 PLN.

Szczegółowy sposób wyliczenia kar pieniężnych nałożonych na Uczestników niniejszego postępowania antymonopolowego uwzględniający wagę stwierdzonego naruszenia i indywidualne okoliczności łagodzące i obciążające oraz stosunek nałożonych kar do wysokości przychodów osiągniętych przez poszczególnych przedsiębiorców przedstawia Załącznik Nr 2 do przedmiotowej Decyzji (objęty ograniczeniem prawa wglądu w odniesieniu do wszystkich stron niniejszego postępowania)³⁵.

Zdaniem organu antymonopolowego kwoty nałożonych kar pieniężnych są wystarczająco odczuwalne, aby spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i powstrzymać ww. przedsiębiorców od ewentualnych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w przyszłości. Nałożone kary mają zatem charakter represyjny i prewencyjny. Powinny one przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez uczestników postępowania reguł konkurencji i skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk. Kary powinny być również ostrzeżeniem odczuwalnym i stanowić dolegliwość dla uczestników porozumienia. Jednocześnie należy wskazać, że nałożone kary nie są jednolite procentowo w stosunku do osiągniętych przez poszczególnych Uczestników postępowania przychodów. Zróżnicowanie kar ma za zadanie odzwierciedlić stopień naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej przez poszczególne podmioty przez odpowiednie uwzględnienie w wysokości kar omówionych wcześniej kryteriów łagodzących i obciążających.

Organ Antymonopolowy, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję na rynku uznał, że orzeczone kary powinny stanowić dolegliwość dla stron niniejszego postępowania, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych zachowań, zmierzających do naruszenia zasad konkurencji. Celem kar jest również podkreślenie naganności wszelkich działań, które wpływać mogą ograniczająco na swobodę podejmowania decyzji rynkowych przez niezależnych uczestników rynku. Organ Antymonopolowy stoi również na stanowisku, iż realizacja ogólnej polityki mającej na celu stosowanie przewidzianych w ustawie antymonopolowej reguł konkurencji wymaga, aby podejmowane w tym celu działania miały efekt odstraszący. Dlatego nałożone kary pieniężne mają także za zadanie

³⁵ Załącznik Nr 2 objęty jest całkowitym ograniczeniem prawa wglądu w stosunku do wszystkich stron postępowania, gdyż przedstawiony w nim, przyjęty przez organ antymonopolowy sposób wyliczenia kar pieniężnych mógłby umożliwić ustalenie wysokości przychodu uzyskanego przez Zakład Meblowy Fornit – uczestnika niniejszego postępowania będącego osobą fizyczną prowadząca działalność gospodarczą, którego przychody w toku postępowania antymonopolowego zostały utajnione.

powstrzymywać innych przedsiębiorców od podejmowanych działań sprzecznych z prawem konkurencji lub od kontynuowania tego typu działań.

Prezes Urzędu, ustalając wysokość kar pieniężnych w niniejszej sprawie, miał także na względzie pogląd wyrażony przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 8 listopada 2004 r. sygn. akt XVII Ama 81/03, którego zdaniem przy przesadnym uwzględnieniu w uzasadnieniach decyzji Prezesa Urzędu okoliczności łagodzących, nakładane na przedsiębiorców kary pieniężne mogą nie osiągnąć skutku prewencyjnego, zwłaszcza w zakresie prewencji ogólnej. W ocenie Organu Antymonopolowego ustalone kary pełnią rolę represyjno-wychowawczą i są niezbędne do wymuszenia przestrzegania obowiązującego porządku prawnego, a także pozostaje w proporcji do możliwości finansowych stron postępowania. Wymierzone kary pozostają zdaniem Organu Antymonopolowego w zgodności z aksjologią ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W świetle wszystkich wskazanych wyżej okoliczności zarówno nałożenie kar pieniężnych, jak i ich wysokość, jest w pełni uzasadniona.

Stąd orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

DYREKTOR DELEGATURY
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW W KATOWICACH

Alicja Kral