



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 25
tel. 71 323 63 80, fax 71 323 63 98
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410-1/12/ZR

Wrocław, 19 sierpnia 2016 r.

Decyzja RWR 08/2016

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego
- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych, pomiędzy przedsiębiorcami:

- **Grażyna Lipianin** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin z siedzibą w Przylesiu, oraz;
- **Witold Lipianin** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin z siedzibą w Przylesiu;

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1 na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, działania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzanie w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę, co stanowi naruszenie **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 12 września 2011r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną za naruszenie zakazu określonego w art.6 ust.1 pkt 7 wymienionej ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji, w następującej wysokości:

- **Grażynę Lipianin** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin z siedzibą w Przylesiu – karę w wysokości **11 754,75 zł** (słownie złotych: jedenaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt cztery 75/100)
- **Witolda Lipianin** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin z siedzibą w Przylesiu – karę w wysokości **10 732,93 zł** (słownie złotych: dziesięć tysięcy siedemset trzydzieści dwa 93/100).

UZASADNIENIE

1)

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury we Wrocławiu wpłynęło zawiadomienie od władz Aresztu Śledczego we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1 w którym poinformowano o sytuacji zaistniałej podczas procedury o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, przeprowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy D/Kw-220/73/1). Na ogłoszony przetarg wpłynęło pięć ofert, w tym dwie następujących przedsiębiorców: Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin w Przylesiu z ceną oferty 231 462,00 zł brutto, oraz Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin w Przylesiu z ceną oferty 241 592,40 zł brutto. Oferty te zajęły kolejno pierwsze i drugie miejsce biorąc pod uwagę kryterium ceny oraz przyznanych punktów. Po przesłaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dnia 13 września 2011 r. zamawiający otrzymał pismo (z datą 12 września 2011 r.) z informacją o rezygnacji podmiotu Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin, z podpisania umowy (była to najtańsza oferta). Następnie, zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert w następstwie czego podpisano umowę z podmiotem: Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin (była to droższa oferta o kwotę ok. 10 000 złotych). Powyższe zachowania obu przedsiębiorców wzbudziły podejrzenie zamawiającego, co do istnienia pomiędzy ww. podmiotami porozumienia przetargowego.

(dowód: karta 2)

2)

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [zw. dalej także: Prezesem Urzędu, Prezesem UOKiK, lub organem antymonopolowym] przeprowadził postępowanie wyjaśniające (sygn. RWR-400-35/22/ZR) celem wstępnego ustalenia, czy mogło dojść do zawarcia przez ww. przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert i późniejszych działań podejmowanych w toku prowadzonych przetargów publicznych. W toku tego postępowania Prezes Urzędu zwrócił się do zawiadamiającej jednostki Aresztu Śledczego we Wrocławiu z wezwaniem o nadesłanie szczegółowych informacji i materiałów dotyczących przedmiotowego przetargu, jak również innych prowadzonych przetargów, w których występowali wymienieni przedsiębiorcy.

(dowód: karta 1-3)

Przeprowadzone – w związku z ww. zawiadomieniem - postępowanie wyjaśniające dało podstawy do podejrzenia, iż przedsiębiorcy Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin oraz Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin [zw. dalej także przedsiębiorcami lub stronami] mogli działać w zмовie polegającej na zgodnym przystąpieniu do przetargu organizowanego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu, dotyczącego zamówienia na dostawy pieczywa, bułki tartej

oraz mąki pszennej, a następnie odstąpieniu od realizacji zamówienia przez tańszego wykonawcę w sytuacji, w której miał on pewność, że jednostka zamawiająca zobowiązana będzie wybrać zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy *Prawo zamówień publicznych* jako najkorzystniejszą ofertę dostawcy droższego (w tym wypadku drugiego uczestnika porozumienia).

(dowód: karta 75-76)

3)

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał dowodowy, uprawdopodobnił zarzuty sformułowane przez zawiadamiającego, Prezes Urzędu - postanowieniem Nr 42/2012 z dnia 16 lutego 2012 r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na uzgodnieniu na przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1 na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzanie w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę, co stanowi naruszenie **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* [zw. dalej także ustawą okik], zakazującego porozumień pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do tego samego przetargu. Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniającego prowadzonego pod sygn. akt RWR-400-58/10/ZR.

(dowód: karta 56)

4)

Równolegle z ww. przedmiotowym postępowaniem wyjaśniającym, Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu przeprowadziła inne postępowanie wyjaśniające (data wszczęcia: dnia 15 grudnia 2011 r.) celem wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców uczestniczących w przetargach na dostawę pieczywa na rzecz aresztów śledczych, zakładów karnych i innych jednostek są zgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postępowanie to (o sygn. RPZ 400-49/11/DW), wszczęte na skutek zawiadomienia przedsiębiorcy biorącego udział w jednym z przetargów na dostawę artykułów zbożowych, objęło analizę przetargów z udziałem przedsiębiorców objętych niniejszym postępowaniem antymonopolowym. Po zamknięciu tego postępowania wyjaśniającego, Delegatura UOKiK w Poznaniu przekazała zebrany materiał dowodowy do Delegatury UOKiK we Wrocławiu celem jego ewentualnego wykorzystania w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym.

(dowód: karta 144-146)

Z uwagi na fakt, iż w aktach ww. postępowania wyjaśniającego o sygn. RPZ 400-49/11/DW znalazły się informacje mogące stanowić materiał dowodowy w niniejszej sprawie, postanowiono włączyć je w poczet dowodów zebranych podczas postępowań prowadzonych przez Delegaturę UOKiK we Wrocławiu - zgodnie z postanowieniem nr 99/2012 z dnia 17 maja 2012 r. Akta tego postępowania stanowią załącznik do akt głównych sprawy i są podzielone na sześć części, z czego każda część stanowi dokumentację z jednego przetargu przeprowadzonego przez następujące jednostki organizacyjne:

- Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 3 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Koziółka 1, 40-803 Zabrze (cz.I. załącznika);
- Zespół Szkół Mechanicznych, ul. Osmańczyka 22, 45-027 Opole (cz.II. załącznika);
- Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina (cz.III. załącznika);

- Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice, Kamieniec, ul. Polna 2, 42-674 Zbroslawice (cz.IV. załącznika);
- Zakład Karny Nr 1, ul. Kleczkowska 35, 50-211 Wrocław (cz.V. załącznika);
- Areszt Śledczy, ul. Świebodzka 1, 50-046 Wrocław (cz.VI. załącznika);

(dowód: karta 129, 144-146 i załącznik do akt głównych: cz. I - VI)

5)

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony – w pismach z dnia 5.03.2012 r. (data dzienna obu pism jednakowa) podniosły, iż nie dzielają wniosków wysuniętych z faktów przedstawionych w postępowaniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Strony oświadczyły ponadto, iż nie zawarły porozumienia dotyczącego przetargu prowadzonego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu. Jak stwierdziły, pomimo iż są małżeństwem, prowadzą niezależną i odrębną względem siebie działalność gospodarczą (osobne rozliczenia z Urzędem Skarbowym i ZUS). Obie firmy współpracują ze sobą w zakresie wymiany informacji o źródłach zaopatrzenia, wprowadzania nowych technologii w piekarnictwie i wprowadzania nowych wyrobów. Ponadto oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty piekarni stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, niemniej jednak posiadają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

Ponadto, przedsiębiorca Grażyna Lipianin wskazała na specyficzne cechy „otoczenia gospodarczego w jakim działają przedsiębiorstwa oraz stan prawny regulujący udzielanie zamówień publicznych”. Strona podniosła, iż „każdy uczestnik rynku zabiegając o zamówienia składa oferty na zamówienia publiczne, które może wykonać ze względu na posiadany potencjał w kilku lub kilkunastu przetargach jednocześnie”. Dzieje się tak, ponieważ „wynik przetargów stanowi dla przedsiębiorców niewiadomą, głównie z uwagi na niewielką różnicę cenową (w odróżnieniu np. od przetargów na roboty budowlane) uczestników postępowania o udzielenie zamówień publicznych”. Strona zaznaczyła również, iż jej firma (Piekarnia G.W. Lipianin) oraz firma jej męża uczestniczyły w przetargach zawsze oferując różne ceny a sam fakt rezygnacji nie oznacza „istnienia tzw. porozumienia przetargowego”. Strona opisała również okoliczności rezygnacji z realizacji zamówienia w Areszcie Śledczym we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1, wskazując na fakt, iż dnia 9.09.2011 r. uzyskała informację o wygraniu innego przetargu – w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu. Było to zamówienie korzystniejsze (ze względu na większą wartość zamówienia) niż zamówienie w Areszcie Śledczym we Wrocławiu i dlatego postanowiła zrezygnować z realizacji przetargu w tej drugiej jednostce, po otrzymaniu dnia 13.09.2011 r. zawiadomienia o wygraniu tam przetargu. Strona zaznaczyła, iż ówczesny stan zatrudnienia, jak i posiadanych środków transportu nie pozwalał na jednoczesną realizację obydwu zamówień – stąd wybór tylko jednego korzystniejszego, większego zamówienia oraz rezygnacja z drugiego o mniejszej wartości.

(dowód: karta 72-73, 85-87, 94-95)

6)

Strony postępowania zostały powiadomione o przysługującym im prawie do zapoznania się z aktami postępowania antymonopolowego i skorzystały z niego przez upoważnionego pełnomocnika.

(dowód: karta 132-133)

7)

Pomimo ustanowienia pełnomocnika stron, Prezes Urzędu całą dalszą korespondencję, tj.:

- postanowienie nr 144/2012 z dnia 19 lipca 2012 r. rozszerzające zarzuty postawione w postanowieniu o wszczęciu postępowania na kolejnych pięć przetargów,
- dwa pisma z dnia 20 lipca 2012 r. wzywające do przekazania informacji i dokumentów w związku z rozszerzeniem zarzutów,
- zawiadomienie o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i prawie do zapoznania się z nim oraz zgłoszenia wniosków i uwag,
- decyzja z dnia 9 października 2012 r. RWR 31/2012;

kierował nadal bezpośrednio do stron (z pominięciem pełnomocnika).

Po otrzymaniu decyzji RWR 31/2012, strony - działające samodzielnie (tj. nie przez pełnomocnika) - złożyły odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie (SOKiK).

(dowód: karta 152-156 i 162)

8)

W toku postępowania odwoławczego strony powołały pełnomocnika – adwokata MG, który w dniu 26 marca 2015 r. wniósł pismo procesowe odwołujących, w którym zostały rozwinięte i doprecyzowane zarzuty z odwołań w ten sposób, że Prezesowi UOKiK zostały postawione zarzuty:

1. naruszenia art. 40 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy okik w związku z z art. 10 § 1 k.p.a. poprzez nie doręczanie pism w postępowaniu administracyjnym oraz decyzji ówczesnemu pełnomocnikowi stron począwszy od postanowienia z dnia 19 lipca 2012 r. o rozszerzeniu zarzutów co uniemożliwiło im czynny udział w postępowaniu oraz wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, a tym samym doprowadziło do naruszenia praw i interesów stron oraz uniemożliwiło zapewnienie im należytej ochrony, jaką powinni uzyskać w państwie prawa,
2. naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, przez błędne przyjęcie, że działania stron polegające na odstępowaniu od przetargu pomimo jego wygrania, wskazują na uzgodnienie przez nich warunków składanych ofert w celu wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji na właściwym rynku,
3. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 231 k.p.c. w związku z art. 84 ustawy okik przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i niewszechstronne rozważenie zebranego materiału dowodowego skutkujące przyjęciem błędnego domniemania faktycznego i wniosku o zawarcie przez strony niedozwolonego porozumienia.

Ponadto, precyzując wnioski przedstawione w odwołaniach, pełnomocnik wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o jej zmianę poprzez zaniechanie nałożenia na strony kar pieniężnych.

9)

Ustalenia stanu faktycznego sprawy poczynione przez SOKiK potwierdziły zasadność zarzutu pełnomocnika stron naruszenia przez Prezesa UOKiK, w prowadzonym przez niego postępowaniu antymonopolowym, art. 40 § 2 k.p.a., w związku z art. 83 ustawy okik, w związku z art. 10 § 1 k.p.a., poprzez nedoręczenie pism oraz decyzji ówczesnemu pełnomocnikowi obojga odwołujących się w sprawie przed Prezesem UOKiK. Jak stwierdził SOKiK, należało przyjąć, że nedoręczenie pism pełnomocnikowi stron ma zasadnicze znaczenie dla stwierdzenia naruszenia w postępowaniu administracyjnym słusznych interesów przedsiębiorców i ich prawa do obrony tym bardziej, że w decyzji zostały

powodom wymierzone kary pieniężne. Naruszenie to było poważne, gdyż unicestwiała zasadę postępowania administracyjnego wyrażoną w art. 10 § 1 k.p.a., zgodnie z którą organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. **Brak udziału pełnomocnika miał miejsce począwszy od fazy zawiadomienia przez Prezesa Urzędu o rozszerzeniu zarzutów, przez fazę czynnego udziału w dalszym postępowaniu oraz fazę umożliwienia stronie, przed wydaniem decyzji, wypowiedzenia się do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Również sama decyzja nie została doręczona pełnomocnikowi.**

W tym stanie rzeczy SOKiK – wydając wyrok dnia 22 czerwca 2015 r. (sygn.. XVII AmA 17/13) - uznał, że zarówno rodzaj naruszenia przepisów proceduralnych (niedoręczanie pism w postępowaniu ustanowionemu w jego toku pełnomocnikowi) jak i waga naruszenia (nie było ono incydentalne, ale ciągłe, gdyż trwało od rozszerzenia zarzutów aż do doręczenia decyzji przez trzy fazy postępowania), **czyniły koniecznym uchylenie zaskarżonej decyzji, bez rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w zaskarżonej decyzji.** (dowód: karta 269A i nast.). Pełnomocnik - w osobie r.pr. WK - został ustanowiony dnia 29 maja 2012 r. (dowód: karta 148 i 150), stąd następujące po tej dacie czynności Prezesa Urzędu (wyszczególnione wyżej w pkt 7 uzasadnienia), podejmowane w toku postępowania administracyjnego, aż do wydania decyzji włącznie - uznano za bezskuteczne. A zatem, rozstrzygnięcie w rozpatrywanej sprawie następuje w oparciu o zarzuty przedstawione w postanowieniu z dnia 16 lutego 2012 r., nr 42/2012.

10)

W toku postępowania podjętego ponownie w trybie administracyjnym przed Prezesem Urzędu, pismem z dnia 19 października 2015 r., strony wskazały, iż będą działać poprzez pełnomocnika, adwokata MG (dowód: karta: 272-274, pismo pełnomocnika wraz z pełnomocnictwami). W związku z powyższym, pismem z dnia 5 stycznia 2016 r., wezwano pełnomocnika do ewentualnego uzupełnienia przekazanych wcześniej informacji oraz odniesienia się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu z dnia 16 lutego 2012 r., nr 42/2012 o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Do pisma załączono następujące dokumenty:

- kopię postanowienia nr 42/2012 z dnia 16 lutego 2012 r.;
- kopię pisma Prezesa Urzędu do przedsiębiorcy Grażyny Lipianin z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn.. RWR 410-1/12/ZR/3);
- kopię pisma Prezesa Urzędu do przedsiębiorcy Witolda Lipianin z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn.. RWR 410-1/12/ZR/4);
- pismo przedsiębiorcy Grażyny Lipianin z dnia 5 marca 2012 r.;
- pismo przedsiębiorcy Witolda Lipianin z dnia 5 marca 2012 r.

W odpowiedzi, pełnomocnik stron, pismem z dnia 26 lutego 2016 r. wniósł, w szczególności o:

1. Umożnienie postępowania antymonopolowego przeciwko stronom z powodu nie stosowania przez nich praktyk ograniczających konkurencję,
2. Przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów, dotyczących postępowań przetargowych organizowanych przez:
 - a) Zespół Szkół nr 23 we Wrocławiu, w grudniu 2011 r.,
 - b) Gminę Jelcz- Laskowice, w lutym 2012 r.,
 - c) Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą Przystanek Dobra Nadzieja we Wrocławiu, w lutym/marcu 2012 r.,
 - d) Dom Dziecka w Tarnowie Opolskim, w lutym/marcu 2012 r.

- e) Przedszkole Publiczne w Piławie Górnej, w marcu/kwietniu 2012 r.,
 - f) Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Branicach, w kwietniu 2012 r.,
 - g) Szpital Specjalistyczny w Bytomiu nr 2 w Bytomiu, w sierpniu 2012 r.
- na okoliczność, że odstępowanie od przetargów z przyczyn organizacyjno-logistycznych przez jednego z uczestników nie prowadziło zawsze do przejęcia zamówienia przez przedsiębiorstwo drugiego uczestnika.
3. Zobowiązanie w trybie art. 248 § 1 k.p.c., w zw. z art. 84 ustawy okik oraz na podstawie art. 50 i 72 ustawy okik, do przedstawienia pełnej dokumentacji z przetargów wymienionych powyżej oraz z przetargu organizowanego przez Przedszkole Nr 2 w Wołowie, na okoliczność, że odstępowanie od przetargów z przyczyn organizacyjno-logistycznych przez obu uczestników od wygranych przetargów nie było spowodowane chęcią przejęcia zamówienia przez współmałżonka, ale przyczynami organizacyjno-logistycznymi uniemożliwiającymi prawidłową realizację wygranego zamówienia publicznego, co ma być działaniem normalnym w przypadku przedsiębiorcy dbającego o optymalne funkcjonowanie przedsiębiorstwa.

Ponadto pełnomocnik stron podtrzymał stanowisko stron prezentowane w toku postępowania administracyjnego (na etapie przed złożeniem odwołania) oraz odwoławczego przed SOKiK. W szczególności, zarzucił Prezesowi Urzędu, iż ten błędnie uznał działanie uczestników, polegające na odstąpieniu od przetargu pomimo jego wygrania, za wskazujące na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Tym samym, w jego ocenie, został naruszony art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, ponieważ z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie można wyprowadzić wniosku, iż strony uzgadniały warunki składanych ofert. Pełnomocnik wskazał ponadto na przetargi, w których strony brały udział a po wygraniu odstępowaly od wykonania, pomimo iż nie powodowało to przejęcia zamówienia przez firmę małżonka. Taka sytuacja miała miejsce m.in. w przetargach organizowanych przez:

- a) Przedszkole Publiczne w Piławie Górnej, w marcu/kwietniu 2012 r.,
- b) Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Branicach, w kwietniu 2012 r.,
- c) Szpital Specjalistyczny w Bytomiu nr 2 w Bytomiu, w sierpniu 2012 r.,
- d) Przedszkole Nr 2 „Słoneczko” w Wołowie na 2012 r.,
- e) Dom Dziecka w Tarnowie Opolskim, w lutym/marcu 2012 r.

Zgodnie ze stanowiskiem pełnomocnika stron, „odstąpienie od zawarcia umowy po wygraniu przetargu jest czynnością, która nie ma żadnego wpływu na warunki złożonych wcześniej ofert”. Ponadto – jak dalej stwierdził - „nie jest możliwe uznanie, iż odstąpienie od zawarcia umowy po wygraniu przetargu wskazuje na zawarcie porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji, pomimo iż cel ten nie został zrealizowany. Brak możliwości ograniczenia konkurencji w wyniku odstąpienia od zawarcia umowy po złożeniu i otwarciu ofert, wskazuje na nielogiczność dokonanego ustalenia Prezesa UOKiK, że taki cel został przyjęty przez przedsiębiorców”.

W ocenie, pełnomocnika stron, materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego i wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez uczestników porozumienia określającego zasady odstępowania od przetargów. Pełnomocnik stron zakwestionował także wzięcie przez Prezesa Urzędu za podstawę przyjętego domniemania faktycznego, wskazanych w uchylonej decyzji okoliczności takich jak: bliskie powiązania osobiste i gospodarcze stron, niewielki przedział różnicy wartości ofert składanych przez strony, a w szczególności samego odstępowania od przetargu przez strony celem

przejmowania zlecenia w korzystniejszej cenie przez firmę współmałżonka, twierdząc iż jest to często zdarzająca się sytuacja przy przetargach i „nie jest niczym dziwnym, że w przypadku braku uznania braku możliwości realizacji zamówienia wygranego przetargu, po prostu odstępuje się od zawarcia umowy. Analiza możliwości produkcyjnych (organizacyjnych) i logistycznych następuje bowiem w większości dopiero po wygraniu przetargu. Na etapie składania ofert taka analiza ma charakter bardzo ogólny. Przedsiębiorcy nie wiedzą bowiem, które z przetargów uda im się wygrać (...) Często przyjęcie kilku zamówień z wygranych przetargów, które będą realizowane jednocześnie, może skutecznie sparaliżować przedsiębiorstwo”. Pełnomocnik podtrzymał również wcześniejsze wyjaśnienia strony – Grażyny Lipianin (wskazane na str. 4 w pkt 5 niniejszej decyzji), odnośnie okoliczności odstąpienia od wykonania zamówienia, pomimo wygrania przetargu w Areszcze Śledczym we Wrocławiu (dowód: pismo pełnomocnika, karta 283-298)

11)

Pełnomocnik stron postępowania został powiadomiony o przysługującym stronom prawie do zapoznania się z aktami postępowania antymonopolowego.
(dowód: karta 357)

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

12)

Grażyna Lipianin zam. w Brzegu, jest przedsiębiorcą wpisanym do Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej prowadzonym przez Ministra Gospodarki i prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” G.W. Lipianin z siedzibą w Przylesiu 32, 49-351 Przylesie, w zakresie m.in. produkcji pieczywa (kod PKD - 10.71.Z.P). W ramach swojej działalności, przedsiębiorca bierze udział w przetargach na dostawę m.in. pieczywa i mąki, organizowanych w szczególności przez różne podmioty, takie jak szpitale, szkoły, zakłady karne itp., na obszarze całego kraju. Według stanu na marzec 2012 r. przedsiębiorca realizował siedem umów w ramach zamówień publicznych z następującymi jednostkami: Zakład Karny w Raciborzu, Zakład Karny Nr 1 Wrocławiu, Centrum Onkologii – Instytut M.Skłodowskiej-Curie Oddział w Gliwicach, Ośrodek leczniczo-Rehabilitacyjny Zbrosławice, w Kamieńcu, Centrum Terapii Nerwic Moszna-Zamek, Placówka Opiekuńczo-Wychowawcza typu Socjalizacyjnego, PWPO-W Godzięcin, Państwowy Szpital dla Psychicznie i Nerwowo Chorych w Rybniku.
(dowód: karta 85-88 i 282)

13)

Witold Lipianin zam. w Brzegu, jest przedsiębiorcą wpisanym do Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej prowadzonym przez Ministra Gospodarki i prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „Lipianin” Witold Lipianin z siedzibą w Przylesiu 32, 49-351 Przylesie, w zakresie m.in. produkcji pieczywa (kod PKD - 10.71.Z.P). W ramach swojej działalności, przedsiębiorca bierze udział w przetargach na dostawę m.in. pieczywa i mąki, organizowanych w szczególności przez różne podmioty, takie jak szpitale, szkoły, zakłady karne itp., na obszarze całego kraju. Według stanu na marzec 2012 r. przedsiębiorca realizuje jedenaście umów w ramach zamówień publicznych z następującymi jednostkami: Zakład Karny w Grodkowie, Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Bytomiu, Placówka Op.-Wych. „Przystanek Dobrej Nadziei we Wrocławiu, Zakład Karny w Brzegu, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 3 SUM w Katowicach, Zespół Szkół

nr 23 we Wrocławiu, Zakład Karny w Rawiczu, Raciborzu i Strzelcach Opolskich, Areszt Śledczy we Wrocławiu, ZOZ MSWiA we Wrocławiu.

(dowód: karta 94-96 i 281)

14)

Strony postępowania wiążą więzy rodzinne – Grażyna Lipianin i Witold Lipianin są małżeństwem. Jak wyjaśniły obie strony, współpraca pomiędzy ich firmami ogranicza się do wymiany informacji o źródłach zaopatrzenia, wprowadzanych nowych technologiach w piekarnictwie i wprowadzaniu nowych wyrobów. Ponadto oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty - stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, posiadają identyczny adres siedziby, ten sam nr telefonu i fax-u. Według oświadczenia stron, firmy posiadają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

15)

W dniu 1 września 2011 roku władze Aresztu Śledczego we Wrocławiu [zw. dalej także Zamawiającym] ogłosiły postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej 125 000 EURO, na wykonywanie sukcesywnych dostaw artykułów spożywczych w okresie kolejnych 12 miesięcy od podpisania umowy (nr ewid. D/Kw-220/73/11). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy dotyczyły takich artykułów jak:

- chleb mieszany (w łącznej ilości do 132 000 kg),
- mąka pszenna (w łącznej ilości do 2 800 kg),
- bułka tarta (w łącznej ilości do 1 200 kg),

(dowód: karta 4-11)

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 5 ofert, wśród nich oferty złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 1

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez Areszt Śledczy we Wrocławiu, we wrześniu 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	231 462,00 zł
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	241 592,40 zł
3.	251 055,00 zł
4.	277 972,80 zł
5.	293 160,00 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.VI, karty: 19-56)

Podczas oceny ofert przez Zamawiającego, stwierdzono ten sam adres firmy (49-351 Przylesie 32) w dwóch ofertach złożonych przez dwóch wykonawców tj. Piekarnia G.W. Lipianin oraz Piekarnia Witold Lipianin i na podstawie art. 87 ust.1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, od obu przedsiębiorców zażądano niezwłocznych wyjaśnień w tym zakresie. Obaj przedsiębiorcy, w pismach z dnia 10 września 2011 r. (o identycznej treści i formie) wyjaśnili, iż wspólny adres działalności gospodarczej wynika z faktu, iż działalność gospodarcza jest prowadzona na terenie nieruchomości stanowiącej współwłasność małżeńską, niemniej jednak oboje prowadzą niezależną od siebie działalność gospodarczą,

przy pomocy odrębnych linii technologicznych i różnych pracowników. Obie firmy wskazały także na osobne rozliczanie się z Urzędem Skarbowym i ZUS.

(dowód: karta 79-82)

Po zamknięciu procedury składania ofert, Zamawiający na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał w dniu 12 września 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 2

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Areszt Śledczy we Wrocławiu, we wrześniu 2011 r..

Oferent	Ilość punktów
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	100,00
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	95,88
3.	92,20
4.	83,27
5.	78,95

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.VI, karty: 72-76)

Tego samego dnia, tj. 12.09.2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację (drogą fax-ową) o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy Grażyny Lipianin, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia G.W. Lipianin. Tego samego dnia, tj. 12.09.2011 r. Grażyna Lipianin wysłała informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia Witold Lipianin z Przylesia. Dnia 13.09.2011 r., ponownie wysłał informację (drogą fax-ową, i pisemnie) do wszystkich oferentów o odstąpieniu od podpisania umowy przez zwycięzcę przetargu i wyborze kolejnej najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, tj. złożonej przez przedsiębiorcę: Piekarnia Witold Lipianin z Przylesia.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz.VI, karty: 63-76)

W toku postępowania antymonopolowego, strona – przedsiębiorca Grażyna Lipianin, wyjaśniła, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy było wygranie innego, większego przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu (wartość złożonej oferty: 413 280 zł)

(dowód: karta: 87 i załącznik do akt głównych - cz.V, karty: 59-60)

16)

Jak ustalono, równoległe do opisanego powyżej przetargu – Zakład Karny nr 1 we Wrocławiu przy ul. Kleczkowskiej 35 [zw. dalej w tym ppkt Zamawiającym] przeprowadził przetarg na dostawę chleba przez okres 12 miesięcy w ilości szacunkowej 240 000 kg (wielkość dostawy dziennej ok. 600 kg). W dniu 23 sierpnia 2011 r. władze wymienionej placówki ogłosiły postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy *Prawo zamówień publicznych* w trybie przetargu nieograniczonego, (nr ewid. D/KW-220/22/11/Ż).

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 8 ofert, wśród nich oferty złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 3

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez Zakład Karny Nr 1 we Wrocławiu, we wrześniu 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	413 280,00 zł
2.	446 040,00 zł
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	451 080,00 zł
4.	473 760,00 zł
5.	b.d.
6.	504 000,00 zł
7.	622 440,00 zł
8.	672 840,00 zł
9.	680 400,00

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.V, karty: 6-12 i 41-99)

Po zamknięciu procedury składania ofert, niektórzy oferenci, w tym przedsiębiorca Witold Lipianin dnia 7.09.2011 r, wystąpili z wnioskiem o przesłanie informacji dotyczącej otrzymanych ofert na dostawę chleba. W odpowiedzi, dnia 8.09.2011 r. Zakład Karny przesłał zainteresowanemu przedmiotową informację z zestawieniem zbiorczym złożonych ofert (dowód: pismo i zwrotny fax do przedsiębiorcy Witolda Lipianina z dnia 8.09.2011 r. - załącznik do akt głównych - cz.V, karta 15 i 17).

Następnie, Zamawiający – Zakład Karny nr 1 - na podstawie przyjętego kryterium oceny – „najniższa cena” dokonał w dniu **14 września 2011 r.** wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 2

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Zakład karny Nr 1 we Wrocławiu, we wrześniu 2011 r..

Oferent	Ilość punktów
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	100,0
2.	93,0
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	92,0
4.	87,0
5.	84,0
6.	82,0
7.	66,0
8.	62,0
9.	61,0

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.V, karty: 16-26)

Tego samego dnia, tj. **14.09.2011 r.** Zamawiający wysłał ww. informację (drogą faxową, i pisemnie) o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy Grażyny Lipianin, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia G.W. Lipianin.

17)

W grudniu 2011 r. jednostka: Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice, Kamieniec, ul. Polna 2, 42-674 Zbroślawice [zw. dalej w tym ppkt Zamawiającym] – przeprowadził przetarg na dostawę m.in. pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich przez okres 12 miesięcy w ilościach szacunkowych 6 600 szt. (chleb), 7000 szt. (bułka 100 g), 5 200 szt. (rogal), 5 400 szt. (drożdżówka), 6 800 szt. (pączek). Władze wymienionej placówki ogłosiły postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy *Prawo zamówień publicznych* w trybie przetargu nieograniczonego, (nr ewid. Dz.OLR/DN/1004/2011).

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 3 oferty, wśród nich oferty złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 5

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez Ośr. Lecz-Reh. dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice, w grudniu 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	27 687,00 zł
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	29 408,00 zł
3.	40 620,84 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.IV, karty: 9-24, 33-46)

Następnie, Zamawiający – Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice - na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia Witold. Lipianin z Przylesia, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 6

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Ośr. Lecz-Reh. dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice, w grudniu 2011 r..

Oferent	Punktacja
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	100,00
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	94,15
3.	68,16

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.IV, karty: 56-57)

Dnia 20.12.2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy Witolda Lipianin. Dnia 29.12.2011 r. przedsiębiorca Witold Lipianin wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia. Dnia 29.12.2011 r. ponownie wysłał informację do wszystkich oferentów o odstąpieniu od podpisania umowy przez zwycięzcę

przetargu i wyborze kolejnej, najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, tj. złożonej przez przedsiębiorcę: Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz. IV, karty: 56-60)

W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca Witold Lipianin, wyjaśnił, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy nie była konkretna, „jedna przyczyna”, ale „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

(dowód: karta: 94-95)

18)

Jak ustalono w roku 2011 r., poza wymienionymi wyżej trzema przetargami, strony brały jednocześnie udział – tj. występując z konkurencyjnymi ofertami - w przetargach organizowanych przez następujące podmioty:

- 1) Zespół Szkół Mechanicznych, ul. Osmańczyka 22, 45-027 Opole (cz.II. załącznika);
- 2) Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina (cz.III. załącznika);
- 3) Placówka Opiekuńczo-Wychowawcza tyou Socjalizacyjnego, Godzięcin 50d, 56-120 Brzeg Dolny;
- 4) Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich.

W pierwszym z wymienionych przetargów przeprowadzonym w marcu 2011 r. (sygn. INT/2011), w zakresie dotyczącym dostaw wyrobów piekarskich i ciastkarskich do Zespołu Szkół Mechanicznych w Opolu, przystąpiły tylko dwa podmioty – strony niniejszego postępowania, składając oferty o następujących wartościach:

Tabela nr 7

Oferty w przetargu organizowanym przez Zespół Szkół Mechanicznych w Opolu, w marcu 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	17 963,00 zł
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	20 089,65 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.II, karty: 38-39)

Dnia 18.03.2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do obu oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy Witolda Lipianin (100 pkt). Dnia 28.03.2011 r. przedsiębiorca Witold Lipianin wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn i z uwagą, iż zamówienie należy zlecić drugiemu oferentowi). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał zatem wyboru drugiej (i jedynej pozostałej) oferty, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz. II, karty: 38-40)

W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca Witold Lipianin, podobnie jak wyżej, wyjaśnił, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy nie była konkretna, „jedna przyczyna”, ale „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

(dowód: karta: 94-95)

W drugim z wymienionych przetargów przeprowadzonym z kolei w czerwcu 2011 r. (sygn. EZ – pzp/7/2011), w zakresie dotyczącym dostaw pieczywa świeżego, bułki tartej i zacierki

do żuru do Centrum Terapii Nerwic Moszna - Zamek, przystąpiły cztery podmioty, w tym obie strony niniejszego postępowania, składając oferty o następujących wartościach:

Tabela nr 7

Oferty w przetargu organizowanym przez Centrum Terapii Nerwic Moszna - Zamek, w czerwcu 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia Witold Lipianin, Przylesie	45 114,98 zł
Piekarnia G.W. Lipianin, Przylesie	48 658,80 zł
3.	54 100,17 zł
4.	64 469,00 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.III, karty: 1-3)

Dnia 16.06.2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy Witolda Lipianin (100 pkt). Dnia 27.06.2011 r. przedsiębiorca Witold Lipianin wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał zatem wyboru drugiej najkorzystniejszej cenowo oferty, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia G.W. Lipianin z Przylesia.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz. III, karty: 4-5, 20)

W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca Witold Lipianin, podobnie jak w przypadkach wyżej, wyjaśnił, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy nie była konkretna, „jedna przyczyna”, ale „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

(dowód: karta: 94-95)

W 2011 r. identyczne sytuacje z uczestnictwem ww. przedsiębiorców miały miejsce jeszcze co najmniej dwukrotnie:

- przy przetargu organizowanym przez Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą typu Socjalizacyjnego w Godzięcin k. Brzegu Dolnego, gdzie przedsiębiorca Witold Lipianin po wygraniu przetargu odstąpił od umowy na rzecz kolejnego oferenta – przedsiębiorcy Grażyny Lipianin. W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca Witold Lipianin, ponownie nie wskazał konkretnej przyczyny odstąpienia wyjaśniając, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy był „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”;
(dowód: karta 94-95)
- przy przetargu organizowanym przez Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich (nr Z/ZP/220/41/11, gdzie miała sytuacja odwrotna, tzn. przedsiębiorca Grażyna Lipianin po wygraniu przetargu odstąpiła od umowy na rzecz kolejnego oferenta – przedsiębiorcy Witolda Lipianin. W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca Grażyna Lipianin, w odniesieniu do tego przetargu, nie podała konkretnej przyczyny odstąpienia wyjaśniając, iż rezygnację uzasadniała „aktualna sytuacja ekonomiczna firmy”.
(dowód: karta 86)

W późniejszym okresie, w szczególności w przeciągu roku 2012, strony zmieniły zasady postępowania i wystąpiły sytuacje w których odstępowanie od przetargów z przyczyn

organizacyjno-logistycznych przez jednego z uczestników nie prowadziło do przejęcia zamówienia przez przedsiębiorstwo drugiego uczestnika, tj. firmę współmałżonka.

19)

Strony postępowania przedstawiły dokumenty dotyczące przychodów uzyskanych w roku 2015 r., składane na potrzebę rozliczenia podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT).

(dowód, dokumenty zeznań podatkowych stron PIT 36L za 2015 r.: karta 347-356).

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

1. Określenie zarzutu

20)

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, dotyczącego przetargu zorganizowanego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1 na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, w którym strony porozumienia ustaliły wzajemne warunki uczestnictwa.

2. Interes publicznoprawny

21)

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

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

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

ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc do zakazanego zniekształcenia konkurencji.

Uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub określonych zachowań względem podmiotu zamawiającego w trakcie przetargu lub po ogłoszeniu jego wyników, godzi w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzi do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, zniekształcając tym samym przebieg i wynik przetargu. Uzgadnianie cen oraz uzgadnianie warunków ofert składanych w przetargu stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która może skutkować w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraża zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie środkami, których jest dysponentem.

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

W związku z powyższym w niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa Urzędu zaistniały podstawy do podjęcia działań w trybie postępowania antymonopolowego.

3. Status przedsiębiorcy

22)

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw - w szczególności ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.) - nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

Strona - Grażyna Lipianin prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*, pod nazwą: Piekarnia G.W. Lipianin. Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG) jest spisem przedsiębiorców, będących osobami fizycznymi, działających na terenie Polski. Spis prowadzony jest od 1 lipca 2011 r. w systemie teleinformatycznym przez ministra właściwego do spraw gospodarki na podstawie przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Nie ma zatem wątpliwości, iż jest ona przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Strona - Witold Lipianin również prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*, pod nazwą: Piekarnia Witold Lipianin i jest wpisany do CEIDG a tym samym jest on przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

4. Rynek właściwy - przedmiot porozumienia

23)

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

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

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

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

Stałe dostawy - w dłuższym okresie - mąki i wyrobów mącznych (wyrobów piekarniczych, ciastkarskich, czy bułki tartej) są bardzo ważnym czynnikiem codziennego funkcjonowania takich podmiotów jak placówki penitencjarne, lecznicze, czy oświatowe, gdzie konieczny jest niezakłócony i prawidłowy przebieg procesu żywienia zbiorowego osadzonych, pacjentów, pensjonariuszy, czy uczniów. Charakterystyczna jest w tym przypadku konieczność ciągłych dostaw świeżych produktów, których z kolei wytwarzanie wymaga dysponowania określonymi liniami technologicznymi. To powoduje, że zamówienia tego typu mogą realizować tylko firmy posiadające nie tylko możliwości produkcyjne, ale również logistyczne. Stąd, inna jest specyfika realizacji pojedynczych lub niewielkich (jednorazowych) zamówień dla klientów indywidualnych, a inna realizacji cyklicznych, zamówień (z góry określonych np. dzienną wielkością maksymalną dostawy) dla większych podmiotów – klientów instytucjonalnych, często podmiotów prawa publicznego takich jak wymienionych w niniejszej sprawie, tj. zakłady karne, areszty śledcze, kliniki, szkoły etc.

To co wyróżnia ten tryb dostaw produktów to przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfikę realizacji zamówienia – tzn. dostawca wyłaniany jest w drodze przetargu - należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw hurtowych, mąki i innych wyrobów mącznych (tj. np. piekarniczych i ciastkarskich) dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych. Taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku

nie jest niezbędna. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r. (sygn. akt: XVII Ama 130/04), przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu towarowego tj. zbyt, hurt, lub detal. Przetargi organizowane były na znaczne ilości mąki i wyrobów mącznych (nawet do kilkuset ton rocznie) dlatego uznać należy, iż rynkiem właściwym produktowo jest rynek hurtowy, a nie rynek detaliczny. Wyżej wymienione towary (produkty piekarskie, w tym chleb, bułki) oferowane są bezpośrednio odbiorcy końcowemu i to odbiorcy szczególnemu, jakim jest jednostka przeprowadzająca przetarg publiczny.

Odnosnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, rynkiem takim jest **rynek krajowy**. Prawidłowość takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt, iż strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski (np. woj. wielkopolskie, dolnośląskie, opolskie, śląskie), chociaż oczywiście zasięg działania przedsiębiorców – z uwagi na specyfikę produktów żywnościowych – będzie ograniczał się do pewnych regionów Polski (w przypadku niniejszej sprawy mamy do czynienia z przedsiębiorcami pochodzącymi z zachodniej i południowo-zachodniej części kraju).

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych, dla podmiotów (odbiorców) instytucjonalnych.

5. Ustalenie siły rynkowej uczestników postępowania na rynku właściwym

24)

Na wyżej określonym rynku krajowym hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych, dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych działa wiele podmiotów, o czym świadczy m.in. ilość i różnorodność przedsiębiorców biorących udział w przetargach publicznych. Potwierdza to fakt, iż rynek ten nie cechuje się wysokimi barierami wejścia. Podkreślenia wymaga przy tym, iż w niniejszej sprawie nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku uczestników porozumienia. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

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

25)

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

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

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

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

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

Ze złą przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy firmy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby np. podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę). „Praktyka złą przetargowa może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość złą przetargowa polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji” (za: Z.Jurczyk, *„Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”*, Warszawa 2012, s.372.).

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

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia złą przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia złą przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję.” (Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 k.p.c., który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Powyższą linię orzecniczą wyznacza orzeczenie Europejskiego Trybunału

Sprawiedliwości (ETS), który stwierdził m.in., że: „W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego **musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.** Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie nie tylko istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego z naruszeniem reguł konkurencji” (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; za: Z.Jurczyk, Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych, (w:) *Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej*, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68) /2009, s. 142-143).

A zatem, kwalifikując działania przedsiębiorców jako naruszające zakaz z art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy najpierw wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- A) przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny ;
- B) cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny;

26)

Ad A) Zawarcie porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny

W ocenie Prezesa Urzędu, o tym, iż strony niniejszego postępowania, tj. Grażyna Lipianin i Witold Lipianin dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, świadczą następujące okoliczności:

- 1) przedsiębiorców, Grażyna Lipianin i Witold Lipianin wiąże najbliższy stopień pokrewieństwa - są małżeństwem;
- 2) strony postępowania prowadzą formalnie odrębne działalności gospodarcze, niemniej jednak pod tym samym adresem – w Przylesiu nr 32 - znajduje się siedziba obu firm, do których ponadto jest podany ten sam numer telefonu i numer fax-u. Pomiędzy stronami istnieje współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji (w aktach sprawy znajdują się dokumenty – fax-y, adresowane do Witolda Lipianina – omyłkowo opieczętowywane pieczęcią firmy G.W. Lipianin, czy dokumenty opatrzone jednym charakterem pisma z formułą „za zgodność z oryginałem” co świadczy o tym, iż ta sama osoba zajmuje się korespondencją obu przedsiębiorców: (dowód: załącznik do akt głównych – cz. II np. karty 53 i 56);
- 3) pomiędzy stronami postępowania występują określone powiązania, które polegają co najmniej na wymianie informacji w zakresie źródeł zaopatrzenia, wprowadzaniu nowych technologii i produktów oraz kosztów dostaw. Strony udostępniają sobie także własne opracowania / wzory pism / szablony (przykład: identyczne co do formy i treści pisma dotyczące wyjaśnień udzielanych w trakcie przetargu prowadzonego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu w zw. z zapytaniem o powiązania obu firm, bardzo podobne w wielu miejscach co do formy i treści pisma kierowane do Prezesa Urzędu, podobne wzory pieczętek firmowych – np. karty 73 i 74, oraz 85-87 i 94-95);
- 4) w 2011 r. strony przystępowały jednocześnie do przetargów przeprowadzonych przez różne instytucje, składając konkurencyjne oferty (dokładna liczba przetargów nie jest znana z uwagi na brak prowadzenia ewidencji przez strony w tym zakresie). W przetargach, w których oferty obu przedsiębiorców zajmowały kolejno dwa pierwsze miejsca, **zawsze** następowała sytuacja w której jeden z przedsiębiorców – zwycięzca

przetargu - odstępował od umowy, którą następnie przejmowała do realizacji firma współmałżonka. Łącznie w 2011 r. było co najmniej sześć takich przetargów: w dwóch przypadkach: Piekarnia G.W. Lipianin odstępowala na rzecz Piekarni Witold Lipianin (chodzi o przetargi organizowane przez Areszt Śledczy we Wrocławiu i Zakład Karny nr 1 w Strzelcach Opolskich, natomiast w czterech przypadkach firma Piekarnia Witold Lipianin odstępowala na rzecz Piekarni G.W. Lipianin (chodzi o przetargi organizowane przez podmioty: Zespół Szkół Mechanicznych w Opolu, Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice i Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą typu Socjalizacyjnego w Godzięcin k. Brzegu Dolnego);

Nie ma żadnych wątpliwości, iż okoliczności wskazane w punktach 1), 2) i 3) świadczą jednoznacznie o istnieniu pomiędzy stronami powiązań umożliwiających im łatwe dokonanie ustaleń odnośnie koordynacji własnych działań, z kolei okoliczność wymieniona w punkcie 4) wskazuje wprost, iż taka koordynacja działań rzeczywiście wystąpiła.

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

27)

Istotnym dowodem są również pozostałe okoliczności faktyczne w niniejszej sprawie. Odstąpienie od wykonania zamówienia po wygraniu przetargu w Areszcie Śledczym we Wrocławiu przedsiębiorca Grażyna Lipianin wysłała dnia 12 września 2011 r. (zgodnie z prezentatą pismo wpłynęło do zamawiającego dnia 13.09.2011 r). Jak już wspomniano strona tłumaczyła takie zachowanie faktem wygrania przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu o znacznie wyższej wartości, o czym miała zostać poinformowana dnia 9 września 2011 r. Materiał dowodowy, w szczególności dokumentacja przetargowa Zakładu Karnego Nr 1, nie potwierdza wersji przedstawionej przez stronę, ponieważ dnia 8 września 2011 r. zamawiający wysłał oferentom tylko informację o złożonych ofertach, bez podawania wyników przetargu. Te z kolei zostały ujawnione dopiero dnia **14 września 2011 r.** (potwierdzenie przesyłki fax-em tego dnia o godz. 9:54). A zatem odstępując od umowy z Aresztem Śledczym we Wrocławiu, strona postępowania – Grażyna Lipianin nie mogła mieć wiedzy co do ostatecznych wyników uzyskanych na przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu, pomimo wcześniejszego ujawnienia zestawienia ofert. Na tym etapie przedsiębiorca – nawet jeśli ma najniższą cenę – nie może być jeszcze pewny wygranej w konkursie, ponieważ np. z różnych przyczyn przetarg może być unieważniony, lub dany oferent wykluczony. Odstąpienie więc na tym etapie od realizacji zamówienia na rzecz Aresztu Śledczego we Wrocławiu byłoby działaniem obarczonym ryzykiem utraty obydwu zleceń, co więcej ryzykiem zupełnie zbędnym, ponieważ zgodnie z zawiadomieniem przesłanym przez zamawiającego, umowę należało zawrzeć dopiero po upływie 18 września 2011 r. Nie ma więc mowy o istnieniu jakiegokolwiek presji czasowej w kwestii konieczności

dokonania wyboru zamówienia do realizacji. Tak więc działanie Grażyny Lipianin należy uznać za zachowanie jakiegoś nie podjąłby racjonalnie działający przedsiębiorca, gdyby nie działał w uzgodnieniu. Ponadto, gdyby nawet przyjąć wyjaśnienie Grażyny Lipianin, iż z chwilą (dnia 9 września 2011 r.) otrzymania informacji o złożonych ofertach uzyskała pewność w kwestii wygrania przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu, to jej odstąpienie od przetargu w Areszcie Śledczym powinno nastąpić bezzwłocznie po uzyskaniu tej informacji, a tymczasem nastąpiło dopiero trzy dni później, kiedy strony uzyskały ostateczną informację o wygraniu przetargu w Areszcie Śledczym (dnia 12 września 2011 r.) przez Grażynę Lipianin i zajęciu drugiego miejsca przez firmę Witolda Lipianin. Wówczas łączna wartość realizowanych przetargów przez obie strony postępowania była większa, niż gdyby przedsiębiorca Grażyna Lipianin realizowała je samodzielnie.

Tak więc dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zмовy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (Wyrok ETS z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.). Takich dowodów strony nie przedstawiły.

Należy zwrócić uwagę, że fakt odstąpienia przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu jest trudny do wytłumaczenia przez podmiot kierujący się racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi. Oczywistym jest, że głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia. Wycofanie się w razie wygranej może być podyktowane tylko przyczynami obiektywnymi, nagłymi etc. Jak wykazano wyżej, podana przez przedsiębiorcę G.W. Lipianin, przyczyna odstąpienia od wykonania umowy nie znajduje odzwierciedlenia w faktach, ponieważ ze wskazanych dokumentów przetargowych wynika zupełnie inna kolejność zdarzeń, niż wskazuje to przedsiębiorca (tak więc najpierw nastąpiło odstąpienie od umowy – 12.09.2011 r. a potem powzięcie informacji o wygraniu przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 – 14.09.2011 r.), co czyni te wyjaśnienia niewiarygodnymi.

Oczywiście, Prezes Urzędu nie kwestionuje argumentacji przedstawionej przez pełnomocnika stron wskazującego, iż w przedmiotowej branży startuje się w wielu przetargach jednocześnie, by mieć pewność ciągłości zleceń, co może w następstwie skutkować niekiedy odstąpieniem od wykonania zamówienia, w razie równoległej wygranej w dwóch przetargach i wyboru lepszej oferty, wobec niemożności prowadzenia dwóch zleceń. Jednak w przypadku obu przedsiębiorców, jeśli następowały odstąpienia od wykonania zleceń (vide: sześć ww. przetargów w 2011 r.), to zawsze były one powiązane z przejściem zamówienia przez firmę współmałżonka, czyli rezygnacja z przetargu nie następowała na rzecz podmiotu trzeciego. Wyraźnie należy podkreślić, że na przestrzeni 2011 r. nie było ani jednego przetargu w którym:

- którakolwiek ze stron podjęłaby się realizacji zlecenia (po wygraniu przetargu), pomimo iż drugą ofertę w kolejności stanowiłaby oferta firmy

współmałżonka;

- którakolwiek ze stron zrezygnowałaby z realizacji zlecenia (po wygraniu przetargu), w sytuacji, gdy drugą ofertę w kolejności stanowiłaby oferta firmy osoby trzeciej, tj. nie firmy współmałżonka.

Strony wskazują na przyczyny odstąpienia w pozostałych pięciu przypadkach (wyjawszy analizowany wyżej przypadek odstąpienia od umowy dla Aresztu Śledczego we Wrocławiu), używając bardzo ogólnikowych określeń, takich jak przyczyny o charakterze „organizacyjnym”, „ekonomicznym”, czy „osobistym”.

Prezes Urzędu, podziela opinię jednej ze stron, iż przedsiębiorca nie musi dokładnie wyjaśniać przyczyn odstąpienia od umowy – niemniej jednak zbieg takich okoliczności jak racjonalnie niewytłumaczalne odstąpienie od umowy i przejęcie zamówienia do realizacji za wyższą kwotę przez firmę współmałżonka pozwala domniemywać, iż w istocie nastąpiło działanie będące rezultatem wcześniejszych uzgodnień.

Niezależnie od powyższego należy jeszcze wskazać dodatkowe okoliczności obciążające strony i obalające ich argumentację wskazującą na ekonomiczne przesłanki odstąpienia od umowy. Są to następujące zdarzenia:

- dalszy udział w przetargach (tj. po wrześniu 2011 r.) przez Piekarnię G.W. Lipianin, pomimo iż zgodnie z jej wyjaśnieniami po wygraniu dużego zlecenia do Zakładu Karnego Nr 1, firma była maksymalnie obciążona realizacją dotychczasowych zleceń i niezdolna (bez dodatkowego zatrudnienia i nakładów) do realizacji nowych zleceń;
- odstąpienie od umowy - przez Witolda Lipianin - dotyczącej stosunkowo niewielkiego zlecenia (biorąc pod uwagę skalę działalności obu firm, obsługujących odpowiednio 7 i 11 znacznie większych zleceń, w niektórych przypadkach przekraczających nawet dziesięciokrotność wartości tego zlecenia) – chodzi o przetarg dotyczący dostaw wyrobów piekarskich i ciastkarskich do Zespołu Szkół Mechanicznych w Opolu, przeprowadzony w marcu 2011 r. (sygn. INT/2011), gdzie obie strony złożyły oferty na kwoty 17 963 zł i 20 089, 65 zł, po czym, gdy okazało się, że w przetargu biorą udział tylko firmy stron – tańsza oferta przedsiębiorcy: Piekarnia Witold Lipianin – została wycofana na rzecz droższej. Trudno tutaj doszukiwać się przesłanek organizacyjno-ekonomicznych, czy osobistych, w sytuacji gdy obie firmy realizują jednocześnie po kilka zleceń na kwoty przynajmniej kilkakrotnie wyższe od wartości tego zamówienia.

28)

W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie ww. okoliczności - **brane pod uwagę wspólnie** - świadczą o tym, iż przedsiębiorcy Grażyna Lipianin oraz Witold Lipianin zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców zachowania w trakcie przetargu prowadzonego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu, we wrześniu 2011 r. i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z umawiających się przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, zachowania przedsiębiorcy Piekarnia G.W. Lipianin w opisanym przetargu nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zмовы przetargowej.

Mając powyższe na uwadze, nie zasługują na uwzględnienie argumenty stron, iż są oni niezależnymi podmiotami, prowadzącymi wobec siebie działalność konkurencyjną. Występowanie pomiędzy stronami postępowania ścisłych więzi rodzinnych, współpracy w zakresie wymiany informacji, współpracy logistycznej w zakresie obiegu korespondencji, prowadzenie działalności pod tym samym adresem (ten sam adres biura, te same numery telefonów i fax-u), czy korzystanie z tego samego majątku, nie jest wprawdzie zabronione,

niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak w niniejszym przypadku, tj. poprzez opisane wyżej celowe, świadome i skoordynowane zachowanie skutkujące – w przypadku wystąpienia określonych okoliczności - wycofaniem z przetargu jednej oferty, na rzecz drugiej, droższej oferty firmy współmałżonka.

29)

Nie zasługują również na uwzględnienie, podniesione w dalszej kolejności argumenty pełnomocnika stron, który zarzucił Prezesowi Urzędu, iż bezzasadnie postawił zarzut naruszenia przez strony art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy okik. Rozumowanie pełnomocnika Powoda należy uznać za całkowicie chybione, ponieważ okoliczność, że „przedsiębiorcy składający oferty nie mają wiedzy o ofertach złożonych przez konkurentów” nie stanowi przeszkody, aby zmawiający się przedsiębiorcy A i B zmówili się na ewentualność wycofania jednej oferty (tańszej) na rzecz drugiej (droższej) w przypadku braku oferty złożonej przez podmiot trzeci, która byłaby korzystniejsza od oferty A, a mniej korzystna od ofert B. Wówczas, co oczywiste, zawarte wcześniej porozumienie, nie dochodzi po prostu do skutku. Ponadto, w sytuacji, gdy w przetargu biorą udział tylko podmioty zmawiające się (tj. brak ofert podmiotów trzecich), jak to miało miejsce w przetargu organizowanym przez PWPO-W w Godzięcinie, powyższe twierdzenie o okoliczności braku wzajemnej wiedzy o zawartości ofert konkurencyjnych jest oczywiście nieprawdziwe.

Odnosząc się do kolejnej uwagi pełnomocnika kwestionującej następujący fragment rozważań Prezesa Urzędu, że „fakt odstąpienia przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu jest trudny do wytłumaczenia przez podmiot kierujący się racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi. Oczywiście jest, że głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia. Wycofanie się w razie wygranej może być podyktowane tylko przyczynami obiektywnymi, nagłymi etc.” i prowadzącej pełnomocnika stron do wniosku, iż „tego typu stanowisko wskazuje na całkowity brak wiedzy i doświadczenia biznesowego osoby wydającej decyzję w imieniu Prezesa UOKiK” – wskazać należy, iż wywody pełnomocnika stron w tym zakresie paradoksalnie potwierdzają powyższą tezę (notabene sformułowaną przez doktrynę i akceptowaną przez orzecznictwo sądowe), ponieważ wskazują właśnie na szereg czynników nadzwyczajnych o obiektywnym charakterze, które mogą powodować odstąpienie przedsiębiorcy od wykonania danego przetargu. Nie było przeszkód aby takie informacje dotyczące okoliczności odstępowania od poszczególnych przetargów były przekazane w toku postępowania przed organem I instancji. Wówczas mogłyby być poddane analizie i ewentualnej weryfikacji. Z nieznanymi przyczyn, tego rodzaju informacji strony (ani później ich pełnomocnik) nie przekazały (pomimo dwukrotnego wezwania w tym zakresie) ograniczając się do ogólnikowych sformułowań dotyczących „specyfiki rynku”, co pozwoliło Prezesowi Urzędu na stwierdzenie, iż takie okoliczności nie zaistniały.

Odnosząc się z kolei do dalszych rozważań pełnomocnika stron na temat zachowań obojga przedsiębiorców, podczas przetargów przeprowadzanych w grudniu 2011 r. oraz w przeciągu roku 2012 r. mających świadczyć o braku porozumień między nimi, **nie zasługują one na uwzględnienie**, ponieważ dotyczą zachowań stron **po dacie stwierdzenia zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. po dniu 12 września 2011 r. i w związku z tym nie mają żadnego znaczenia dla sprawy**. Ponadto oczywiście jest, że po dacie wszczęcia postępowania administracyjnego i przedstawieniu zarzutów dotyczących udziału w zмовach przetargowych (co nastąpiło w lutym 2012) racjonalnie działający przedsiębiorca może zaprzestać zachowań objętych zarzutami oraz podjąć działania przeczące zarzutom. Znamienne jest również, iż po lutym 2012 r. (a nawet wcześniej,

ponieważ nie można wykluczyć, iż – wobec prowadzenia czynności w ramach postępowania wyjaśniającego przez Delegatury UOKiK we Wrocławiu i w Poznaniu, informacje w tym zakresie mogły dotrzeć do stron już nawet w trzecim kwartale 2011 r.), nie było już sytuacji, w której jedna ze stron przejmowała zlecenie po firmie współmałżonka, **co przeczy tezie o obiektywnych czynnikach i „normalności” takich sytuacji. powodujących tego typu zachowania** a wskazuje na fakt, iż strony świadomie zrezygnowały z tego typu praktyk, mając na względzie czynności prowadzone przez Prezesa Urzędu.

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

30)

Ad B) Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

W myśl art. 6 ust. 1 ustawy okik zakazane są porozumienia, **których celem lub skutkiem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. „Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02). W nawiązaniu do wcześniej przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy okik, zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. A zatem za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na ograniczenie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie, cel i skutek antykonkurencyjny porozumienia są jednoznaczne - mamy do czynienia z działaniem stron, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargu, a sprowadzających się do nieuzasadnionego odstąpienia od zawarcia umowy, celem zawarcia umowy z firmą współmałżonka, który zaoferował wyższą cenę. **Cel ten został zrealizowany** przez przedsiębiorcę Grażynę Lipianin, która wycofała swoją ofertę aby zlecenie przejęła Piekarnia Witold Lipianin. Działania stron w trakcie ww. postępowania przetargowego były ukartowane a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ z góry ustalono, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych tak jak nastąpiło to w niniejszym przypadku, oferta droższa (Piekarnia Witold Lipianin) zastąpi ofertę tańszą (Piekarnia G.W.Lipianin). **Wystąpił również skutek** w postaci zakłócenia konkurencji, a tym samym spełniona została druga przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Za chybną należy uznać argumentację pełnomocnika stron wskazującą, iż „trudno doszukiwać się jakiegokolwiek wpływu na konkurencję działania polegającego na odstąpieniu od przetargu (...)”. Pełnomocnik stron zdaje się nie zauważać ukształtowanego w tym zakresie stanowiska doktryny oraz orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Sądu Apelacyjnego, z którego jednoznacznie wynika, iż taki sposób działania

przedsiębiorców, którzy w sposób umyślny narazili organizatorów przetargów na wymierne straty finansowe poprzez konieczność wyboru droższych ofert od propozycji cenowych pochodzących od zwycięzców poszczególnych postępowań przetargowych - **czym zniwelowali prokonkurencyjny cel organizowania przetargu** - stanowi naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (np. wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt VI A Ca 203/12).

W ocenie Prezesa Urzędu spełniona została zatem druga przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na tym, że cel i/lub skutek stwierdzonego w niniejszej sprawie porozumienia miał charakter antykonkurencyjny.

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

31)

Zgodnie z art.11. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, nie wydaje się decyzji o której mowa w art. 10 ustawy okik, jeśli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać m.in. zakaz określony w art. 6 tej ustawy, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnym przetargu. Jak stwierdzono wyżej, odstąpienie od umowy przedsiębiorcy Grażyny Lipianin w celu przejęcia umowy przez Piekarnię Witold Lipianin, która w danym przetargu zaoferowała wyższą cenę oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek, czyli na pierwsze miejsce przesunęła się oferta druga pod względem ceny) uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należałoby przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 12 września 2011 r. bowiem w tym dniu dokonano wyboru najkorzystniejszej z ofert, spośród pozostałych po odstąpieniu zwycięzcy, a zatem miał miejsce ostatni z przejawów przedmiotowego porozumienia, którego cel tym samym został zrealizowany. Należy zaznaczyć, iż prowadzone w niniejszej sprawie postępowanie nie obejmowało pozostałych przetargów, w których strony postępowały według tej samej reguły, czyli po wygraniu przetargu przez jedną z firm następowało odstąpienie od realizacji umowy na rzecz firmy współmałżonka. Niemniej jednak można stwierdzić, iż istniejące dowody pośrednie świadczą o tym, że zmowa przetargowa została zrealizowana w opisanym przypadku, który miał miejsce we wrześniu 2011 r. W związku z powyższym, ze względu na brak podstaw opartych w materiale dowodowym do uznania, iż porozumienie nadal obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki

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

8. Kara pieniężna

32)

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy okik. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. „Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej” (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03).

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

W świetle orzecznictwa europejskiego, porozumienia horyzontalne w sprawie przetargów są ze swej natury jednymi spośród najbardziej poważnych naruszeń art. 101 TFUE (Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Naruszenia w tym przypadku sztucznie przekreślają i pozbawiają kontrahentów korzyści, jakich spodziewają się osiągnąć dzięki konkurencji związanych z przetargami Z tego powodu za taki udział w spiskowaniu przeciwko konkurencji, Komisja Europejska nakłada na przedsiębiorstwa bardzo wysokie kary pieniężne. (za: Z.Jurczyk, *„Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”*, Warszawa 2012, s.375).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez Grażynę Lipianin i Witolda Lipianin porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W związku z powyższym naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, co wzięto pod uwagę przy ustalaniu kwoty bazowej, stanowiącej podstawę dalszych wyliczeń, z uwzględnieniem przychodów stron osiągniętych w roku 2015, tj. w roku poprzedzającym wydanie decyzji. W odniesieniu do Grażyny Lipianin jest to kwota (...), a do Witolda Lipianin - kwota (...) zł.

33)

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności Prezes

Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dostaw hurtowych mąki i wyrobów mącznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych nie występują żadne bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek bardzo konkurencyjny. Na rynku tym działają liczni przedsiębiorcy. Z drugiej strony Prezes Urzędu wziął pod uwagę taki czynnik jak faktyczne wprowadzenie w życie porozumienia. Ponadto wzięto pod uwagę kolejny czynnik, mianowicie wymierny uszczerbek ekonomiczny po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie, ponieważ na skutek zawartej zmywy przetargowej, Areszt Śledczy we Wrocławiu będący jednostką Skarbu Państwa został pozostawiony w sytuacji, gdy musiał wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Zamawiający zawarł umowę z przedsiębiorcą Witold Lipianin, co wiązało się dla niego z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, związanych z zapłatą wyższej ceny – około 10 000 złotych. Na tym etapie wzięto pod uwagę także okoliczność, iż przetarg objęty postępowaniem stanowił niewielką część działalności obu przedsiębiorców.

Uwzględniając fakt, iż ww. czynniki wzajemnie zrównoważyły się, kwota bazowa na tym etapie ustalania kary nie uległa zmianie.

Ponadto Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził w sprawie występowania okoliczności łagodzących takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Nie uwzględniono również okoliczności zaniechania praktyki, chociaż nastąpiło ono jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania. Należy w tym miejscu podkreślić, że uznanie zaniechania za okoliczność łagodzącą w sprawie może być brane pod uwagę tylko w sytuacjach, gdy jest ono wynikiem zachowań przedsiębiorców zmierzających do zaprzestania naruszania przepisów antymonopolowych. W niniejszej sprawie – o czym wspomniano w punkcie wyżej – zaniechanie praktyki było jedynie efektem realizacji celu porozumienia. Jeśli chodzi o okoliczności obciążające, to w toku postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców Grażyny Lipianin i Witolda Lipianin miało charakter umyślny. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron oraz ich postępowanie w innych przetargach świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargu, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych.

Tak więc uwzględniając łącznie ww. okoliczności łagodzące i obciążające, kwota bazowa ustalona w poprzednim etapie uległa podwyższeniu na tym etapie o (...) %.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na Grażynę Lipianin karę w łącznej wysokości **11 754,75 zł** (słownie złotych: jedenaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt cztery 75/100), a w przypadku Witolda Lipianin, który w 2015 r. uzyskał przychody w wysokości 887 019,62 zł - kwota **10 732,93 zł** (słownie złotych: dziesięć tysięcy siedemset trzydzieści dwa 93/100).

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

34)

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

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

35)

Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. oraz w związku z art. 3 i 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesięcznym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury UOKiK
we Wrocławiu