



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Delegatura w Lublinie
20-012 Lublin, ul. Ochotnicza 10
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48,
Fax (0-81) 532-08-26
E-mail: lublin@uokik.gov.pl

Lublin, dnia 19 sierpnia 2016r.

RLU – 410 – 01/15/PM

Decyzja Nr RLU 5/2016

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. z 2009 r. poz. 887 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcom:

1. Sławomir Rybak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo i Zarządzanie Sławomir Rybak z siedzibą w Białymstoku;
2. Jan Rybak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jan Rybak „Usługi” z siedzibą w Widowie;
3. Leon Rybak prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Leon Rybak „Usługi II” z siedzibą w Tofiłowcach;

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję działanie ww. przedsiębiorców polegające na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku wycinki i pozyskiwania drewna z pasa drogowego na terenie Powiatu Bielskiego (woj. podlaskie), tj. na uzgadnianiu przez w/w przedsiębiorców w ramach przetargu publicznego ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014), warunków składanych ofert oraz innych zachowań, i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. z 2009 r. poz. 887 ze zm.), w związku ze stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję określonej w pkt I niniejszej decyzji,

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na przedsiębiorców, za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, następujące kary pieniężne:

1. na Sławomira Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo i Zarządzanie Sławomir Rybak z siedzibą w Białymstoku – **6.329,00** zł. (słownie złotych: sześć tysięcy trzysta dwadzieścia dziewięć i 00/100);
2. na Jana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Rybak „Usługi” z siedzibą w Widowie – **32.297,00** zł. (słownie złotych: trzydzieści dwa tysiące dwieście dziewięćdziesiąt siedem i 00/100);
3. na Leona Rybaka prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Leon Rybak „Usługi II” z siedzibą w Tofiłowcach – **2.935,00** zł. (słownie złotych: dwa tysiące dziewięćset trzydzieści pięć i 00/100);

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j.), w związku z art. 80 i art. 83 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

1. Sławomira Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo i Zarządzanie Sławomir Rybak z siedzibą w Białymstoku – 42,80 zł. (słownie: czterdzieści dwa i 80/100 złotych);
2. Jana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Rybak „Usługi” z siedzibą w Widowie – 42,80 zł. (słownie: czterdzieści dwa i 80/100 złotych);
3. Leona Rybaka prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Leon Rybak „Usługi II” z siedzibą w Tofiłowcach – 42,80 zł. (słownie: czterdzieści dwa i 80/100 złotych);

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

Uzasadnienie

W związku z zawiadomieniem jednego z uczestników przetargu ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014), o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie (dalej: *Prezes Urzędu* lub *organ antymonopolowy*) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy przy składaniu ofert w trakcie postępowania przetargowego prowadzonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” nie nastąpiło naruszenie przepisów w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. RLU 400-7/15/PM).(karty: 50-51)

Na podstawie analizy zgromadzonego w w/w postępowaniu wyjaśniającym materiału dowodowego Prezes Urzędu uznał, że istnieją przesłanki wskazujące na możliwość naruszenia przepisów w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Postanowieniem nr 152/15 Prezes Urzędu wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami: Sławomirem Rybakiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo i Zarządzanie Sławomir Rybak z siedzibą w Białymstoku (dalej: *Sławomir Rybak*), Janem Rybakiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Jan Rybak „Usługi” z siedzibą w Widowie (dalej: *Jan Rybak*) i Leonem Rybakiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Leon Rybak „Usługi II” z siedzibą w Tofiłowcach (dalej: *Leon Rybak*) porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku wycinki i pozyskiwania drewna z pasa drogowego na terenie Powiatu Bielskiego, polegającego na uzgadnianiu przez w/w przedsiębiorców w ramach przetargu publicznego ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014), warunków składanych ofert oraz innych zachowań, i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia, co może naruszać zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 88 ust. 2 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w/w przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o wszczęciu postępowania antymonopolowego (karty: 4-8).

W odpowiedzi na zarzut sformułowany w w/w zawiadomieniu strony przedstawiły swoje stanowiska:

Leon Rybak w piśmie z dnia 3.10.2015r. (karty: 629-630) stwierdził między innymi:

„(...) Nadmieniam, że przed przetargiem nie oglądałem fizycznie drzew przeznaczonych do sprzedaży, miałem tylko informacje z ogłoszenia o przetargu. (...) Jak dowiedziałem się o wyniku przetargu uznałem, że za dużo zaoferowałem w porównaniu do innych firm i po głębszym zastanowieniu postanowiłem napisać rezygnację z podpisania umowy. Dodatkową przyczyną było to iż byłem na zwolnieniu lekarskim, gdyż (...) trzy miesiące wcześniej uległem wypadkowi (...)”

„(...) Prawdę mówiąc jak dowiedziałem się jaka była rozbieżność pomiędzy moją ofertą a ofertą najtańszą (prawie dwa razy tańsza) i kolejnymi ofertami uznałem że się wygłupiłem. Kiedy oferty innych osób są aż tak dużo niższe to musiało oznaczać że źle ocenilem rynek.”

„(...) jeszcze raz podkreślam, że nie umawiałem się ani z Janem Rybakiem ani ze Sławomirem Rybakiem na ustalenie cen w przetargu w sierpniu 2014r. a moja rezygnacja była moją decyzją nie związaną z sytuacją żadnej z powyższych osób.”

Jan Rybak w piśmie z dnia 5.10.2015r. (karty: 639-641) stwierdził między innymi:

„Wyliczając wartość rynkową drzew wystawionych do sprzedaży (...) brałem pod uwagę podobne kalkulacje ze sprzedaży drzew przy innych przetargach dotyczących pozyskiwania drewna z pasa drogowego.”

„Zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję uważam za całkowicie bezpodstawny. Z żadnym z uczestników przetargu ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd dróg w Bielsku Podlaskim (...) nie uzgadniałem warunków mojej oferty. Sposób kalkulacji ceny był moją własną decyzją opartą o dotychczasowe doświadczenie i znajomość rynku drzewnego. Wycofałem swoją ofertę z przetargu, gdyż różnica pomiędzy ceną mojej oferty a kolejnymi uczestnikami przetargu była tak duża, że zorientowałem się iż, przelicytowałem się. Po ogłoszeniu cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników przetargu uznałem, że brnięcie w umowę po cenach o kilkadziesiąt procent wyższych od innych wykonawców jest błędem. (...) duży wpływ na taką decyzję miał fakt, że w tym czasie miałem zagwarantowaną pracę na długi okres.”

„Wszczynając niniejsze postępowanie Prezes UOKiK sugeruje się głównie moim pokrewieństwem ze Sławomirem Rybakiem i Leonem Rybakiem, który to fakt jest niezaprzeczalny, ale nie może automatycznie, że uwikłałem się z braćmi w niedozwolone porozumienia zmierzające do ograniczenia konkurencji.”

Sławomir Rybak w piśmie z dnia 19.10.2015r. (karty: 656-658) stwierdził między innymi:

„Zarzut dotyczący zawarcia przeze mnie wspólnie z innymi osobami (Janem Rybakiem i Leonem Rybakiem) porozumienia ograniczającego konkurencję (...), traktuje jako nieporozumienie. Wbrew powyższemu zarzutowi, z żadną z ww. osób nie uzgadniałem warunków ani mojej oferty, ani ofert tych osób. Po zapoznaniu się z uzasadnieniem zarzutu stwierdzam, że opiera się on głównie na przypuszczeniu, że skoro istnieją więzy rodzinne pomiędzy mną a dwoma innymi oferentami, to musiałem znać treść ich ofert i co więcej, wejść z nimi w porozumienie w celu

*ograniczenia konkurencji. Powyższy sposób rozumowania jest błędny, a wniosek nieprawdziwy. Moja oferta była wynikiem konkretnej i rzeczowej kalkulacji, (...)”
 „Wartość drzew wystawionych do przetargu (...) oszacowałem na podstawie aktualnej wartości rynkowej drewna tartacznoego i biomasy.”*

Organ antymonopolowy postanowieniem nr 153/15 z dnia 15.09.2015r. (karty: 12-13) zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym całość materiału dowodowego pozyskanego w trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego w sprawie wstępnego ustalenia, czy przy składaniu ofert w trakcie postępowania przetargowego prowadzonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” nie nastąpiło naruszenie przepisów w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. RLU 400-7/15/PM).

W dniu 29.04.2016r. Prezes Urzędu przesłał stronom postępowania dokument „Szczegółowe uzasadnienie zarzutów” (karty: 695-702), poprzedzający wydanie niniejszej decyzji, informujący w sposób wyczerpujący przedsiębiorców o stawianych zarzutach i umożliwiającą im przedstawienie po raz kolejny swojego stanowiska stosownie do art. 74 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na „Szczegółowe uzasadnienie zarzutów” strony postępowania podtrzymały swoje stanowisko przedstawione w trakcie prowadzonego postępowania i nie przedstawiły żadnych nowych okoliczności lub dowodów, które mogłyby wpłynąć na merytoryczne rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Przedsiębiorcy (strony postępowania)

- **Leon Rybak** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Leon Rybak „Usługi II” z siedzibą w Tofiłowcach, data rozpoczęcia działalności 16.01.2000r., prowadzi działalność gospodarczą między innymi w zakresie usług związanych z pozyskiwaniem drewna (kod PKG: 02.20.Z) (Karta: 53).

- **Jan Rybak** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jan Rybak „Usługi” z siedzibą w Widowie, data rozpoczęcia działalności 8.10.1998r., prowadzi działalność gospodarczą między innymi w zakresie usług związanych z pozyskiwaniem drewna (kod PKG: 02.20.Z) (Karta: 54)

- **Sławomir Rybak** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo i Zarządzanie Sławomir Rybak z siedzibą w Białymstoku data rozpoczęcia działalności 20.11.2000r., prowadzi działalność gospodarczą między innymi w zakresie usług związanych z leśnictwem (kod PKG: 02.20.Z) (Karta: 52)

Postępowanie przetargowe

Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim ogłosił w dniu 6.08.2014r. pisemny przetarg ofertowy „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg

powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” -znak: T.343.2.S.2014 (karty. 187-198).

Z SIWZ w/w zamówienia wynika, że przedmiotem przetargu była sprzedaż 601 sztuk drzew na pniu z pasa drogowego, a jedynym kryterium wyboru oferty była najwyższa cena (100%). W ogłoszeniu była podana cena wywoławcza zamówienia – 82.679,51 zł., a termin zakończenia usługi został wyznaczony na 31.03.2015 r. (karta: 196)

Oferty złożyło 4 przedsiębiorców, w tym trzech z nich Leon Rybak, Jan Rybak i Sławomir Rybak – strony niniejszego postępowania, oferty złożyło w tym samym czasie.

Poniżej przedstawiono złożone oferty (kolejno od najwyższej do najniższej ceny):

- 1.) Leon Rybak, data złożenia oferty: 18.08.2014 r. godz. 9:50; (karta: 179), wartość: 193.100,00 zł (karta: 137)
- 2.) Jan Rybak, data złożenia oferty: 18.08.2014 r. godz. 9:50 (karta: 180), wartość: 164.200,00 zł. (karta:150);
- 3.) Sławomir Rybak, data złożenia oferty: 18.08.2014 r. godz. 9:50 (karta: 178), wartość: 130.400,50 zł (karta: 124)
- 4.) PPHU SŁAWEX Sławomir Szczuchniak z siedzibą w Pieszowoli, data złożenia oferty: 14.08.2014 r. (karta: 182), wartość: 104.840,06 zł. (karta: 163).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 18.08.2014r. o godz. 10.10.

Na otwarciu ofert było obecnych dwóch oferentów: Sławomir Rybak oraz Jan Rybak (karta:185).

W tym samym dniu (18.08.2014r.) – po poznaniu wszystkich ofert złożonych w ramach w/w przetargu, dwaj przedsiębiorcy, których oferty były najwyższe: Leon Rybak oraz Jan Rybak jednocześnie (kolejne numery porządkowe na prezentatach) złożyli pisemne rezygnacje z podpisania umowy w ramach w/w przetargu bez podania przyczyn (karty: 122-123). W związku z powyższym zamawiający, w dniu 19.08.2014 r. dokonał wyboru następnej najkorzystniejszej oferty (z ceną niższą niż poprzednie) Sławomira Rybaka (karta: 117).

W dniu 4.09.2014r. została podpisana Umowa Nr 43/2014 (Karty: 65-67) pomiędzy zamawiającym i Sławomirem Rybakiem na realizację zadania będącego przedmiotem w/w przetargu.

W ramach prowadzonego postępowania Prezes Urzędu dodatkowo ustalił:

1. W latach 2013-2015 strony niniejszego postępowania uczestniczyły również w innych przetargach (organizowane przez inne podmioty niż Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim) związanych z wycinką drzew z pasa drogowego:

- Jan Rybak uczestniczył w siedmiu przetargach organizowanych przez: Zarząd Dróg Powiatowych w Hajnówce i Powiatowy Zarząd Dróg w Siemiatyczach. (Karta: 233)

- Leon Rybak uczestniczył w trzech przetargach organizowanych przez: Powiatowy Zarząd Dróg w Siemiatyczach, Starostwo Powiatowe w Łolicach i Gminę Nurzec Stacja (Karta: 270)

- Sławomir Rybak uczestniczył w siedmiu przetargach organizowanych przez: Gminę Czeremcha, Gminę Narewka, Gminę Nurzec Stacja, Zarząd Dróg Powiatowych w Hajnówce i Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku. (Karta: 294)

2. Strony postępowania zgodnie oświadczyły (karty: 231, 268, 292), że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej współpracowali ze sobą:

- usługi transportowe świadczone przez Sławomira Rybaka na rzecz Jana Rybaka (karty: 691-693),

- usługi zrębkowania przez Jana Rybaka na rzecz Leona Rybaka (karty: 685, 690),

- sprzedaż zrębek opałowych przez Leona Rybaka na rzecz Jana Rybaka (karta: 686, 689).

3. Pomiędzy stronami niniejszego postępowania istnieją powiązania rodzinne – przedsiębiorcy są braćmi (karty: 231, 268, 292).

4. Leon Rybak uległ wypadkowi w dniu 10.05.2014r., i przebywał na zwolnieniach lekarskich w dniach: 23.09.2014-27.10.2014 oraz 28.10.2014-17.11.2014. (Karty: 278-279)

5. Jan Rybak realizował w latach 2014-2016 usługi związane z pozyskiwaniem drewna w ramach umów zawartych z innymi podmiotami: UNIBEP SA, Zarząd Dróg Powiatowych w Hajnówce. (Karta: 232)

6. Strony postępowania zgodnie oświadczyły, że każda z nich dysponuje własnym sprzętem niezbędnym do ewentualnej realizacji zamówienia w ramach przetargu z dnia 6.08.2014r. pisemny przetarg ofertowy „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” -znak: T.343.2.S.2014. (Karty: 293, 269, 232)

7. Przy realizacji zamówienia w ramach przetargu z dnia 6.08.2014r. (znak: T.343.2.S.2014) zwycięzca Sławomir Rybak korzystał z pomocy jednej ze stron niniejszego postępowania – Jana Rybaka (karta: 293) – użyczenie sprzętu.

8. W ramach prowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił również, że strony niniejszego postępowania uczestniczyły we wcześniejszym przetargu ogłoszonym również przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie powiatu bielskiego” z dnia 14.08.2012 r. (znak: T.343.1.S.2012).

Oferty w/w przedsiębiorców zostały złożone w tym samym czasie (różnica jednej minuty):

- a) Sławomir Rybak, wartość oferty: 24.505,92 zł data złożenia oferty: 14.08.2012 r. godz. 9:56; (karta: 590);
- b) Jan Rybak, wartość oferty: 36.758,88 zł., data złożenia oferty: 14.08.2012 r. godz. 9:55; (karta: 591)
- c) Leon Rybak, wartość oferty: 14.677,95 zł., data złożenia oferty: 14.08.2012 r. godz. 9:54; (karta: 592)

Na otwarciu ofert było obecnych dwóch oferentów: Sławomir Rybak oraz Jan Rybak. (karta:519)

Dwaj z w/w przedsiębiorców: Jan Rybak oraz Sławomir Rybak których oferty były najwyższe w dniu 14.08.2012r zrezygnowali jednocześnie (kolejne numery porządkowe na prezentatach) z podpisania umów (bez podania przyczyn) (karty: 542-543) co pozwoliło podpisać umowę na realizację zamówienia przez ich brata Leona Rybaka. (karta: 540)

9. W trakcie przeprowadzonego niniejszego postępowania Prezes Urzędu ustalił, na podstawie deklaracji podatkowych stron postępowania, obrót przedsiębiorców osiągnięty w 2015r. przez Sławomira Rybaka (karty: 709-715) i Jana Rybaka (karty: 770-774) oraz obrót osiągnięty przez Leona Rybaka w latach 2013, 2014 i 2015 (karty: 803-807, 633-637, 739-743).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na zawarciu pomiędzy nimi porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku wycinki i pozyskiwania drewna z pasa drogowego na terenie Powiatu Bielskiego, polegającego na uzgadnianiu przez w/w przedsiębiorców w ramach przetargu publicznego ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014), warunków składanych ofert oraz innych zachowań, i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia.

Interes publiczny

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. Podejmując więc działania określone w przywołanej ustawie, Prezes Urzędu występuje w funkcji rzecznika interesu publicznego¹.

¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

Ochrona interesu publicznego oznacza, iż organ antymonopolowy „ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”².

Zgodnie z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Oznacza to, iż ustawodawca za pośrednictwem przywołanego przepisu wprowadził zasadę ochrony konkurencji „jako zjawiska instytucjonalnego, czyli zachowania takiego status quo na rynku właściwym, które pozwoli na podejmowanie przez przedsiębiorców autonomicznych (samodzielnych) decyzji rynkowych”³.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, czyli zarzutu zawarcia zmywy przetargowej został naruszony interes publicznoprawny, poprzez zniekształcenie zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron tego 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” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

W związku z powyższym, w niniejszej sprawie, w ocenie organu antymonopolowego, istniały podstawy do podjęcia działań - w interesie publicznym - na podstawie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

Status przedsiębiorcy

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazujące praktyk ograniczających konkurencję stosuje się do przedsiębiorców i ich związków. Przy czym, stosownie do art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć mowa w niej o przedsiębiorcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także między innymi: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu.

Nie ulega więc wątpliwości, że strony niniejszego postępowania wpisane do Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (Karty: 52, 53, 54) i prowadzące działalność we własnym imieniu i na własny rachunek są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

³ C. Banasiński [red.], *Ustawa o ochronie konkurencji konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2009, s. 180.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania uczestników niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 w/w ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji. Pod pojęciem towarów rozumieć należy, w myśl art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

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 jakości⁴. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów.

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

Przedmiotem zarzutów w niniejszej sprawie jest zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez przedsiębiorców uczestniczących w przetargu publicznym ogłoszonym przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014).

Przedmiotem w/w przetargu była sprzedaż 601 sztuk drzew na pniu z pasa drogowego. Oznacza to, że przedsiębiorcy uczestniczący w w/w zamówieniu w celu realizacji zadania muszą wyciąć drzewa zlokalizowane w pasie drogowym i pozyskać z nich drewno w celu dalszej odsprzedaży.

Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając, że przedmiotem przetargu była sprzedaż drzew „na pniu” i związana z tym konieczność wycinki drzew i pozyskania z nich drewna, przyjęto, iż rynkiem właściwym produktowo będzie rynek wycinki i pozyskiwania drewna.

Zdaniem Prezesa Urzędu, rynek właściwy w ujęciu geograficznym w niniejszej sprawie powinien zostać zdefiniowany jako rynek lokalny obejmujący Powiat Bielski (woj. podlaskie). To właśnie na tym terenie znajdowały się drzewa

⁴ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

– przedmiot ogłoszonego przetargu. Za takim ujęciem rynku właściwego przemawia również fakt, że w niniejszej sprawie konkurencja polegała na zdobyciu określonego zamówienia publicznego realizowanego na w/w terenie. Przybrała więc postać rywalizacji o ściśle określony, również geograficznie, rynek obejmujący powiat bielski (woj. podlaskie), ponadto najprawdopodobniej na tym obszarze mają siedziby przedsiębiorcy, którzy byłiby skłonni realizować zamówienie.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że szersza lub węższa definicja rynku – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym – a także ich struktura, nie mają znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ w przypadku porozumień ograniczających konkurencję nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Na zdefiniowanym przez Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie rynku właściwym działa wielu przedsiębiorców i nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji, w tym ustalenie udziałów uczestników porozumienia w tym rynku, z tego względu, że porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert oraz innych zachowań, i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności (*kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części decyzji*).

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na lokalnym rynku wycinki i pozyskiwania drewna z pasa drogowego na terenie Powiatu Bielskiego (woj. podlaskie).

Porozumienie ograniczające konkurencję

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdza 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:

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

Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy

podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”⁵. Należy również odwołać się do orzecznictwa unijnego, w którym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „*wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób*”⁶.

Przedmiotem uzgodnienia, o którym mowa w w/w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, są warunki składanych ofert. Nie muszą to być warunki o podstawowym znaczeniu dla rozstrzygnięcia przetargu (czyli dotyczące zakresu prac oraz ceny); uzgodnienie może dotyczyć warunków mniej istotnych. Podstawę do takiej interpretacji daje treść w/w przepisu, w którym ustawa wymienia "zakres prac" oraz "cenę" jedynie jako przykłady typowych elementów walki przetargowej.

Istotą zakazanych porozumień 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 (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt: VI ACa 1146/04).

Jednocześnie w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, iż wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. „*Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję*” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

⁵ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09.

⁶ Wyrok Sądu w sprawie T-7/89 SA *Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji*, wyrok Sądu w sprawie T-305/94 NV *Limburgse Wijnl Maatschappij przeciwko Komisji*.

Przywołane powyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Stosownie bowiem do treści przepisu art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.), 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 wprowadzić z innych ustalonych faktów.

Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być więc ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich⁷.

W celu ustalenia, czy przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia w/w przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

1. przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz innych zachowań i doprowadzili w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę;
2. cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny.

Ad. 1.

Okoliczności i argumenty świadczące na zawarcie porozumienia przez strony niniejszego postępowania wskazują następujące fakty:

- a.) skoordynowane działania stron postępowania w związku z uczestnictwem w przedmiotowym przetargu.
- b.) kontakty (powiązania) pomiędzy stronami.

Ad. 1a.) Na skoordynowane działania stron postępowania w związku z uczestnictwem w przedmiotowym przetargu przemawiają następujące fakty:

1. Ten sam termin złożenia przez strony niniejszego postępowania ofert w ramach przetargu (18.08.2014r. godz. 9:50);
2. Zachowanie w trakcie przetargu – odmowy podpisania umów przez dwóch przedsiębiorców bez podania przyczyn (złożenie rezygnacji w tym samym czasie) skutkujące podpisaniem umowy dopiero z trzecim w kolejności oferentem, który złożył ofertę z najniższą ceną spośród stron postępowania;

Zdaniem Prezesa Urzędu duże różnice kwotowe złożonych ofert (rozpiętość pomiędzy złożonymi ofertami przez strony postępowania) w ramach przedmiotowego przetargu wynoszące odpowiednio 28.900,00 zł. i 33.799,50 zł. mogą wskazywać na wspólną strategię rozstawiania ofert. Należy zauważyć, że w/w przedsiębiorcy mieli duże doświadczenie związane z usługami wycinki i pozyskiwaniem drewna (wyceną świadczonych usług). Dodatkowo jeden z nich (Leon Rybak) przyznał, że przed przetargiem w ogóle nie oglądał fizycznie drzew

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego, III SK 6/06, Dz.Urz. UOKiK 2007/3/39.

przeznaczonych do sprzedaży Tak duża rozpiętość cenowa świadczyć może więc o skoordynowanym działaniu, polegającym na tym, że wartości tychże ofert były tak skalkulowane, aby istniała ewentualność rezygnacji przez któregoś z w/w przedsiębiorców z podpisania umowy z zamawiającym w przypadku możliwości zawarcia umowy bardziej korzystnej dla innego z nich.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na podobne zachowanie w trakcie wcześniejszego przetargu z dnia 14.08.2012r. (znak: T.343.1.S.2012) w którym uczestniczyli w/w przedsiębiorcy:

- ten sam termin złożenia przez strony niniejszego postępowania ofert w ramach tego przetargu (14.08.2012r. godziny: 9:54, 9:55, 9:56);
- odmowy podpisania umów przez dwóch przedsiębiorców (złożenie rezygnacji w tym samym czasie) skutkujące podpisaniem umowy dopiero z trzecim w kolejności oferentem, który złożył ofertę z najniższą ceną spośród stron postępowania.

Ad. 1b.) W trakcie prowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił również, że:

- istnieją powiązania rodzinne pomiędzy stronami niniejszego postępowania, co umożliwiło przedsiębiorcom swobodną wymianę informacji – strony postępowania są braćmi.
- istnieją powiązania gospodarcze – zgodnie z oświadczeniami stron postępowania dochodziło do wcześniejszej współpracy pomiędzy stronami postępowania w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej (świadczenie usług transportowych, usługi zrębkowania, wzajemna sprzedaż zrębek opałowych), jak również współpraca dotyczyła realizacji zamówienia w ramach w/w przetargu z dnia 18.08.2014r. (użyczenie sprzętu)

Nawet gdyby przyjąć, że każda ze wskazanych przesłanek (odmowa podpisania umów, istniejące między stronami powiązania, współpraca przedsiębiorców w ramach prowadzonej działalności gospodarczej), oceniana samodzielnie, nie stanowi wystarczającego dowodu na istnienie porozumienia między przedsiębiorcami, to ich łączne występowanie nie może być ocenione jako działanie przypadkowe, a tym samym świadczy o zawarciu zakazanego porozumienia.

Reasumując, powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad doświadczenia życiowego wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że strony niniejszego postępowania działały w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Zdaniem Prezesa Urzędu strony niniejszego postępowania działały w porozumieniu polegającym na ustaleniu, która z nich wygra w w/w przetargu wobec wycofania się pozostałych przedsiębiorców z podpisania umowy.

W tym miejscu należy podnieść, że Prezes Urzędu nie daje wiary wyjaśnieniom stron postępowania, które odmówiły podpisania umowy z zawiadamiającym.

Leon Rybak stwierdził, że uległ wypadkowi w maju 2014r. i przebywał potem na zwolnieniu lekarskim jednakże w dniu złożenia ofert (sierpień 2014), zdaniem

Prezesa Urzędu, był świadom swojego stanu zdrowia i technicznych możliwości realizacji zadania, potwierdzając to posiadaniem odpowiednich maszyn i urządzeń.

Tłumaczenie Jana Rybaka, że posiadał duży portfel zamówień również nie jest przekonywujące, ponieważ przed momentem składania swojej oferty znał ilość realizowanych zamówień i był świadom technicznych możliwości realizacji zadania, potwierdzając to posiadaniem odpowiedniego maszyn i urządzeń.

Nieprzekonywujące są również wyjaśnienia stron postępowania dotyczące różnego sposobu wyceny ofert. Należy podkreślić, że różnica pomiędzy ofertą najdroższą (Leon Rybak – 193.100,00 zł.), a ofertą zwycięską w przetargu (Sławomir Rybak – 130.400,50) wynosiła 62.699,50 zł czyli ok. 48%. Zdaniem Prezesa Urzędu, brak jest racjonalnego wytłumaczenia innego niż zawarcie porozumienia, iż przedsiębiorcy, prowadzący działalność gospodarczą, której celem jest zysk, posiadający tak duże doświadczenie w realizacji usług związanych z wycinką i pozyskiwaniem drewna, mogli przeszacować swoje oferty w tak dużym stopniu.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności (odmowy podpisania umów, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, pozwala w sposób całkowicie uzasadniony wyprowadzić wnioski o zawarciu przez strony niniejszego postępowania zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Należy przy tym podnieść, że udowodnienie zaistnienia tzw. „zmowy przetargowej” często musi opierać się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazywać mogą jedynie na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo takiego porozumienia. Z uwagi bowiem na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż wykazano spełnienie pierwszej z przesłanek wskazującej na zawarcie, przez strony niniejszego postępowania, porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz innych zachowań i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę.

Ad. 2

Art. 6 ust. 1 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.

W niniejszym postępowaniu, Prezes Urzędu zgromadził materiał dowodowy wskazujący na koordynację zachowań stron postępowania /praktyki uzgodnione/ (wspólne składanie ofert, a później odmowa podpisania umów na warunkach mniej korzystnych dla oferentów). Cel działania przedsiębiorców, zdaniem Prezesa Urzędu, jest jednoznaczny - ograniczenie konkurencji.

Koordynacja działań (odmowa podpisania umów) 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. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku uzgodnionego działania przedsiębiorców przystępujących do przetargu. Skutkiem tych działań była wygrana w przetargu i zawarcie umowy na warunkach innych niż te, które byłyby osiągnięte w wyniku rzeczywistej konkurencji, a więc cel w/w porozumienia został osiągnięty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż wykazano spełnienie drugiej z przesłanek w postaci antykonkurencyjnego celu zawartego porozumienia.

Podkreślenia wymaga również fakt, że skoordynowane działania stron postępowania w ramach przetargu z 2014 roku ogłoszonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „Sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie m. Brańsk i Gm. Bielsk Podlaski” (znak postępowania: T.343.2.S.2014) doprowadziło do wygrania tego zamówienia przez Pana Sławomira Rybaka, który złożył najniższą ofertę, a wcześniejsze podobnie skoordynowane działania w/w przedsiębiorców w ramach przetargu ogłoszonego również przez Powiatowy Zarząd Dróg w Bielsku Podlaskim „sprzedaż drzew »na pniu« z pasa drogowego dróg powiatowych na terenie powiatu bielskiego” z dnia 14.08.2012 r. (znak: T.343.1.S.2012) doprowadziły do wygrania zamówienia przez inną stronę niniejszego postępowania – Pana Jana Rybaka, który złożył również najniższą ofertę. Zdaniem organu antymonopolowego oznacza to, że poprzez swoje działania w/w przedsiębiorcy uzyskali konkretne korzyści ekonomiczne polegające na tym, że przy realizacji zamówień wydatkowali mniejsze kwoty na zakup drewna.

Możliwość wyłączenia porozumienia spod zakazu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada de minimis – wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne – na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę de minimis przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki: - przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego; - zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści; - nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów; - nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów, spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest niemożliwe. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca

Zaniechanie stosowanej praktyki

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszej decyzji jest uzgadnianie warunków składanych ofert oraz innych zachowań, i doprowadzenie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował niższą cenę za wykonanie zamówienia. Niniejsze postępowanie przetargowe, w którym uczestniczyły strony postępowania, zostało rozstrzygnięte przez zamawiającego w dniu, zaś umowa

została podpisana w dniu 04.09.2014r, W tych okolicznościach należało przyjąć, iż praktyka zaniechana została w dniu podpisania umowy

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

Kary pieniężne

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, *„Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9”*.

Zgodnie z art. 106 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro (w niniejszej sprawie 426 150 zł po przeliczeniu na złote, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy), Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Natomiast zgodnie z art. 106 ust. 6 tej ustawy, w przypadku gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro (42.615 zł po przeliczeniu na złote, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy).

W ramach prowadzonego postępowania Prezes Urzędu, na podstawie deklaracji podatkowych jako podstawę wyliczenia kary dla przedsiębiorców: Sławomir Rybak i Jan Rybak – przyjął obrót osiągnięty przez tych przedsiębiorców w 2015r. oraz dla Leona Rybaka średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary.

Nałożenie administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Niemniej, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym *„skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej”*⁸.

Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która

⁸ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że zachodzą przesłanki do nałożenia na przedsiębiorców kar pieniężnych.

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, w związku organ antymonopolowy przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych za wskazane porozumienie na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli.

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (ustalona na podstawie % przychodu w zł.)
1	Sławomir Rybak	5.230,30
2	Jan Rybak	26.691,54
3	Leon Rybak	2.425,40

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu 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. Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że rynek wycinki

i pozyskiwania drewna jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców, i na którym nie występują istotne bariery wejścia.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli organizatorów przetargów. Przedsiębiorcy doprowadzili bezpośrednio do zamierzonego przez nich skutku – uzyskania zamówienia po niższej cenie. Powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron postępowania uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na strony postępowania postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 10%.

W związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość kształtowałyby się następująco:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (zł.)	Kara podwyższona o 10% (zł.)
1	Sławomir Rybak	5.230,30	5.753,33
2	Jan Rybak	26.691,54	29.360,70
3	Leon Rybak	2.425,40	2.667,93

Kalkulując wymiar kary pieniężnej nałożonej na w/w przedsiębiorców, organ antymonopolowy wziął także pod uwagę długotrwałość naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. W niniejszej sprawie zarzucana praktyka stosowana przez w/w przedsiębiorców nie była długotrwała, w związku z powyższym okres naruszenia nie wpłynął na kalkulację wysokości kar.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające wymienione w art. 111 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W niniejszej decyzji stwierdzono zaniechanie stosowania zakazanej praktyki jednakże zaniechanie to nie wynikało z podjętych z własnej inicjatywy działań przedsiębiorców, których celem byłoby zaprzestanie naruszenia. Zaniechanie to wynikało z samego charakteru postępowania przetargowego, które zostało rozstrzygnięte i na jego podstawie podpisana została umowa z wykonawcą. W związku z tym stwierdzenie zaniechania stosowania praktyki w niniejszej sprawie nie może stanowić okoliczności łagodzącej. Prezes Urzędu wziął pod uwagę pozostałe okoliczności łagodzące wymienione w w/w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jednakże nie stwierdził aby wystąpiły one w niniejszej sprawie (np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, czy dobrowolne usunięcie skutków naruszenia).

Jeżeli natomiast chodzi o okoliczności obciążające to uznano, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny, co potwierdzają dowody wskazujące na

koordynację ich zachowań. Wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą o tym, że przedsiębiorcy świadomie uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych.

Powyżej wymienioną okoliczność obciążającą i brak okoliczności łagodzących uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na w/w przedsiębiorców postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 10%.

W związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość kształtowałyby się następująco:

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (zł.)	Kara podwyższona o 10% (zł.)
1	Sławomir Rybak	5.753,33	6.328,66
2	Jan Rybak	29.360,70	32.296,77
3	Leon Rybak	2.667,93	2.934,73

Kara nakładana przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyk ograniczających konkurencję służy podkreśleniu naganności ocenianych zachowań. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie opisane wyżej okoliczności. Orzeczona kara powinna również stanowić dolegliwość dla stron postępowania antymonopolowego tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstraszającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji kary w wysokości (po zaokrągleniu do pełnych złotych):

Sławomir Rybak – **6.329,00** zł. (słownie złotych: sześć tysięcy trzysta dwadzieścia dziewięć i 00/100),

Jan Rybak – **32.297,00** zł. (słownie złotych: trzydzieści dwa tysiące dwieście dziewięćdziesiąt siedem i 00/100),

Leon Rybak – **2.935,00** zł. (słownie złotych: dwa tysiące dziewięćset trzydzieści pięć i 00/100).

Wysokość w/w kar pieniężnych mieści się poniżej maksymalnej wysokości kary jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie.

Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu, w/w kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości.

W związku z powyższym orzeka się, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.), do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w łącznej wysokości **128,40 zł**, czyli **42,80 zł** w przypadku każdej ze stron postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt III sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000**.

Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w **NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000** w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Lublinie.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 81 ust. 5 tejże ustawy w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, można wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Lublinie w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Ewa Wiszniowska
Dyr. Del. UOKiK w Lublinie*