



RWR-411-501/16/JB

Wrocław, dn.15 maja 2017 r.

Decyzja nr RWR 1/2017

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229) 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 wykonywania robót budowlano-remontowych, pomiędzy przedsiębiorcami:

- Ireneusz Nowosza, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w Zarębie,
- Robert Droszcz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
- Justyna Droszcz, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu,

polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej wyżej ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 23), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się postępowanie antymonopolowe przeciwko przedsiębiorcom:

- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,

w sprawie podejrzenia zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami:

- Ireneusz Nowosza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w Zarębie,
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
- Robert Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
- Justyna Droszcz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu,

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku wykonywania robót budowlano-remontowych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej wyżej ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na:

- Ireneusza Nowoszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w Zarębie **karę pieniężną w wysokości 23 839,93 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych 93/100) płaćną do budżetu państwa,
- Roberta Droszcz, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu **karę pieniężną w wysokości 77 016,72 zł** (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy szesnaście złotych 72/100) płaćną do budżetu państwa,
- Justynę Droszcz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu **karę pieniężną w wysokości 33 020,28 zł** (słownie: trzydzieści trzy tysiące dwadzieścia złotych 28/100) płaćną do budżetu państwa.

IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, **obciąża się kosztami postępowania:**



- Ireneusza Nowoszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w Zarębie w **wysokości 25,00 zł** (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatną do budżetu państwa,
- Roberta Droszcz, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu w **wysokości 25,00 zł** (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatną do budżetu państwa,
- Justynę Droszcz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu w **wysokości 25,00 zł** (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatną do budżetu państwa.

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

Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również „Prezesem Urzędu” „Prezesem UOKiK” lub „organem antymonopolowym”) postępowania wyjaśniającego o sygnaturze akt RWR 400-36/15/JB w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargach na usługi budowlane organizowanych na terenie powiatu lwóweckiego, naruszają przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W toku ww. postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, że są podstawy do podejrzenia, iż następujący przedsiębiorcy:

- Ireneusz Nowosza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w miejscowości Zaręba (dalej również „Zakład Nowosza”),
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu (dalej również „ZBI RICARDO”),
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu (dalej również „FPUH RICARDO”),
- Robert Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu (dalej również „ROBERTO”),
- Justyna Droszcz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu (dalej również „ELEKTROBUD”),

w związku z udziałem w przetargach o udzielenie zamówień publicznych dotyczących robót remontowo - budowlanych mogli zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję.



Wobec powyższego - Postanowieniem nr RWR 52/2016 z dnia 5 lipca 2016 r. - zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez ww. przedsiębiorców powyżej opisanego porozumienia.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzlecu w piśmie z dnia 25 lipca 2016 r. wskazał, iż zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej z dniem 31 stycznia 2016 roku. Od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia 31 stycznia 2016 r. działalność ta była zawieszona. Z informacji dostępnych w CEIDG wynika, iż ww. przedsiębiorca z dniem 31 stycznia 2016 r. zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej (w dniu 12 lutego 2016 r. nastąpiło wykreślenie z CEIDG). Niemniej jednak, w trakcie ww. postępowania wyjaśniającego nie poinformował o tym fakcie organu antymonopolowego.

W toku postępowania przedsiębiorcom zostało przedstawione „Szczegółowe uzasadnienie zarzutów” (SUZ) – pismo, w którym Prezes Urzędu omówił wszystkie istotne fakty oraz dowody, na podstawie których zamierza oprzeć decyzję wraz z oceną prawną tych faktów. Strony postępowania odniosły się do tego pisma.

W odpowiedzi na SUZ, Ireneusz Nowosza (Zakład Nowosza), pismem z dnia 13 lutego 2017 r. oświadczył m.in.,:

- *W odniesieniu do zarzutu nieskutecznego uzupełniania ofert Wykonawca podnosi, że za każdym razem przedkładał merytoryczne wyjaśnienia, co do treści składanych dokumentów, jak składał żądane przez Zamawiającego dokumenty. Fakt, że dokumenty te nie zawsze spełniały wymagania zamawiającego w zakresie postawionych warunków udziału w postępowaniu, nie oznacza jeszcze, że czynności te miały charakter celowy. Wobec trudnej sytuacji na rynku budowlanym, Wykonawca starał się przystępować do jak największej liczby przeprowadzanych postępowań przetargowych, nie zawsze zdążając przygotować ofertę zgodnie z wymogami postawionymi przez zamawiającego. Braki w ofercie wynikały zatem, nie tylko z ograniczenia czasu na ich rzetelne przygotowanie, ale były też często spowodowane całkowitą nieświadomością ich popełnienia.*
- *Przedsiębiorca odniósł się również do sytuacji, która miała miejsce w toku przeprowadzonego „przetargu nr 3”, a dotyczy wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia przyczyn określenia ceny oferty na zbyt niskim poziomie. Stwierdził, iż „w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia, w tym przedstawienia dowodów dot. elementów mających wpływ na cenę, wobec podejrzenia zamawiającego, że jest ona rażąco niska, Wykonawca zapewnił, że cena oferty została rzetelnie skalkulowana i wyceniona zgodnie z SIWZ, a zadanie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny i gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia. Wykonawca nie miał wiedzy, że składając uzasadnienie w tym zakresie, winien przedstawić konkretne wyliczenia i czynniki cenotwórcze, mające wpływ na ogólną cenę oferty. Wykonawca założył, że przedstawione wyjaśnienia będą wystarczające, nie mając świadomości, że zostanie to potraktowane jako świadome zaniechanie, a następnie będzie stanowiło zarzut przeciwko Wykonawcy”.*
- *„Ewentualne błędy popełnione w ofertach, czy też sporadyczne sytuacje, w których wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu nigdy nie były konsekwencją celowego działania wykonawcy, tylko braku odpowiedniej wiedzy, bądź zrozumienia stawianych przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie zdawał sobie sprawy, że wskazane zaniechania mogą zostać odczytane jako działania o charakterze bezprawnym”.*

Robert Droszcz (ROBERTO), po zapoznaniu się z SUZ, w piśmie z dnia 10 lutego 2017r. wskazał, iż do powołanych w SUZ okoliczności ww. przedsiębiorca ustosunkował się już w toku postępowania. Uzupełniając jedynie dotychczasowe stanowisko stwierdził, iż:

- *W odniesieniu do Przetargu nr 1 („Budowa boiska wielofunkcyjnego na terenie Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Gryfowie Śl.”) organizowanego przez Powiat Lwówecki (...) zaprzeczam, jakoby moja oferta w tym przetargu złożona została przez tę samą osobę, która składała ofertę nr 2 lub ofertę nr 3. Jak już wcześniej wyjaśniałem, moja oferta prawdopodobnie (podkreśl. UOKiK) złożona została w tym postępowaniu przez mojego pracownika, p. D.B. Nie jest możliwe, aby ww. osoba składała także oferty innych uczestników tego postępowania (...). Nie mogę również zgodzić się z zarzutem (...) według którego okolicznością wskazującą na współpracę trzech przedsiębiorców (...) w celu zapewnienia wygranej droższej ofercie w rozpatrywanym przetargu jest działanie ww. przedsiębiorców polegające na wycofywaniu (nieuzupełnianiu) ofert, przy czym - w moim przypadku – to nieuzupełnienie oferty miałoby polegać na zaniechaniu przedstawienia oświadczenia osoby, która miała zostać kierownikiem budowy w ramach tej inwestycji, o wyrażeniu zgody na pełnienie tej funkcji (nieuzupełnienie załącznika nr 5) oraz niewyjaśnieniu wątpliwości zamawiającego związanych z załącznikiem nr 7, dotyczącym ewentualnych podwykonawców. W kontekście podniesionych przez organ antymonopolowy zarzutów wskazuję, iż przyczyny takiego stanu rzeczy zostały przeze mnie szczegółowo opisane w piśmie z dnia 10 listopada 2015 r. Tytułem przypomnienia wskazuje na okoliczność pełnienia obowiązków związanych z procedurami przetargowymi przez mojego pracownika (D.B.), która w ostatnim tygodniu lipca 2015 r. udała się na urlop wypoczynkowy, a następnie na zwolnienie lekarskie w związku z ciężką, przez co wszelkie obowiązki w tym zakresie zostały sędowane na mnie, osobę, która nie posiada wykształcenia prawniczego i nie posiadała wówczas doświadczenia w tym zakresie.*
- W odniesieniu do Przetargu nr 3 („Bieżące utrzymanie oraz konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zgorzelec”), organizowanego przez Gminę Miejską Zgorzelec przedsiębiorca także podtrzymał swoje wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania. Jednocześnie również w tym przypadku wskazał, iż wszelkie braki i błędy w składanej u zamawiającego dokumentacji spowodowane były przede wszystkim nieobecnością w pracy wskazanego wcześniej pracownika firmy (D.B.) oraz niedostateczną wiedzą w tym zakresie Pana Roberta Droszcza.
- Również w przypadku pozostałych przetargów (tj. przetargów nr 2, 4 i 5) przedsiębiorca podtrzymał swoje dotychczasowe wyjaśnienia, konkludując, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie przez firmę ROBERTO przepisów prawa konkurencji, polegającego na zawarciu niezgodnego z prawem porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz do nałożenia kary pieniężnej.
- Przedsiębiorca zwrócił także uwagę, że w żadnym z pięciu postępowań przetargowych, w których organ antymonopolowy dopatrywał się nieprawidłowości jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Oznacza to, że z faktem uczestnictwa w tych postępowaniach przetargowych nie wiązała się żadna korzyść, polegająca na uzyskaniu konkretnego zamówienia. W ocenie przedsiębiorcy okoliczność ta powinna mieć wpływ na wysokość ewentualnej kary pieniężnej, jaką organ antymonopolowy zamierza na przedsiębiorcę nałożyć.

W odpowiedzi na SUZ, Justyna Droszcz (ELEKTROBUD), pismem z dnia 14 lutego 2017 r. stwierdziła, iż podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w pismach przesłanych do organu antymonopolowego w toku postępowania. Jej zdaniem nie miało miejsca uzgadnianie warunków składania ofert oraz podejmowanie bądź zaniechanie podjęcia działań, w celu doprowadzenia do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ww. przedsiębiorca wystąpił z prośbą o wyrozumiałość przy naliczaniu kary pieniężnej i zastosowanie środków łagodzących.

Pozostali Uczestnicy postępowania (tj. ZBI RICARDO i FPUH RICARDO) nie odnieśli się do otrzymanego SUZ.

Pismami z dnia 3 kwietnia 2017 r. wszystkie Strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów. Z tego uprawnienia skorzystał jedynie Pan Robert Droszcz (ROBERTO), który w dniu 10 kwietnia 2017 r. zapoznał się z zebranym w sprawie materiałem dowodowym.

Ustalenia faktyczne

Analiza informacji uzyskanych od organizatorów postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz od ww. przedsiębiorców pozwoliła wskazać na te postępowania, w których zachowania tych przedsiębiorców wskazują na zawarcie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję:

I. Przetargi organizowane przez Powiat Lwówecki (Zawiadamiającego).

W pierwszej kolejności wyszczególniono zidentyfikowane w toku postępowania wyjaśniającego przetargi zorganizowane przez Zawiadamiającego - Powiat Lwówecki, w których uczestniczyły przynajmniej dwie firmy z wymienionych w sentencji postanowienia oraz w których zachowania tych przedsiębiorców wskazują na możliwość zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

1. Przetarg pn. „Budowa boiska wielofunkcyjnego na terenie Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Gryfowie Śl.” organizowany przez Powiat Lwówecki (dalej również „Przetarg nr 1”).

Powiat Lwówecki przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa boiska wielofunkcyjnego na terenie Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Gryfowie Śl.” (OR.272.1.2015.4). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 170102 z dnia 8 lipca 2015 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 23 lipca 2015 r.

Do przetargu przystąpiło ostatecznie czterech Wykonawców, oferując następujące kwoty:

- BELLSPORT Grzegorz Leszczyński (Bytom) – 294 787,35 zł (oferta nr 1),
- Zakład Ogólnobudowlany Ireneusz Nowosza (Zareba)* – 181 562,78 zł (oferta nr 2),
- Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz (Zgorzelec)* – 238 500,10 zł (oferta nr 3),
- Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz (Zgorzelec)* – 206 209,46 zł (oferta nr 4).

*domniemani uczestnicy zmowy przetargowej.

Należy zaznaczyć, iż oferty nr 2, 3 i 4 zostały złożone w dniu 23 lipca 2015 r. przez jedną osobę (kobietę) w sekretariacie Zamawiającego w tym samym czasie, tj. o godz. 11.48 (dwie oferty) i 11.49 (jedna oferta) oraz zostały zarejestrowane pod kolejnymi numerami 2537, 2538 i 2539. Dla porównania oferta nr 1 (BELLSPORT) została złożona w ww. dniu o godz. 10.51.

Zamawiający, w toku ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), dalej również „ustawa *Prawo zamówień publicznych*” lub „ustawa Pzp”, odrzucił z udziału w tym postępowaniu oferty nr 2, 3 i 4 złożone przez: Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza (oferta nr 2), Firmę Produkcyjno–Usługowo–Handlową „ROBERTO” Robert Droszcz (oferta nr 3) oraz Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz (oferta nr 4).

(Dowód: karty 38-41, 92, 132, 177, 2147, 2264).

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty nr 2 (tj. oferty najtańszej złożonej przez Zakład Nowosza)

Zgodnie z rozdziałem VIII ustęp 3 lit c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca był zobowiązany złożyć Wykaz osób (załącznik nr 5 do SIWZ), którymi dysponuje lub na których będzie polegał podczas realizacji zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że uzna ten warunek za spełniony gdy Wykonawca będzie dysponować osobami, które będą wykonywać przedmiot zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób, w tym:

- co najmniej 1 osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

Zgodnie z rozdziałem VIII ustęp 3 lit b SIWZ w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca był zobowiązany wykazać doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych, polegających na budowie boiska wielofunkcyjnego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł każda w obiekcie użyteczności publicznej z podaniem jej wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że zamówienie to zostało wykonane należycie oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający po zbadaniu i ocenie złożonej oferty wezwał Zakład Nowosza w trybie art. 26 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie osoby, którą Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 26 ust 2b ww. ustawy o czym mowa w załączniku nr 5 do SIWZ. W złożonym przez ww. Wykonawcę załączniku nie było bowiem informacji, jaka jest podstawa dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcje kierownika budowy.

Ponadto Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust.4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie przedstawionych referencji, które zostały wystawione na firmę FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz ze Zgorzelca, ponieważ w



przypadku gdy Wykonawca, wykazując spełnianie warunku, polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy *Prawo zamówień publicznych*, jest obowiązany udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zakład Nowosza w wyznaczonym terminie, to jest do dnia 30 lipca 2015r. do godz. 12.00 przedstawił wyjaśnienia do wezwania Zamawiającego i dołączył następujące dokumenty:

- załącznik nr 5 (ponownie) z uzupełnioną informacją, że podstawą dysponowania osoby, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy będzie umowa zlecenie,
- referencje wystawione przez Gminę Zgorzelec dla Firmy F.P.U.H. „RICARDO” Ryszard Droszcz ze Zgorzelca (ponownie), z pieczętką „ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM” bez złożenia podpisu przez Wykonawcę.

Po przebadaniu ww. dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie przedstawił pisemnego zobowiązania osoby, którą będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia (kierownik robót budowlanych) poinformował jedynie, że będzie to umowa zlecenie.

Odnośnie referencji Zakład Nowosza wyjaśnił, że nie będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem Firmy FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz, ponieważ firma odmówiła użyczenia tych zasobów. Składając takie informacje Wykonawca potwierdził tym samym, że nie posiada wymaganego doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* Wykonawca, który nie uzupełni na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uczestniczenia w postępowaniu, a tym samym nie wykaże spełnienia warunków uczestniczenia w tym postępowaniu zostaje wykluczony, co skutkuje obowiązkiem zamawiającego opisanym w art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, a więc obowiązkiem odrzucenia oferty.

(Dowód: karty 38 odwrót, 39, 77 - 81).

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty nr 4 (tj. drugiej w kolejności oferty firmy ROBERTO)

Zamawiający po zbadaniu i ocenie złożonej oferty wezwał firmę „ROBERTO” w trybie art. 26 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie osoby, którą Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 26 ust 2b ustawy *Prawo zamówień publicznych*, o czym mowa w załączniku nr 5 do SIWZ, ponieważ w załączonym dokumencie była informacja, że będzie dysponować osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy w oparciu o umowę zlecenie.

Ponadto Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust.4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie Załącznika nr 7, w którym Wykonawca nie wskazał, że będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawcy, a z załączonego zobowiązania podmiotu trzeciego - HEMET Sp. z o. o. z Zielonej Góry wynika, że firma ta będzie występować w realizacji zadania na podstawie umowy podwykonawczej. Do jej zadań należeć będzie wykonanie boiska z nawierzchni poliuretanowogumowej. Nadto



dokument ten nie został potwierdzony formułą „ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM” jako jedyny.

Firma ROBERTO w wyznaczonym terminie, to jest do dnia 30 lipca 2015r. do godz. 12.00 przedstawiła wyjaśnienie do wezwania Zamawiającego i dołączyła następujące dokumenty:

- załącznik nr 5 – ponownie, ale nie wypełniony i nie podpisany,
- załącznik nr 7 – zawierający informację: opis części zamówienia, której wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy – „nie dotyczy”.

Po zbadaniu uzupełnionych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie przedstawił pisemnego zobowiązania osoby, którą Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia (kierownik robót budowlanych).

Odnosnie kwestii podwykonawcy i złożonych referencji Wykonawca wyjaśnił, że nie będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu firm zewnętrznych, a całość zadania wykona we własnym zakresie.

Składając takie oświadczenia firma ROBERTO potwierdziła tym samym, że nie posiada wymaganego doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* Wykonawca, który nie uzupełni na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uczestniczenia w postępowaniu, a tym samym nie wykaże spełnienia warunków uczestniczenia w tym postępowaniu zostaje wykluczony, co skutkuje obowiązkiem Zamawiającego opisanym w art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, a więc obowiązkiem odrzucenia oferty.

(Dowód: karty 39 odwrot, 40, 127, 129-131).

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty nr 3 (tj. trzeciej w kolejności oferty firmy RICARDO)

Zgodnie z rozdziałem IX ustęp 2 lit c SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawca winien złożyć aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z rozdziałem VIII ustęp 3 lit c SIWZ, w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca był zobowiązany złożyć Wykaz osób (załącznik nr 5 do SIWZ), którymi dysponuje lub na których będzie polegał podczas realizacji zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że uzna ten warunek za spełniony gdy Wykonawca będzie dysponować osobami, które będą wykonywać przedmiot zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób, w tym:

- co najmniej 1 osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przedstawione przez Wykonawcę zaświadczenia zostały wystawione dnia 4 marca 2015 r.

Zamawiający, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie osoby, którą Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 26 ust 2b ustawy *Prawo zamówień publicznych*, o czym była mowa w załączniku nr 5 do SIWZ. Ponieważ w złożonym przez oferenta załączniku nr 5 nie było informacji, jaka jest podstawa dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcje kierownika budowy.

Wykonawca w wyznaczonym terminie dołączył następujące dokumenty:

- aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne z dnia 5 maja 2015r.
- załącznik nr 5 z informacją, że podstawą dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy będzie umowa zlecenie,
- zobowiązanie osoby, którą Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia,
- informację, że „ze względu na okres urlopowy osoba, która była wskazana w wykazie osób biorących udział w zamówieniu nie była w stanie podpisać zobowiązania dlatego też przedłożono nowy załącznik nr 5 oraz wymagane dokumenty.

Po zbadaniu uzupełnionych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca uzupełnił brakujące dokumenty potwierdzając w ten sposób warunki udziału w postępowaniu.

(Dowód: karty 40, 41, 82-91).

Co do zasady więc oferta ta jako spełniająca warunki postępowania mogłaby być wybrana, jednakże dalsza analiza dokumentów zawartych w trzech ofertach złożonych przez:

1. Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza (oferta nr 2),
2. Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” (oferta nr 3),
3. Firma Produkcyjno–Usługowo–Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz (oferta nr 4),

doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że doszło do porozumienia między trzema oferentami (Zakład Nowosza, ROBERTO, ZBI RICARDO), który uzasadnia tezę, iż naruszona została zasada uczciwej konkurencji opisana w art. 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych*”, co skutkowało odrzuceniem również oferty ZBI RICARDO na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Stanowisko takie znajdowało również oparcie w tym, że przeprowadzona przez Zamawiającego analiza dokumentów złożonych przez firmę ZBI RICARDO wykazała, co następuje:



1. Wykonawca ZBI RICARDO przedłożył referencje użyte przez FPUH RICARDO, którymi posługiwał się także Zakład Nowosza, który na wezwanie Zamawiającego oświadczył, że jednak nie będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem FPUH RICARDO, ponieważ firma ta ostatecznie odmówiła użyczenia tych zasobów (*Dowód: karty 314-321, 484-491*).
2. Oferty nr 2, 3 i 4 zostały złożone przez jedną osobę (kobietę) w sekretariacie Zamawiającego (*Dowód: karty 314-321, 484-491*).

Zdaniem Zamawiającego, złożenie przez trzy firmy (Zakład Nowosza, ROBERTO, ZBI RICARDO) ofert rosnących od 181 562,78 zł do 238 500,10 zł oraz ich nieuzupełnienie przez dwóch przedsiębiorców, którzy złożyli oferty najtańsze (ROBERTO, Zakład Nowosza) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najdroższą (ZBI RICARDO) mogło wskazywać na celowe działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z najwyższą ceną. Różnica pomiędzy ceną najniższą (Zakład Nowosza - 181 562,78 zł) a najwyższą/zwycięską (ZBI RICARDO – 238 500,10 zł) wynosi ponad 50 000 zł (56 937,32 zł).

Dodatkowo należy zaznaczyć, iż oferta nr 1 (tj. oferta najdroższa) złożona przez czwartego wykonawcę, tj. Firmę BELLSPORT była jedyną ofertą kompletną i nie podlegającą odrzuceniu. Jednakże kwota, jaką Wykonawca zaproponował w swojej ofercie przekraczała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zadania. Tym samym spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania i przedmiotowe postępowanie przetargowe zostało przez Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2015 r. unieważnione.

(*Dowód: karty 38 - 41, 92, 132, 177, 2147, 2264*).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż okolicznością wskazującą na współpracę trzech przedsiębiorców (Zakład Nowosza, ROBERTO, ZBI RICARDO) w celu zapewnienia wygranej droższej ofercie w rozpatrywanym powyżej przetargu nr 1 jest przede wszystkim działanie ww. przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert.

W przetargu tym złożenie ofert przez trzy firmy (Zakład Nowosza, ROBERTO, ZBI RICARDO) oraz ich nieuzupełnienie przez dwóch przedsiębiorców, którzy złożyli oferty najtańsze (ROBERTO, Zakład Nowosza), przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najdroższą (ZBI RICARDO) wskazuje **na celowe i skoordynowane działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z najwyższą ceną.**

Powyższe zachowanie ww. Stron postępowania, w powiązaniu z przedstawionymi wcześniej okolicznościami wskazującymi na faktyczną współpracę przedsiębiorców w ramach przetargu nr 1 (tj. posługiwanie się tymi samymi referencjami przez ZBI RICARDO i Zakład Nowosza, złożenie trzech ofert przez jedną osobę w tym samym czasie) oraz całokształtem relacji pomiędzy przedsiębiorcami (powiązania rodzinne ROBERTO i ZBI RICARDO) wskazuje, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także, iż w ramach wyżej opisanego przetargu, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie ww. przetargu wyrażone w toku postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego przez trzech oferentów podejrzanych o zмовę przetargową w ww. przetargu, tj.: Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza, Firmę Produkcyjno–Usługowo–Handlową, „ROBERTO” Robert Droszcz oraz Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz.



Stanowisko Zakładu Ogólnobudowlanego Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza

Przedsiębiorca stwierdził, iż – na wezwanie Zamawiającego - w piśmie uzupełniającym z dnia 30 lipca 2015 r. przedłożył załącznik nr 5 do SIWZ, w którym została dodatkowo zamieszczona informacja, że podstawą do dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcje kierownika budowy będzie umowa zlecenie oraz referencje wystawione przez Gminę Zgorzelec dla FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz ze Zgorzelca. Jednocześnie podniósł, iż *„przedstawienie pisemnego zobowiązania osoby, która sama swoją osobę oddaje do dyspozycji nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego (...). Osoba ta nie jest pracownikiem żadnej firmy, która w razie udostępnienia danej osoby, zobligowana byłaby, zgodnie z przepisami p.z.p. do przedłożenia zobowiązania do oddania potencjału osobowego. Stąd też przedstawiony został Załącznik nr 5 do SIWZ, w którym zamieszczono informację, że podstawą do dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcje kierownika budowy będzie umowa zlecenia ”.*

Zakład Nowosza wyjaśnił jednocześnie, iż nie będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem ww. firmy FPUH „RICARDO”, ponieważ firma ta odmówiła mu oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przedsiębiorca stwierdził, iż próbował ustalić przyczynę ww. odmowy i wycofania się przez FPUH „RICARDO” z wcześniejszych zapewnień, jednak nie udało mu się uzyskać od FPUH „RICARDO” żadnej odpowiedzi i wyjaśnień. Przedsiębiorca podniósł, iż w żaden sposób nie współpracował w przedmiotowym przetargu z firmami: ZBI „RICARDO” i „ROBERTO”. Jego zdaniem nie miała miejsca sytuacja, w której doszłoby do jakichkolwiek wzajemnych uzgodnień pomiędzy Zakładem Nowosza a ww. Uczestnikami przetargu, w szczególności dotyczących umyślnego nieuzupełnienia ofert w celu wykluczenia któregoś z oferentów, przystępujących do przetargu.

Odnosnie sposobu składania oferty w dniu 23 lipca 2015 r. przedsiębiorca stwierdził, iż nie pamięta, kto w jego imieniu złożył ww. ofertę. Stwierdził jedynie, iż swoje oferty przetargowe składa najczęściej osobiście lub przy pomocy pracowników firmy.

(Dowód: karty 509-511, 2015).

Stanowisko Firmy Produkcyjno–Usługowo–Handlowej „ROBERTO” Robert Droszcz

Przedsiębiorca – odnośnie zarzutu, że nie przedstawił pisemnego zobowiązania osoby, którą będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia (kierownik robót budowlanych) stwierdził m.in, iż *„odnosząc się do kwestii posiadania wiedzy i doświadczenia (...) wraz z ofertą przedłożyłem oświadczenie firmy HEMET Sp. z o.o. z Zielonej Góry, która zgodziła się na posługiwanie przeze mnie w tym postępowaniu posiadanymi przez tę firmę referencjami, co było zresztą zgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a co także było już przeze mnie praktykowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zaś przez Zamawiających akceptowane. Z treści tego oświadczenia wynikało, iż HEMET wyraża zgodę na oparcie się na jej wiedzy i doświadczeniu oraz posiadanych referencjach, przy czym firma ta zastrzegła, że będzie uczestniczyła w tym postępowaniu w charakterze mojego podwykonawcy. Wskazuję, iż wbrew temu oświadczeniu – w moim zamierzeniu – ww. firma nie miała w tej inwestycji wykonywać żadnych prac. Posługiwanie się jej wiedzą i doświadczeniem miało się bowiem odbywać na zasadzie wzajemnych spotkań roboczych, konsultacji, czy innych form udzielania informacji. Dlatego też firmy tej nie traktowałem jako swojego podwykonawcy, w związku z czym w oświadczeniu zawartym w załączniku nr 7, a dotyczącym podwykonawców, poprzez zapis „nie dotyczy” wskazałem, że ww. prace będą wykonywane przeze mnie samodzielnie. I taki też był mój zamiar. Najwyraźniej Zamawiający*



oświadczenie HEMET oraz moje oświadczenie w zał. nr 7 potraktował w sposób odmienny, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem ww. oferty”.

Jednocześnie przedsiębiorca wskazał, iż w okresie w którym było prowadzone przedmiotowe postępowanie przetargowe, sprawami związanymi z zamówieniami publicznymi zajmował się pracownik jego firmy – Pani D.B. To ona również miała przygotowywać dokumentację związaną z ofertą firmy w tym przetargu. Stwierdził ponadto, iż z dużym prawdopodobieństwem może wskazać, że ww. osoba złożyła w imieniu firmy tę ofertę w biurze Zamawiającego. Okoliczności tej nie jest jednak pewien, albowiem w firmie nie jest prowadzony rejestr korespondencji wychodzącej i przychodzącej. Stwierdził ponadto, iż Pani D.B. od dnia 25 lipca 2015 r. przebywała na zwolnieniu lekarskim, a następnie na urlopie macierzyńskim. Od dnia 3 października 2016 r. ww. osoba przebywa na urlopie wychowawczym. Dlatego też uzupełnienie oferty przetargowej zostało w dniu 30 lipca 2015r. złożone u Zamawiającego przez Panią M.D. – żonę przedsiębiorcy. Przedsiębiorca nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, iż nieuzupełnienie przez niego oferty było działaniem celowym, prowadzącym do konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty. Jednocześnie oświadczył, iż nigdy i w żaden sposób nie uzgadniał z żadną firmą – w szczególności Zakładem Ogólnobudowlanym Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza oraz Zakładem Budowlano – Instalacyjnym „RICARDO – jakichkolwiek warunków wspólnego udziału w postępowaniu, prowadzącego do wyboru oferty któregośkolwiek z nich.

(Dowód: karty 500, 501, 2023, 2004, 2024a).

Stanowisko Zakładu Budowlano – Instalacyjnego „RICARDO”

Przedsiębiorca stwierdził m.in., iż w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, spełnił wszystkie wymagania przetargowe, natomiast jego oferta została odrzucona m.in. z powodu złożenia tych samych referencji przez dwóch Wykonawców, tj. Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza oraz przez jego firmę. Ten zarzut – jego zdaniem - jest błędny, gdyż przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają ograniczeń związanych z udostępnianiem potencjału przez jeden podmiot kilku wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Podobny przypadek dotyczy wykazywania tej samej osoby na okoliczność dysponowania nią na potrzeby realizacji inwestycji przez różnych wykonawców ubiegających się oddzielnie o udzielenie zamówienia. Nie narusza to – jego zdaniem - przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych*, gdyż w obrębie jednego zamówienia można wybrać tylko jednego z tych wykonawców.

Przedsiębiorca nie potrafił wskazać, kto składał jego oferty w ww. przetargu, ponieważ nie posiada żadnych dokumentów potwierdzających nadanie przesyłek i nie prowadzi rejestru korespondencji. Stwierdził, iż najczęściej korzysta z lokalnych firm kurierskich lub własnych pracowników, czasem też prosi znajomych o dostarczenie przesyłek.

(Dowód: karty 498, 1996).

2. Przetarg pn. „Remont chodnika w ciągu drogi powiatowej nr 2542D ul. Kolejowa w Gryfowie Śląskim o długości 490 mb” - organizowany przez Powiat Lwówecki - Zarząd Dróg Powiatowych w Lwówku Śl. (dalej również „Przetarg nr 2”).

Powiat Lwówecki – Zarząd Dróg Powiatowych w Lwówku Śl. przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont chodnika w ciągu drogi powiatowej nr 2542D ul. Kolejowa w Gryfowie Śląskim o długości 490 mb” (SI. 222-4/15). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr



149668 - 2015 z dnia 19 czerwca 2015 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 6 lipca 2015 r. Powyższy termin został przez Zamawiającego wydłużony do dnia 27 lipca 2015 r.

Do przetargu przystąpiło dziesięciu Wykonawców, oferując następujące ceny i termin gwarancji:

- ZPUH Zofia Jarczewska (Mirsk) – 292 834,71 zł, 72 miesiące - (oferta nr 1),
- ALE Sp. z o.o. (Pisarzowice) – 336 220,50 zł, 72 miesiące - (oferta nr 2),
- PBiRDBO Waclaw Marcinkiewicz (Lubań) – 308 12,30 zł, 72 miesiące - (oferta nr 3),
- Zakład Ogólnobudowlany Ireneusz Nowosza (Zaręba)* – 278 241,67 zł, 36 miesięcy - (oferta nr 4),
- Usługi Sprzętowo – Transportowe Józef Słabicki (Zgorzelec) – 359 286,76 zł, 72 miesiące - (oferta nr 5),
- FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz (Zgorzelec)* – 394 932,91 zł, 72 miesiące (oferta nr 6),
- FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz (Zgorzelec)* – 318 035,44 zł, 72 miesiące (Oferta nr 7),
- PPHU WIDOMSKI (Kruszyn) – 330 925,35, 72 miesiące - (oferta nr 8),
- ZBDiM ANBUD (Lwówek Śl.) – 297 155,70 zł - (oferta nr 9),
- Konsorcjum SPEC DACH (Sokołowiec) – AGER (Dobków) – 358 605,88 zł, 72 miesiące - (oferta nr 10).

*domniemani uczestnicy zмовы przetargowej.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, która – uwzględniając kryterium ceny (95%) i terminu gwarancji (5%) została złożona przez Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Zofia Jarczewska z Mirska (oferta nr 1). Drugą w kolejności ofertą była - według ww. kryteriów oceny – oferta Zakładu Nowosza.

Zamawiający wykluczył z tego postępowania m.in. następujących wykonawców:

- 1) Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza, Zaręba (oferta nr 4),
- 2) Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz, Zgorzelec (oferta nr 6),
- 3) Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz, Zgorzelec (oferta nr 7).

Analiza dokumentów zawartych w ofertach złożonych przez ww. przedsiębiorców wskazała Zamawiającemu na istnienie porozumienia między oferentami, które uzasadnia tezę, iż naruszona została zasada uczciwej konkurencji opisana w art. 7 ustawy Pzp, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, albowiem istnieją podstawy do przyjęcia, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Stanowisko takie znalazło przede wszystkim oparcie w tym, że:

1. Wykonawca Zakład Nowosza wykazywał wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od Firmy Usługi Sprzętowo - Transportowe Józef Słabicki referencje wystawione przez Handel Hurtowo-Detaliczny Żak Zdzisław Żak Danuta z dnia 5

- kwietnia 2011 r. i 23 lipca 2011 r. Tym samym doświadczeniem (te same referencje) okazała się firma ROBERTO (*Dowód: karty 314-321, 484-491*).
2. Wykonawca ELEKTROBUD wykazywał, korzystanie z tego samego potencjału osobowego, co firma ROBERTO. Wykonawcy Ci na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykazali, że robotami budowlanymi kierować będzie ta sama osoba (*Dowód: karty 332-334, 365-367*).
 3. Wykonawca ROBERTO wykazywał wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od firmy ELEKTROBUD poświadczenie wystawione przez Urząd Miasta Zgorzelec z dnia 9 września 2014, na które firma ta powołała się w swojej ofercie (*Dowód: karty 330, 362*).
 4. Oferty nr 4, 6 i 7 zostały złożone w dniu 27 lipca 2015 r. przez jedną osobę (kobietę) w sekretariacie Zamawiającego (*Dowód: 273, 274, 323, 356, 385, 441, 2254*).

(*Dowód: karty 273, 274, 314-321, 323, 332-334, 356, 365-367, 385, 439-441, 484-491, 2254, 2265*).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w ww. przetargu nr 2 mechanizm, polegający na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert nie mógł zostać zastosowany, ponieważ ofertę z najniższą ceną (tj. ofertę zwycięską) złożyła firma nie będąca uczestnikiem niedozwolonego porozumienia. Niemniej jednak w tym przetargu wystąpiły inne – wskazane powyżej - okoliczności mogące wskazywać na faktyczną współpracę firm ELEKTROBUD, ROBERTO i Zakład Nowosza w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (posługiwanie się tym samym doświadczeniem, powoływanie się na ten sam potencjał, składanie ofert w tym samym czasie przez jedną osobę), zaś złożone oferty były niekompletne, co umożliwiało ich „wycofanie” poprzez nieuzupełnienie odpowiednich dokumentów.

Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie ww. przetargu wyrażone przez trzech oferentów podejrzanych o znowę przetargową w ww. przetargu, tj.: Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza, Firmę Produkcyjno - Usługowo-Handlową, „ROBERTO” Robert Droszcz oraz Firmę Produkcyjno - Usługowo - Handlową „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz.

Stanowisko Zakładu Ogólnobudowlanego Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza

Przedsiębiorca stwierdził m.in., iż dopiero po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego w sprawie uzupełnienia oferty zorientował się, iż z przedłożonej decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego Pana K.S. wynikało, że nie jest on uprawniony do pełnienia funkcji kierownika robót, których dotyczy zamówienie. Ponieważ Wykonawca nie dysponował inną osobą zdolną do wykonania przedmiotowego zamówienia, stąd też w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił oferty w tym zakresie. Przedsiębiorca stwierdził, iż nie pamięta, kto w przedmiotowym przetargu złożył ofertę jego firmy w dniu 27 lipca 2015 r.

(*Dowód: karty 906, 907, 2015*).

Stanowisko Firmy Produkcyjno – Usługowo-Handlowej „ROBERTO” Robert Droszcz

Przedsiębiorca stwierdził, iż Zarząd Dróg Powiatowych w Lwówku Śl. wymagał referencji na remont lub przebudowę chodnika w ciągu drogi powiatowej na sumę 200 000 zł. Ponieważ Wykonawca nie posiadał takich referencji poprosił właścicielkę firmy ELEKTROBUD p. Justynę Droszcz o użyczenie referencji. Jak się później okazało referencje



te nie spełniały warunków określonych w SIWZ. W przypadku wezwania dotyczącego uzupełnienia oferty o prawidłowe referencje dotyczące przebudowy chodnika w ciągu drogi powiatowej o wartości nie mniejszej niż 75% podanej w ofercie zwrócił się z prośbą o użyczenie referencji do swojego znajomego p. J.S., który użyczył mu referencje z dnia 5 kwietnia 2011 r. i 23 lipca 2011 r. wystawione przez Handel Hurtowo Detaliczny Danuta, Zdzisław Żak, które spełniały warunki SIWZ tylko pod względem ułożenia kostki typu Polbruk i nie obejmowały budowy chodnika. Przedsiębiorca podniósł, że współpraca z firmą ELEKTROBUD polegała tylko i wyłącznie na użyczeniu referencji (potencjału wiedzy i doświadczenia). Wykonawca stwierdził, iż najprawdopodobniej ofertę w przedmiotowym przetargu w dniu 27 lipca 2015 r. złożyła pracownica jego firmy p. K.T.

(Dowód: karty 905, 2024a – 2026, 2210 odwrót).

Stanowisko Firmy Produkcyjno–Usługowo–Handlowej „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz

Pani Justyna Droszcz stwierdziła, iż nieprawidłowo uzupełniła dokumenty potwierdzające spełnienie warunków uczestnictwa w przedmiotowym przetargu ponieważ nie posiadała wymaganych referencji a miała nadzieję, że znajdzie kogoś, kto jej je użyczy. Jednak po ogłoszeniu wyników (jej oferta była jedną z najdroższych) zaniechała poszukiwania owych referencji i jej oferta została odrzucona. Ponadto potwierdziła, iż w przedmiotowym przetargu użyczyła referencje firmie „ROBERTO”. Wykonawca nie pamięta, kto składał ofertę w imieniu firmy w dniu 27 lipca 2015 r.

(Dowód: karta 904).

II. Przetargi organizowane przez inne podmioty.

W drugiej kolejności wyszczególniono zidentyfikowane przez organ antymonopolowy pozostałe przetargi, w których uczestniczyły przynajmniej dwie firmy z wymienionych w sentencji postanowienia oraz w których przynajmniej jedna z tych firm wycofała złożoną ofertę lub nie uzupełniła w terminie braków formalnych, a przetarg wygrała druga firma z wymienionej w sentencji postanowienia listy przedsiębiorców podejrzanych o zмовę przetargową.

1. Przetarg organizowany przez Gminę Miejską Zgorzelec:

1.1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżące utrzymanie oraz konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zgorzelec”, organizowane przez Gminę Miejską Zgorzelec (dalej również „Przetarg nr 3”).

Powyższe postępowanie przetargowe zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lipca 2015 r. pod numerem 172952-2015. Termin składania ofert ustalony został do dnia 22 lipca 2015 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 650.000,00 zł brutto.

Do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na składanie ofert wpłynęły 3 oferty, tj.:



- 1) Oferta Nr 1 złożona przez Ireneusza Nowoszę* prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne” w Zarębie, z wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości: 386.033,04 zł,
- 2) Oferta Nr 2 złożona przez Justynę Droszcz* prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa „ELEKTROBUD” w Zgorzelcu, z wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości: 617.652,86 zł,
- 3) Oferta Nr 3 złożona przez Roberta Droszcza* prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „ROBERTO” w Zgorzelcu, z wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości: 579.049,56 zł.

*domniemani uczestnicy zмовы przetargowej.

(Dowód: karty 1379-1393).

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonując oceny ofert stwierdził, iż cena oferty zaproponowanej przez Zakład Nowosza (Oferta nr 1) jest niższa o 30% od wartości zamówienia ustalonej z należytą starannością przez Zamawiającego, powiększoną o stawkę VAT.

W związku z podejrzeniem, że badana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2015 r. wezwał ww. Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w przedmiotowym piśmie wskazał, iż wyjaśnienia powinny odnosić się nie tylko do ceny za przedmiot zamówienia, ale także obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, w szczególności takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki wykonania zamówienia, oryginalność projektu, pomoc publiczna, koszty osobowe, koszty techniczne.

Ponadto, Zamawiający pouczył Wykonawcę, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, a w przypadku gdy w terminie do dnia 29 lipca 2015nr. nie złożą wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi rażąco niską cenę, oferta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zostanie odrzucona (Dowód: karty 1451-1453).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca złożył pismo z dnia 28 lipca 2015r. w treści którego oświadczył, iż „zaoferowana przez nas cena oferty (...) została rzetelnie skalkulowana oraz wyceniona zgodnie z SIWZ, zatem będziemy w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób rzetelny gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia” (Dowód: karta 1449).

Analiza wyjaśnień wykazała, że zakres podanych przez ww. Wykonawcę informacji jest ogólnikowy i pozbawiony konkretnych danych. Wykonawca nie odniósł się do obiektywnych czynników na które wskazywał Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a które umożliwiłyby mu obniżenie ceny.

Pismo Zamawiającego z dnia 24 lipca 2015 r. powoływało się na art. 90 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Zamawiający żądał w nim szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów wpływających na wysokość ceny. Wyjaśnienie miało służyć ocenie, czy cena Wykonawcy zawiera wszystkie elementy gwarantujące należyte wykonanie zamówienia. Poza tym Wykonawca miał przedstawić konkretne uwarunkowania oraz obiektywne czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wykonawca, jak powyżej przedstawiono w dniu 28 lipca 2015 r. złożył wyjaśnienie bez jakichkolwiek dowodów, oświadczając, że zapewnia wykonanie zamówienia w sposób rzetelny gwarantujący prawidłowe jego wykonanie.

Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się do zaoferowanego przedmiotu zamówienia i pozwalać na wyjaśnienie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W przedmiotowej sprawie do wyjaśnień nie załączono żadnej kalkulacji, a poza tym brak było w wyjaśnieniach informacji, które mogłyby być poddane merytorycznej ocenie pod kątem zakresu prac, nakładów pracy, zastosowanych cen jednostkowych, itp.

Zatem, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę są niewystarczające.

Tym samym wyczerpane zostały przesłanki zastosowania sankcji określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy.

Dodatkowo należy wskazać, iż ww. Wykonawca dołączył do oferty wykaz usług, w którym wskazana została usługa polegająca na konserwacji oświetlenia drogowego dla ilości 1185 punktów świetlnych w okresie od 5 lutego 2009 r. do 31 stycznia 2012 r. na rzecz Urzędu Gminy Zgorzelec przez podmiot trzeci tj.: firmę „ROBERTO” (także uczestnika rozpatrywanego przetargu).

Kolejny Wykonawca - ROBERTO (Oferta nr 3), został wykluczony z ww. postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W celu spełniania warunku dot. wiedzy i doświadczenia, Wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie:

jednej usługi polegającej na konserwacji oświetlenia drogowego dla ilości minimum 2500 punktów świetlnych, wraz z podaniem daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów, określających, czy usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Powyższy Wykonawca do oferty załączył wykaz usług, w którym wskazał usługę polegającą na konserwacji i eksploatacji urządzeń oświetlenia drogowego, zrealizowaną na rzecz Gminy Zgorzelec dla ilości 1312 punktów świetlnych, przy wymaganej przez Zamawiającego ilości 2500 punktów świetlnych.

W związku z powyższym, Zamawiający nie uznał przedmiotowej usługi za spełniającą warunek udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia.

Ponadto, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zgodnie z pkt. 10 ppkt. 5 lit. c SIWZ żądał załączenia do oferty aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu- wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Załączona do oferty kserokopia zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, wystawiona przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, Biuro Terenowe w Zgorzlecu wskazywała na brak zaległości podatkowych wg stanu na dzień 3 marca 2015 r.



W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert nastąpił w dniu 22 lipca 2015r., w związku z powyższym przedstawiona kserokopia zaświadczenia nie spełniała ww. warunku, ponieważ utraciła ważność dnia 3 czerwca 2015 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, pismem z dnia 4 sierpnia 2015 r., wezwał ww. Wykonawcę do uzupełniania:

1. wykazu usług, potwierdzającego wymagania określone w pkt. 9 ppkt. 1 lit. b SIWZ wraz z załączeniem dowodów określających, czy wskazana usługa została wykonana w sposób należyty,
2. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,

- w terminie do dnia 6 sierpnia 2015 r., pod rygorem wykluczenia z postępowania (*Dowód: karty 1436-1438*).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, Wykonawca w dniu 6 sierpnia 2015 r. uzupełnił referencje wystawione w dniu 19 listopada 2012 r. poświadczające należyte wykonanie zadania pn. „Konserwacja i eksploatacja urządzeń oświetlenia drogowego Gminy Zgorzelec”, nie uzupełniając nowego wykazu usług (*Dowód: karty 1427-1429*).

W związku z tym, iż w wykazie usług załączonym do oferty wskazana usługa nie potwierdzała spełniania warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca zobowiązany był zgodnie z wezwaniem uzupełnić nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyte wykonanie.

Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wyraźnie wskazał, iż Wykonawca zobowiązany był do dostarczenia wykazu usług, potwierdzającego wymagania określone w pkt. 9 ppkt. 1 lit. b SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi jego należyte wykonanie, dlatego też nie uznał za wystarczające złożenie samych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, które w wykazie nie zostały wskazane.

Ponadto, z treści przedmiotowych referencji wynikało, iż usługa była wykonywana w okresie od 5 lutego 2009 r. do 31 stycznia 2012 r., a w zakres prac wchodziło 1312 punktów świetlnych.

Zgodnie z treścią SIWZ oraz pkt. 1 wezwania do uzupełniania dokumentów, Wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, zobowiązany był wykazać się realizacją usługi obejmującej minimum 2500 punktów świetlnych. Usługa którą przedstawił Wykonawca dotyczyła konserwacji tylko 1312 punktów świetlnych i została zakończona w terminie przekraczającym ww. okres.

W związku z powyższym, Zamawiający nie uznał załączonego poświadczenia za spełniający warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, zobowiązany był również uzupełnić aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca uzupełnił identyczne tj. nieaktualne zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek jak złożone w ofercie.



Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a jego ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Z uwagi na odrzucenie ofert sklasyfikowanych na dwóch pierwszych miejscach, o których mowa w niniejszym piśmie - Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę ELEKTROBUD.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty, firma ELEKTROBUD - zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* pismem z dnia 4 sierpnia 2015 r. - została wezwana do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania podmiotu trzeciego (*Dowód: karty 1436 -1438*).

Zamawiający wymagał bowiem, aby Wykonawca wykazał się wykonaniem lub wykonywaniem - w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie usługi polegającej na konserwacji oświetlenia drogowego, w ilości minimum 2500 punktów świetlnych. Jeżeli Wykonawca polegałby na doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji doświadczenia. Firma ELEKTROBUD wykazała się doświadczeniem Tomasza Kabaty, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Instalatorstwo Elektryczne od A do Z” w Lubaniu. Złożyła także zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby.

Z treści zobowiązania nie wynikało w jaki sposób zasoby te będą wykorzystywane w realizacji zamówienia, a także nie został sprecyzowany zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

W związku z wątpliwościami w tym zakresie, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie powyższych kwestii. Pismem z dnia 5 sierpnia 2015 r. firma ELEKTROBUD udzieliła odpowiedzi w przedmiotowej sprawie. Zamawiający po przeanalizowaniu złożonego oświadczenia uznał, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia został spełniony przez Wykonawcę, a w związku z tym dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (*Dowód: karty 1430 - 1435*).

Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy *Prawo zamówień publicznych*, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zamawiający nie ma prawa wyłączyć możliwości powoływania się na cudzy potencjał. Wystarczy przedstawić Zamawiającemu pisemne zobowiązanie innej firmy do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas konieczny do realizacji zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający udzielił zamówienia publicznego firmie ELEKTROBUD. Umowa nr WZP.272.36.2015 z ww. przedsiębiorcą została zawarta w dniu 28 sierpnia 2015 r. (*Dowód: karta 1392*).

Niemniej jednak, Zamawiający po przeanalizowaniu akt przedmiotowego postępowania oraz innego postępowania, w którym ofertę złożył wykonawca ROBERTO, tj. Remont



omentarza wojennego, a także postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w 2012 r. obejmującego swoim zakresem bieżące utrzymanie i konserwację punktów świetlnych, w wyniku którego Zamawiający udzielił zamówienia ww. Wykonawcy – uznał, że zasadne jest zatrzymanie wadium.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy *Prawo zamówień publicznych* poinformował firmę ROBERTO, iż wniesione przez nią wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Bieżące utrzymanie oraz konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Miejskiej Zgorzelec”, w kwocie 12 500,00 zł zatrzymuje wraz z odsetkami.

Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, lisy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, biorąc pod uwagę okoliczności, w wyniku których musiał odrzucić ofertę firmy ROBERTO uznał, że nierzetelne uzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Wykonawca przedstawiał dokumenty, które w dalszym ciągu nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wykazał Zamawiający w piśmie dotyczącym zatrzymania wadium – Wykonawca był w stanie przedstawić dokumenty potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz przedstawić aktualne zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Z dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego wynikało, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Wykonawca mógł wskazać w ofercie usługę pn. „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Miejskiej Zgorzelec”, realizowaną na rzecz Zamawiającego.

W dniu 6 września 2012 r. Zamawiający zawarł z ww. Wykonawcą umowę Nr WZP.272.40.2012 na okres 3 lat, tj. od dnia 10 września 2012 r. do dnia 9 września 2015r., obejmującą swoim przedmiotem bieżące utrzymanie i konserwację 2.528 sztuk punktów świetlnych. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się utrzymaniem i konserwacją 2500 punktów świetlnych.

Biorąc pod uwagę treść ww. umowy, a także fakt, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił możliwość wykazania się umową będącą w trakcie realizacji, Zamawiający uznał, iż firma ROBERTO była w stanie wypełnić należycie wezwanie Zamawiającego, co nie zostało uczynione (*Dowód: karta 1599 h*).

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał, że wskazanie usługi, nie potwierdzającej spełniania warunku udziału w postępowaniu było działaniem celowym.

Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Na wezwanie do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia Wykonawca przedłożył identyczny dokument jak w złożonej ofercie, tj. niepotwierdzający braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 6 sierpnia 2015 r., tj. w dniu, w którym Wykonawca uzupełnił dokumenty w postępowaniu nr WZP.271.32.2015, złożona została przez niego oferta w innym

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pn.: „Remont cmentarza wojennego” – WZP.271.37.2015. W postępowaniu tym Wykonawca dołączył do oferty aktualne zaświadczenie z ZUS, potwierdzające brak zaległości na dzień 2 czerwca 2015 r. (*Dowód: karta 1599 j.*).

Tak więc Wykonawca był w posiadaniu aktualnego zaświadczenia, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, o które wystąpił Zamawiający pismem z dnia 4 sierpnia 2015 r. Uzupelnienie oferty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o nieaktualne zaświadczenie Zamawiający zakwalifikował jako uchylenie się Wykonawcy od sankcji utraty wadium z powodu nieuzupelnienia żądanego dokumentu, a także celowe nieujawnienie faktu posiadania aktualnego zaświadczenia na datę złożenia oferty.

W przypadku uzupełnienia zaświadczenia z ZUS, o którym mowa powyżej, tj. potwierdzającego brak zaległości na dzień 2 czerwca 2015 r. warunek dotyczący wykazania braku podstaw do wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu zostałby spełniony.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny, Zamawiający uznał, iż nie wypełnienie obowiązku wynikającego z wezwania do uzupełnienia dokumentów było świadomym i celowym działaniem Wykonawcy, w związku z czym w ocenie Zamawiającego zatrzymanie wadium było uzasadnione. Od tej decyzji Zamawiającego ww. Wykonawca nie wniósł zastrzeżeń. (*Dowód: karta 1421*).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż okolicznością wskazującą na współpracę trzech przedsiębiorców (ROBERTO, ELEKTROBUD, Zakład Nowosza) w celu zapewnienia wygranej droższej ofercie w rozpatrywanym powyżej przetargu nr 3 jest przede wszystkim działanie ww. przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupelnianiu) ofert.

W przetargu tym złożenie ofert przez trzy firmy (ROBERTO, Zakład Nowosza i ELEKTROBUD) oraz ich nieuzupelnienie przez dwóch przedsiębiorców, którzy złożyli oferty najtańsze (ROBERTO, Zakład Nowosza) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najdroższą (ELEKTROBUD) wskazuje **na celowe i skoordynowane działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z najwyższą ceną.**

Powyższe zachowanie ww. trzech Stron postępowania, w powiązaniu z przedstawionymi wcześniej okolicznościami wskazującymi na faktyczną współpracę tych przedsiębiorców w ramach przetargu nr 3 (tj. posługiwanie się tymi samymi referencjami przez ROBERTO i Zakład Nowosza,) oraz całokształtem relacji pomiędzy przedsiębiorcami (powiązania rodzinne ROBERTO i ELEKTROBUD) wskazuje, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także, iż w ramach wyżej opisanego przetargu, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie wyrażone przez trzech oferentów podejrzanych o zмовę przetargową w ww. przetargu, tj.: Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza, Firmę Produkcyjno–Usługowo–Handlową, „ROBERTO” Robert Droszcz oraz Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO”.



Stanowisko Zakładu Ogólnobudowlanego Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza

Przedsiębiorca stwierdził, iż – w przedmiotowym przetargu nie doszło do zarzucanej zmywy przetargowej z firmami „ELEKTROBUD” i „ROBERTO”. Ponadto oświadczył, iż „W postępowaniu wyjaśniającym do mojej oferty złożyłem na piśmie stosowne wyjaśnienia, podając, że zaofferowana przeze mnie cena oferty została rzetelnie skalkulowana oraz, że będę w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób rzetelny i terminowy. Zarzucany mi brak przedłożenia konkretnych danych podyktowany był obawą odrzucenia mojej oferty, ponieważ czynniki cenotwórcze, które użyłem do kalkulacji oferty były niższe od średnich cen krajowych, stąd moja obawa, a zależało mi na wygraniu i przystąpieniu do prac.”.

(Dowód: karta 2015).

Stanowisko Firmy Produkcyjno - Usługowo-Handlowej „ROBERTO” Robert Droszcz

Przedsiębiorca stwierdził, iż niezuzupełnienie przez niego dokumentacji przetargowej w sposób wymagany przez Zamawiającego (tj. nie wykazanie jednej usługi polegającej na konserwacji oświetlenia drogowego dla ilości minimum 2500 punktów świetlnych oraz brak aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego) było wynikiem nienależytej analizy wymogów Zamawiającego w tym zakresie a nie celowego działania, zmierzającego do wykluczenia firmy „ROBERTO” z przetargu. Ponadto przedsiębiorca zaznaczył, iż osobą odpowiedzialną za przygotowanie dokumentacji ofertowej była w jego firmie Pani D.B. W związku z przejściem ww. pracownicy na urlop w okresie przygotowywania i składania oferty do przedmiotowego przetargu wszelkie kwestie dotyczące postępowań przetargowych „przeszły” na właściciela firmy Pana Roberta Droszcza, który stwierdził, iż ze względu na niedostateczną znajomość przez niego prawa oraz procedur przetargowych, pewne błędy i uchybienia były w zasadzie nieuniknione. Zdaniem przedsiębiorcy nie wynikały one jednak z jakichś zamierzonych jego działań, zaniechań, czy też złej woli.

(Dowód: karty 1599 b, 2026-2029).

Stanowisko Firmy Produkcyjno-Usługowo-Handlowej „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz

Przedsiębiorca stwierdził m.in., iż nie istnieje porozumienie ograniczające konkurencję pomiędzy Uczestnikami przetargu. Ścisłe więzi rodzinne nie mają wpływu na prowadzoną przez firmę ELEKTROBUD działalność gospodarczą oraz podejmowane przez nią decyzje. Przedsiębiorca podniósł, iż nie wie dlaczego w niektórych postępowaniach przetargowych Wykonawcy nie wyjaśnili w poprawny sposób, zgodnie z wytycznymi i oczekiwaniami Zamawiającego przyczyn rażąco niskiej ceny albo nie dołączyli odpowiednich dokumentów.

(Dowód: karta 2041).

2. Przetarg organizowany przez Gminę Zgorzelec.

2.1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi osiedlowej w obrębie Jerzmanek w granicach działek nr 2/26, 2/29, 2/34”, organizowane przez Gminą Zgorzelec (dalej również „Przetarg nr 4”).



Powyższe postępowanie przetargowe zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2015 r. pod numerem 117928-2015. Termin składania ofert ustalony został do dnia 8 czerwca 2015 r.

W dniu 8 czerwca 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (275 500,00 zł).

Należy zaznaczyć, iż oferty firm ELEKTROBUD, ZBI RICARDO i ROBERTO zostały zarejestrowane pod kolejnymi numerami a oferty firm ELEKTROBUD i ZBI RICARDO zostały złożone niemal w tym samym czasie (ELEKTROBUD – godz. 8.13, ZBI RICARDO – godz. 8.14) (*Dowód: karty 922 – 924*).

W postępowaniu złożono 11 ofert, które zawierały następujące ceny (brutto):

- 159 150,75 zł – FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu*;
- 194 371,30 zł – Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” w Zgorzelcu*;
- 195 270,16 zł – PW BUDAGRO Marian Mróz w Pieńsku;
- 201 714,44 zł – INSBUD Sp. z o.o. w Zgorzelcu;
- 205 261,53 zł – PBiRDBO Waław Marcinkiewicz z Lubania;
- 208 037,11 zł – DROG-MAX Tadeusz Mak w Zgorzelcu;
- 215 862,45 zł – Usługi Sprzętowo – Transportowe Józef Słabicki w Zgorzelcu;
- 229 018,92 zł – ALE Sp. z o.o. Sp. kom. z Pisarzowic k/Lubania;
- 237 339,45 zł – FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu*;
- 239 998,95 zł – PB Strykowski Sp. z o.o. z Radzimowie Dolnym;
- 298 492,55 zł – Gminne Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Bogatyni.

*domniemani uczestnicy zмовы przetargowej.

(*Dowód: karty 543-552*).

Pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał firmę „ELEKTROBUD”, która złożyła najtańszą ofertę do uzupełnienia dokumentacji ofertowych o:

1. złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny;
2. wykazanie wiedzy i doświadczenia zgodnie z pkt 10.1.1 SIWZ – Wykonawca powinien załączyć dowody dotyczące wykonania w ostatnich 5 latach co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie/przebudowie/remontie nawierzchni z kostki brukowej betonowej o wartości minimum 150 000,00 zł brutto każda. Wykonawca w swojej ofercie wskazał natomiast jedno zamówienie spełniające powyższe kryterium (o wartości 159,900,00 zł brutto) i jedno zamówienie nie spełniające tego kryterium (o wartości 145 000,00 zł brutto).

(*Dowód: karty 657 - 658*).

Wykonawca – pismem z dnia 16 czerwca 2015 r. - złożył stosowne wyjaśnienia odnośnie pkt 1 (tj. zaoferowanej ceny). W odpowiedzi na uzupełnienie dokumentów (pkt 2) nie wykazał natomiast wiedzy i doświadczenia spełniającego warunki udziału w postępowaniu (nie przedłożył drugiego zamówienia o wartości minimum 150 000,00 brutto).

(*Dowód: karty 655 - 656*).



W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę firmy ELEKTROBUD i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej droższej oferty ZBI RICARDO. Firma ELEKTROBUD została podwykonawcą ZBI RICARDO przy realizacji tego zamówienia (Dowód: karta 888).

Należy wskazać, iż oferta firmy ZBI RICARDO także była niekompletna i również zawierała braki w zakresie nie wykazania - zgodnie z pkt 10.1.1 SIWZ - wiedzy i doświadczenia spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak ww. przedsiębiorca uzupełnił ww. braki w terminie (Dowód: karty 700-705).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż okolicznością wskazującą na współpracę co najmniej dwóch przedsiębiorców (ZBI RICARDO i ELEKTROBUD) w celu zapewnienia wygranej droższej ofercie w rozpatrywanym przetargu nr 4 jest przede wszystkim działanie ww. dwóch przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert.

W przetargu tym złożenie ofert przez dwie firmy (ZBI RICARDO i ELEKTROBUD) oraz ich nieuzupełnienie przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najtańszą (ELEKTROBUD), przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę droższą (ZBI RICARDO) wskazuje **na celowe i skoordynowane działanie dwóch ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z wyższą ceną.** Co więcej firma, która złożyła ofertę najtańszą (ELEKTROBUD) i nie uzupełniła w terminie braków w ofercie została podwykonawcą zwycięzcy przetargu (ZBI RICARDO). Dodatkowo należy zaznaczyć, iż oferty firm ELEKTROBUD i ZBI RICARDO zostały złożone niemal w tym samym czasie.

Prawdopodobny jest też udział w ww. porozumieniu firmy ROBERTO. Mogą świadczyć o tym m.in. rosnące w zbliżonym zakresie (ok. 40 000 zł) wartości cenowe złożonych ofert (tzw. rozstawienie ofert) przez trzy firmy (ZBI RICARDO, ELEKTROBUD i ROBERTO). Udział firmy ROBERTO w ww. zмовie przetargowej uprawdopodobnia również fakt, iż ROBERTO – na wezwanie Zamawiającego – wykazał (uzupełnił) wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od Firmy Usługi Sprzętowo - Transportowe Józef Słabicki referencje wystawione przez Handel Hurtowo-Detaliczny Żak Zdzisław Żak Danuta z 23 lipca 2011 r. Tym samym doświadczeniem (te same referencje) okazała się firma ZBI RICARDO. Wszystkich trzech ww. przedsiębiorców wiązą też ściśle więzy rodzinne.

Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie wyrażone przez trzech oferentów podejrzanych przez Zamawiającego o zмовę przetargową w ww. przetargu, tj.: Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” w Zgorzelcu, Firmę Produkcyjno–Usługowo–Handlową „ROBERTO” Robert Droszcz oraz Firmę Produkcyjno - Usługowo-Handlową „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz.

Stanowisko Zakładu Budowlano – Instalacyjnego „RICARDO”

Przedsiębiorca stwierdził, iż „z kalkulacji zrobionej przeze mnie wyszło za przedmiot zamówienia 194 371,30 zł. Za oferowaną kwotę zadanie wykonałem. Firma PUH ELEKTROBUD dopiero rozpoczyna działalność na rynku. Warunkiem posiadania referencji jest wykonanie zlecenia w sposób należyty, więc część robót zleciłem Firmie PUH ELEKTROBUD”.

(Dowód: karty 1996-1997).

Stanowisko Firmy Produkcyjno-Uslugowo-Handlowej „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz.

Przedsiębiorca stwierdził, iż na wezwanie Zamawiającego prawdopodobnie częściowo uzupełnił swoją ofertę, sądząc, iż przedłożone przez niego referencje zostaną uwzględnione. Zamawiający jednakże uznał wyjaśnienia za niewystarczające (w dalszym ciągu brakowało wykazania drugiego zamówienia o wartości minimum 150 000,00 brutto) i odrzucił ofertę firmy „ELEKTROBUD”. Przedsiębiorca podniósł, iż nie spodziewał się, że nastąpi konieczność złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wobec czego nie szukał kontrahenta, od którego mógłby uzyskać wymaganej wiedzy i doświadczenia.

(Dowód: karta 2212).

Stanowisko Firmy Produkcyjno-Uslugowo-Handlowej „ROBERTO” Robert Droszcz

Przedsiębiorca stwierdził, iż nie jest mu wiadome z jakich powodów Justyna Droszcz, pomimo skierowanego do niej wezwania, nie uzupełniła wymaganej od niej dokumentacji ofertowej. Podniósł też, iż nie jest w stanie ocenić w oparciu o jakie czynniki cenotwórcze ustalone zostały ceny ofert w tym postępowaniu przez Justynę Droszcz czy przez Ryszarda Droszcz. Wskazał również, że przygotowując ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu i ustalając jego cenę, wziął pod uwagę szereg czynników cenotwórczych, wpływających na końcową wartość tej oferty. Ich suma, powiększona o wysokość naliczonej marży, spowodowała ustalenie wysokości ceny w granicach kwoty 237 000 zł. Przedsiębiorca nie zgodził się z twierdzeniem, iż różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert, złożonych przez wykonawców, którym zarzuca się znowę przetargową, jest przejawem takiego niezgodnego z prawem porozumienia.

(Dowód: karty 2029-2030).

3. Przetarg organizowany przez Gminę Węgliniec.

3.1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa przyłączy dla zasilania oczyszczalni ścieków w Zielonce w ramach kontynuacji zadania „Budowa oczyszczalni ścieków w Zielonce wraz z przyłączeniem istniejącej kanalizacji”, przeprowadzone przez Gminą Węgliniec (dalej również „Przetarg nr 5”).

Powyższe postępowanie przetargowe zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 maja 2015 r. pod numerem 105696-2015. Termin składania ofert ustalony został do dnia 22 maja 2015 r.

W dniu 22 maja 2015 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (30 000,00 zł). W postępowaniu złożono 2 oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 31 207,01 zł – FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu*;
- 36 981,95 zł – Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” w Zgorzelcu*;

*domniemani uczestnicy znowy przetargowej.

Należy zaznaczyć, iż obie ww. oferty zostały złożone osobiście w sekretariacie Urzędu Gminy i Miasta Węgliniec w dniu 22 maja 2015 r. w tym samym czasie, tj. o godz. 7.45 i zostały zarejestrowane pod kolejnymi numerami 5581 i 5582.



Pismem z dnia 26 maja 2015 r. zamawiający wezwał firmę „ROBERTO”, która przedłożyła najtańszą ofertę do uzupełnienia dokumentacji ofertowych o złożenie wyjaśnienia dotyczącego zapisu znajdującego się w treści złożonej oferty tj. „Termin realizacji zamówienia – 36 dni od dnia podpisania umowy” podczas gdy w SIWZ Zamawiający wpisał, że wymagany termin wykonania zamówienia – 30 czerwca 2015 r. Nie złożenie przez firmę ROBERTO ww. wyjaśnień skutkowało odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy i wybór jako najkorzystniejszej droższej oferty ZBI RICARDO. Umowa z tym wykonawcą została zawarta w dniu 8 czerwca 2015 r. Przedmiotowe zamówienie zostało w pełni zrealizowane przez ZBI RICARDO w terminie ustalonym w umowie tj. do dnia 30 czerwca 2015 r.

(Dowód: karty 807-837, 925-927, 2204-2208).

Takie zachowanie przedsiębiorców może świadczyć o tym, iż dwóch uczestników ww. przetargu nr 5 (ROBERTO, ZBI RICARDO) zawarło niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję w wyniku którego jeden z nich (ROBERTO) celowo nie uzupełnił złożonej oferty aby wygrała oferta droższa, złożona przez drugiego przedsiębiorcę (ZBI RICARDO). Dodatkowo należy zaznaczyć, iż obu przedsiębiorców wiązą ściśle więzi rodzinne.

Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie wyrażone przez dwóch oferentów podejrzanych o zмовę przetargową w ww. przetargu, tj.: Zakład Budowlano – Instalacyjny „RICARDO” w Zgorzelcu, Firmę Produkcyjno–Usługowo–Handlową „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu.

Stanowisko Firmy Produkcyjno–Usługowo–Handlowej „ROBERTO” Robert Droszcz

Odnosząc się do kwestii nieuzupełnienia przez firmę ROBERTO dokumentacji ofertowej poprzez zaniechanie wyjaśnienia wpisu dotyczącego terminu realizacji zamówienia i jego sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego przedsiębiorca wyjaśnił, iż określony przez niego termin realizacji przedmiotu zamówienia jako 36 dni od dnia podpisania umowy był terminem, w którym realnie był w stanie wywiązać się z umowy z Zamawiającym.

(Dowód: karty 2030 - 2031).

Stanowisko Zakładu Budowlano – Instalacyjnego „RICARDO”.

Przedsiębiorca stwierdził, iż nie posiada wiedzy dlaczego firma „ROBERTO” nie uzupełniła dokumentów w ww. postępowaniu przetargowym.

(Dowód: karta 1997).

III. Pozostałe ustalenia.

Dodatkowo poniżej wyszczególniono inne zidentyfikowane przetargi, organizowane w latach 2015 - 2016, w których uczestniczyły przynajmniej dwie firmy spośród wymienionych w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego pięciu przedsiębiorców podejrzanych o zмовę przetargową oraz w których firmy te współpracowały ze sobą w jakikolwiek inny sposób (np. konsorcjum, użyczenie zasobów). Analiza tych przetargów wskazuje, iż ww. przedsiębiorcy znają się osobiście i łączą ich



kontakty biznesowe, wykorzystywane również w związku z uczestnictwem w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.

1. Przetargi organizowane przez Gminę Olszyna.

1. Przetarg pn. „Budowa boiska wielofunkcyjnego oraz budynku zaplecza boiska sportowego wraz z niezbędnymi instalacjami w ramach zadania: „Remont i modernizacja stadionu miejskiego w Olszynie”- czerwiec/lipiec 2015

1. FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
2. Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza (Zaręba).

2. Przetarg pn. „Odbudowa dróg gminnych : 1. Olszyna, ul. 1 – go Maja/Skłódowskiej (...) [powódź lipiec 2013]”- kwiecień/maj 2015

1. FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
2. FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu.

Przedsiębiorcy uczestniczyli w ww. przetargach w ramach konsorcjum.

(Dowód: karty 635, 639-643).

2. Przetarg organizowany przez Gminę Leśna.

1. Przetarg pn. „Budowa obiektu lekkoatletycznego wraz z budynkiem zaplecza na działkach nr 696/13, 697,698/2 w Leśnej, powiat lubański”- czerwiec/lipiec 2015

1. FPUH „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
2. Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza (Zaręba)

Przedsiębiorcy uczestniczyli w ww. przetargu w ramach konsorcjum.

(Dowód: karty 616-621).

3. Przetargi organizowane przez Gminę Miasto Zgorzelec.

1. Przetarg pn. „Remont chodnika przy ul. Krupińskiego w Zgorzelcu” – marzec/maj 2015

1. FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
2. FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu.

2. Przetarg pn. „Roboty budowlane polegające na remoncie chodników przy ul. Mickiewicza oraz ul. Brzozowej w Zgorzelcu”- czerwiec/lipiec 2015

1. FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
2. FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu.



W ww. obu przetargach firma ROBERTO w załączonym do oferty wykazie robót wskazała robotę budowlaną pn. „remont chodnika przy ul. Broniewskiego” o powierzchni 149,50 m², zrealizowaną na rzecz Zamawiającego przez podmiot trzeci, tj. firmę ELEKTROBUD.

(Dowód: karty 1210-1232, 1250-1263,)

3. Przetarg pn. „Wymiana lamp oświetlenia drogowego wraz z kablami zasilającymi na ul. Poniatowskiego w Zgorzelcu”- marzec/maj 2015

1. FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
2. FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu.

Firma „ROBERTO” złożyła ofertę z najniższą ceną. Na kolejnym miejscu nie znalazła się firma „ELEKTROBUD” (również uczestnik ww. przetargu). Firma „ROBERTO” prawidłowo uzupełniła braki w ofercie i wygrała ww. przetarg.

(Dowód: karty 1264-1282, 2246-2253).

4. Przetarg pn. „Remont chodnika przy ul. Krańcowej w Zgorzelcu”- maj/lipiec 2015

1. FPUH „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu,
2. FPUH „ELEKTROBUD” Justyna Droszcz w Zgorzelcu.

Firma ELEKTROBUD złożyła ofertę z najniższą ceną. Na kolejnym miejscu nie znalazła się firma ROBERTO (również uczestnik ww. przetargu). Firma ELEKTROBUD prawidłowo uzupełniła braki w ofercie i wygrała ww. przetarg.

(Dowód: karty 1163-1188, 2225-2245).

IV. Podsumowanie

Ze względu na fakt, iż przedstawione powyżej stany faktyczne są relatywnie skomplikowane i dość liczne, organ antymonopolowy sporządził poniżej (w tabeli nr 1) zbiorcze zestawienie umożliwiające uporządkowanie informacji na temat roli poszczególnych przedsiębiorców w porozumieniu.



Tabela 1

Przetarg/ Organizator/ Data otwarcia ofert	Liczba złożonych ofert	Najkorzystniejsza oferta i jej wartość brutto	Druga w kolejności oferta i jej wartość brutto	Trzecia w kolejności oferta i jej wartość brutto	Czwarta w kolejności oferta i jej wartość brutto	Oferta zwycięska i jej wartość brutto	Informacja dodatkowa
Przetarg Nr 1 Powiat Lwówecki 23 lipiec 2015	4	Zakład Nowosza 181 562,780 zł	ROBERTO 206 209,46 zł	ZBI RICARDO 238 500,10 zł	Przedsiębiorca nie objęty porozumieniem 294 787,35 zł	ZBI RICARDO 238 500,10 zł	Przetarg ostatecznie unieważniono*
Przetarg Nr 2 Powiat Lwówecki 27 lipiec 2015	10	Przedsiębiorca nie objęty porozumieniem 292 834,71 zł (termin gwarancji 72 miesiące)	Zakład Nowosza 278 241,67 zł (termin gwarancji 36 miesiący)	ROBERTO 318 035,44 zł (termin gwarancji 72 miesiące)	ELEKTROBUD 394 932,91 zł (termin gwarancji 72 miesiące)	Przedsiębiorca nie objęty porozumieniem 292 834,71 zł (termin gwarancji 72 miesiące)	
Przetarg Nr 3 Gmina Miejska Zgorzelec 22 lipiec 2015	3	Zakład Nowosza 386 033,04 zł.	ROBERTO 579 049,56 zł	ELEKTROBUD 617 652,86 zł	-	ELEKTROBUD 617 652,86 zł	-
Przetarg Nr 4 Gmina Zgorzelec 8 czerwiec 2015	11	ELEKTROBUD 159 270,16 zł	ZBI RICARDO 194 371,30 zł	Przedsiębiorca nie objęty porozumieniem 195 270,16 zł	ROBERTO 237 339,45 zł	ZBI RICARDO 194 371,30 zł	ELEKTROBUD została podwykonawcą ZBI RICARDO
Przetarg Nr 5 Gmina Węgliniec 22 maj 2015	2	ROBERTO 31 207,01 zł	ZBI RICARDO 36 981, 95 zł	-	-	ZBI RICARDO 36 981, 95 zł	

Źródło: Opracowanie własne UOKiK na podstawie akt sprawy.

* Zamawiający odrzucił ostatecznie - na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp - oferty złożone przez trzech Uczestników domniemanej zmywy przetargowej (domniemanie zmywy przetargowej), natomiast oferta 4 wykonawcy (nie objętego porozumieniem) przekroczyła kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zadania.

** Oferta FPUH ROBERTO była 9 w kolejności.

Z tabeli nr 1 wynika, iż we wszystkich pięciu rozpatrywanych przez organ antymonopolowy przetargach uczestniczyła firma ROBERTO. W trzech przetargach uczestniczyły trzy podmioty, tj.: Zakład Nowosza (przetarg nr 1, 2 i 3), ZBI RICARDO (przetarg nr 1, 4 i 5) oraz ELEKTROBUD (przetarg nr 2, 3 i 4). W żadnym z tych przetargów nie uczestniczyła firma FPUH RICARDO

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż cztery z pięciu przedmiotowych przetargów wygrały firmy będące uczestnikami domniemanej zmywy przetargowej (tj. przetarg nr 1, 3, 4 i 5). We wszystkich tych czterech przetargach (tj. w przetargu nr 1, 3, 4 i 5) wystąpił mechanizm wycofywania (nieuzupełniania) ofert przez Uczestnika postępowania oferującego najniższą cenę (oferta potencjalnie zwycięska) w celu umożliwienia wygrania danego przetargu przez innego Uczestnika oferującego cenę wyższą.

W przetargu nr 2 ww. mechanizm polegający na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert nie mógł zostać zastosowany ponieważ ofertę z najniższą ceną (tj. ofertę zwycięską) złożyła firma nie będąca uczestnikiem niedozwolonego porozumienia. Niemniej jednak w tym przetargu wystąpiły inne – wskazane na str. 14 i 15 - okoliczności wskazujące na faktyczną

współpracę Stron postępowania również w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. posługiwanie się tymi samymi referencjami, powoływanie się na ten sam potencjał, składanie ofert w tym samym czasie przez jedną osobę).

Z czterech potencjalnie wygranych przez Strony niniejszego postępowania przetargów aż w trzech przypadkach zwycięską była oferta złożona przez ZBI RICARDO, a w jednym przypadku oferta firmy ELEKTROBUD. W rzeczywistości firma ZBI RICARDO wygrała dwukrotnie bowiem jeden przetarg (nr 1) został ostatecznie przez Zamawiającego unieważniony (ze względu na domniemanie zмовы przetargowej).

Ocena prawna ustalonych faktów

Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającego na uzgadnianiu w postępowaniach przetargowych o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem było wykonywanie robót budowlano-remontowych, warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

Interes publiczny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla Zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie



środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

W ocenie Prezes Urzędu w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego uzasadniającego jego interwencję. Naruszenie to polega na złamaniu zasad konkurencji w przetargach, które wymaga oceny w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, z późn. zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 i art. 2 ww. ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*). Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą. Poniżej wymienione strony niniejszego postępowania antymonopolowego:

- Ireneusz Nowosza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w miejscowości Zaręba,
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu,
- Robert Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu),
- Justyna Droszcz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu,

prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Natomiast Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu z dniem 31 stycznia 2016 r. zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej i od tej daty nie posiada już statusu przedsiębiorcy. W konsekwencji ww. podmiot nie jest również przedsiębiorcą w rozumieniu

art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i nie podlega regulacjom tej ustawy.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez rynek właściwy rozumie się rynek 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.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te 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 zbieżne 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 powinno opierać się na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

Za takim określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfika realizacji zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówień, na wykonanie których zapotrzebowanie zgłaszali Zamawiający w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Obejmowały one m.in.: budowę boisk, remonty dróg i chodników, budowę i remonty budynków, budowę oczyszczalni ścieków.

W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim mogło zostać zawarte niedozwolone porozumienie jest więc rynek wykonywania robót budowlano-remontowych.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek wykonywania robót budowlano-remontowych ma wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na omawianych rynkach właściwych produktowo istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby, choćby potencjalnie, ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na danym obszarze geograficznym. Na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania. Prawdopodobnie takiego określenia geograficznego wymiaru rynku

potwierdza także fakt, iż uczestnicy ww. przetargów składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski, w tym często w przetargach organizowanych w miastach odległych od miejsca ich siedziby.

Nadmienić przy tym należy, iż struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z polskimi i wspólnotowymi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, zmywy przetargowe, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Udział w rynku właściwym przedsiębiorców objętych porozumieniem i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Podsumowując należy wskazać, iż rynkem właściwym w niniejszej sprawie jest krajowy rynek wykonywania robót budowlano-remontowych.

Zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – „zmowa przetargowa”

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy 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. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są znowami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

- 1) zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami;
- 2) celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
- 3) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

Definicja porozumienia i charakter porozumienia zawartego przez Strony postępowania wymienione w pkt I sentencji.

Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się: 1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, 3) 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 rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w



wyniku praktycznej współpracy w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regulami wolnej konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest zatem konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) podkreśla się, że: „wykazanie istnienia zmowy 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 (...)”¹. Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, w odniesieniu do porozumień cenowych, że „mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”². W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa Urzędu w celu wykazania zmów przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822 z późn. 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 wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

W innym orzeczeniu SOKiK uznał, że każda z okoliczności świadczących o wzajemnej współpracy przedsiębiorców nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego (np. powiązania kapitałowe pomiędzy oferentami, nieuzupełnianie najtańszej oferty, posługiwanie się wspólnymi szablonami). Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności (...) uzasadnia domniemanie, że uczestniczyli oni w porozumieniu przetargowym³.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa regulująca zasady ich współpracy w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Zdaniem Prezesa Urzędu, pomiędzy czterema przedsiębiorcami, tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD i ZBI RICARDO istniało porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Taki wniosek można wysnuć na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego. Całokształt faktów i okoliczności wskazuje na to, że ww. cztery Strony postępowania ze sobą współpracowały przy sporządzaniu i składaniu ofert oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż z zebranego materiału dowodowego nie wynika uczestnictwo w przedmiotowej zmowie firmy FPUH RICARDO.

¹ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 117/05)

² Wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39

³ Wyrok SOKiK z dnia 28 stycznia 2016 r. (sygn. akt: XVII Ama 12/14)

Okoliczności i argumenty świadczące o działaniu w ramach umowy przetargowej

Okoliczności i argumenty świadczące o zawarciu przez strony postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w postaci umowy przetargowej można podzielić na:

- 1) działania przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert;
- 2) okoliczności wskazujące na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów;
- 3) całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami – powiązania gospodarcze i rodzinne.

Mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert

Zebrane w sprawie dowody - zdaniem Prezesa Urzędu - wskazują, że czterech przedsiębiorców tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD i ZBI RICARDO stosowało mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert. Oferty ww. Uczestników postępowania (przynajmniej dwóch w danym postępowaniu przetargowym) były „rozstawiane”, tj. oferowane przez nich ceny były odpowiednio różnicowane, a następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę była wycofywana (nieuzupełniana). Taka sytuacja miała miejsce łącznie w czterech postępowaniach przetargowych, przy czym w dwóch postępowaniach (przeprowadzonych przez Powiat Lwówecki – przetarg nr 2 i Gminę Miejską Zgorzelec – przetarg nr 3) doszło do podwójnego wycofania oferty, tj. swoje oferty kolejno wycofali przedsiębiorcy, którzy zajęli w klasyfikacji ofert miejsca pierwsze i drugie, co następnie skutkowało udzieleniem zamówienia przedsiębiorcy, który w pierwotnej klasyfikacji ofert zajął dopiero trzecią pozycję.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że do wycofywania (nieuzupełniania) ofert dochodziło jedynie w tych przypadkach, w których oferty Stron postępowania zajmowały w klasyfikacji ofert miejsca pierwsze oraz bezpośrednio następne (tj. drugie lub drugie i trzecie). Do wycofania oferty doszło w każdym z analizowanych przez Prezesa Urzędu postępowań przetargowych, w którym wystąpił taki układ ofert w klasyfikacji. Jeżeli zaś oferty Stron postępowania w klasyfikacji ofert zajmowały miejsca pierwsze i trzecie lub dalsze, tj. były przedzielone ofertami innych przedsiębiorców (nie będących uczestnikami potencjalnej umowy przetargowej) nie dochodziło – co do zasady - do wycofania (nieuzupełniania) oferty. W tych przypadkach wycofanie (nieuzupełnianie) oferty spowodowałoby udzielenie zamówienia Wykonawcy spoza grona przedsiębiorców podejrzewanych o działanie w ramach umowy.

Dla uczestników postępowań przetargowych działających w ramach umowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert kluczowe jest uzyskanie, po otwarciu przez zamawiającego ofert, informacji o ofertach złożonych w postępowaniu wraz z zaoferowanymi cenami. Tylko dysponując takimi informacjami uczestnicy niedozwolonego porozumienia mogą ustalić, czy złożone przez nich oferty są kolejno dwiema lub trzema najkorzystniejszymi, co stanowi warunek konieczny dla możliwości osiągnięcia przez strony postępowania założonego przez nie antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty współpracującego przedsiębiorcy zawierającej wyższą cenę.

Podkreślić należy, że Strony postępowania nie uzupełniając braków w ofertach dysponowały takimi informacjami. Szczegółowe informacje dotyczące Wykonawców oraz złożonych przez nich ofert były w większości przypadków zawarte w zawiadomieniach o wynikach przetargu przesyłanych przez Zamawiających Wykonawcom.



Tak więc, stosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania ofert było co do zasady nieuzupełnienie braków w złożonych ofertach. Ten z przedsiębiorców, który oferował niższą cenę za wykonanie zamówienia nie przedstawiał w swojej ofercie m.in. następujących dokumentów lub dokonywał m.in. następujących czynności niweczających skuteczność złożonej przez siebie oferty:

- a) brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- b) brak aktualnego zaświadczenia z ZUS lub KRUS,
- c) składanie niewystarczających wyjaśnień, dotyczących podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Pierwsza z powyższych sytuacji miała przykładowo miejsce w dwóch postępowaniach, tj. w przetargu nr 1 pn. „Budowa boiska wielofunkcyjnego na terenie Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Gryfowie Śl.”, zorganizowanym przez Powiat Lwówecki (Zakład Nowosza i ROBERTO) oraz w przetargu nr 4 pn. „Przebudowa drogi osiedlowej w obrębie Jerzmanek w granicach działek nr 2/26, 2/29, 2/34”, przeprowadzonym przez Gminą Zgorzelec (ELEKTROBUD).

Wszystkie trzy sytuacje wystąpiły natomiast w przetargu nr 3 pn. „Bieżące utrzymanie oraz konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zgorzelec”, przeprowadzonym przez Gminę Miejską Zgorzelec (Zakład Nowosza w zakresie trzecim i firma ROBERTO w zakresie pierwszym i drugim).

Jest więc rzeczą bezsporną, iż ww. mechanizm polegający na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert został faktycznie zastosowany w czterech z pięciu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (tj. w przetargu nr 1, 3, 4 i 5).

W przetargu nr 1 złożenie ofert przez trzy firmy (Zakład Nowosza, ROBERTO, ZBI RICARDO) oraz ich nieuzupełnienie przez dwóch przedsiębiorców, którzy złożyli oferty najtańsze (ROBERTO, Zakład Nowosza) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najdroższą (ZBI RICARDO) wskazuje na celowe działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z najwyższą ceną.

W przetargu nr 3 złożenie ofert przez trzy firmy (ROBERTO, ELEKTROBUD, Zakład Nowosza) oraz ich nieuzupełnienie przez dwóch przedsiębiorców, którzy złożyli oferty najtańsze (ROBERTO, Zakład Nowosza) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najdroższą (ELEKTROBUD) wskazuje na celowe działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z najwyższą ceną.

W przetargu nr 4 złożenie ofert przez trzy firmy (ZBI RICARDO, ELEKTROBUD i ROBERTO) oraz ich nieuzupełnienie przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najtańszą (ELEKTROBUD) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorców, którzy złożyli oferty droższe (ZBI RICARDO, ROBERTO) wskazuje na celowe działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z wyższą ceną. Co więcej firma, która złożyła ofertę najtańszą (ELEKTROBUD) i nie uzupełniła w terminie braków w ofercie została podwykonawcą zwycięzcy przetargu (ZBI RICARDO).

W przetargu nr 5 złożenie ofert przez dwie firmy (ZBI RICARDO i ROBERTO) oraz ich nieuzupełnienie przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najtańszą (ROBERTO) wskazuje na celowe działanie dwóch ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z wyższą ceną.

Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, wskazuje na działanie w ramach zмовы przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie



życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na rezygnację z realizacji zamówienia. Nieuzasadniona rezygnacja z możliwości wygrania przetargu i zawarcia umowy stanowi zatem podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. 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 zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk.

W związku z powyższym Prezes Urzędu rozważył wskazane przez przedsiębiorców okoliczności mające racjonalizować ich postępowanie w ww. przetargach. Przekazywane przez przedsiębiorców Zamawiającym przyczyny odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczyły m.in. zwolnień lekarskich pracownika, niedostatecznej znajomości przepisów, nienależytej analizy wymogów Zamawiającego. Wszystkie wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe, w przypadku części przetargów powtarzały się i zdaniem Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie.

Przykładowo Pan Robert Droszcz (ROBERTO) w toku postępowania twierdził, iż wszelkie braki i błędy w składanej u zamawiającego przez firmę ROBERTO dokumentacji spowodowane były przede wszystkim nieobecnością w pracy pracownika firmy (D.B.) oraz niedostateczną wiedzą w tym zakresie Pana Roberta Droszcza. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż organ antymonopolowy nie kwestionuje faktu dłuższej nieobecności ww. pracownika firmy ROBERTO, czy też nawet możliwości braku dostatecznej wiedzy osób ją zastępujących. Wskazuje natomiast na fakty świadczące bezspornie o zawarciu przedmiotowej zmywy przetargowej. W zależności bowiem od zaistniałej sytuacji (konfiguracji złożonych ofert) w danym przetargu, firma ROBERTO (lub inna) albo nie uzupełniała dokumentacji przetargowej albo ją uzupełniała. I tak np. – jak już wskazano wcześniej - w przetargu nr 4 złożenie ofert przez trzy firmy (ZBI RICARDO, ELEKTROBUD i ROBERTO) oraz ich nieuzupełnienie przez przedsiębiorcę, który złożył ofertę najtańszą (ELEKTROBUD) przy jednoczesnym ich uzupełnieniu przez przedsiębiorców, którzy złożyli oferty droższe (w tym firmę ROBERTO) wskazuje bezspornie na celowe działanie trzech ww. firm w celu zapewnienia zwycięstwa ofercie z wyższą ceną. Z kolei w przetargach nr 1, 3 i 5 firma ROBERTO nieuzupełniła braków w swojej ofercie aby umożliwić zwycięstwo ofercie droższej, złożonej przez innego uczestnika niniejszego postępowania (tj. ZBI RICARDO lub ELEKTROBUD). Natomiast Pan Ireneusz Nowosza (Zakład Nowosza) stwierdził, iż błędy które zrobił w ofertach, czy też sytuacje, w których jego oferta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu nie były konsekwencją celowego działania ww. przedsiębiorcy, tylko braku odpowiedniej wiedzy, bądź zrozumienia stawianych przez Zamawiających warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca zaznaczył, iż nie zdawał sobie sprawy, że wskazane zaniechania mogą zostać odczytane jako działania o charakterze bezprawnym. Podobne wyjaśnienia przekazała również w toku postępowania Pani Justyna Droszcz (ELEKTROBUD), która w odpowiedzi na SUZ wystąpiła również z prośbą o wyrozumiałość przy naliczaniu kary pieniężnej i zastosowanie środków łagodzących.

Zdaniem organu antymonopolowego wyjaśnienia te nie są wiarygodne, ponieważ zachowania ww. przedsiębiorców, tj. przede wszystkim przedstawiony powyżej mechanizm polegający na wycofywaniu (nieuzupełnianiu) ofert, w powiązaniu z przedstawionymi poniżej (vide: str. 39-41) okolicznościami wskazującymi na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów (posługiwanie się tym samym doświadczeniem i referencjami, powoływanie się



na ten sam potencjał, podwykonawstwo, składanie ofert w tym samym czasie przez jedną osobę) oraz całokształtem relacji pomiędzy przedsiębiorcami (powiązania gospodarcze i rodzinne), wskazują, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także, iż w ramach wyżej opisanych przetargów, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą. Według Prezesa Urzędu, brak jest racjonalnego wytłumaczenia innego niż zawarcie porozumienia, iż ww. przedsiębiorcy, prowadzący działalność gospodarczą, której celem jest zysk, posiadający tak duże doświadczenie w realizacji robót budowlano-remontowych oraz w uczestnictwie w przetargach na wykonywanie ww. robót, mogli niecelowo składać oferty z określonymi brakami, a następnie braki te – w zależności od konfiguracji ofert w danym przetargu - nieprawidłowo lub prawidłowo uzupełniać.

W tym miejscu należy zaakcentować, iż nieznaną obowiązujących przepisów prawa (w tym m.in. prawa zamówień publicznych i prawa konkurencji), nie zwalnia przedsiębiorców z odpowiedzialności za ich ewentualne naruszenie. Zgodnie z art. 83 Konstytucji każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego (tj. przedsiębiorcach biorących udział w znacznej ilości przetargów).

Zachowanie zgodne z mechanizmem „rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert” potwierdza również zachowanie rynkowe firm ROBERTO i ELEKTROBUD w trakcie dwóch przetargów organizowanych w 2015 r. przez Gminę Miasto Zgorzelec.

W przetargu pn. „Wymiana lamp oświetlenia drogowego wraz z kablami zasilającymi na ul. Poniatowskiego w Zgorzelcu” firma „ROBERTO” złożyła ofertę z najniższą ceną. Na kolejnym miejscu nie znalazła się firma „ELEKTROBUD” (również uczestnik ww. przetargu). Firma „ROBERTO” prawidłowo uzupełniła braki w ofercie i wygrała ww. przetarg.

Natomiast w przetargu pn. „Remont chodnika przy ul. Krańcowej w Zgorzelcu” firma ELEKTROBUD złożyła ofertę z najniższą ceną. Na kolejnym miejscu nie znalazła się firma ROBERTO (również uczestnik ww. przetargu). Firma ELEKTROBUD prawidłowo uzupełniła braki w ofercie i wygrała ww. przetarg.

Okoliczności wskazujące na faktyczną współpracę Stron w ramach przetargów

W toku postępowania antymonopolowego ustalono szereg okoliczności, które wskazują na faktyczną współpracę czterech stron postępowania tj. Zakładu Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD i ZBI RICARDO w trakcie przetargów. Należy do nich m.in. składanie ofert w tym samym czasie przez jedną osobę w sekretariacie zamawiającego oraz wskazywanie tych samych zasobów (wiedzy i doświadczenia, potencjału) dla spełnienia warunków uczestnictwa, w tym wzajemne ich użyczenie.

Ustalono, iż w przypadku większości przetargów ww. przedsiębiorcy składali oferty w tym samym czasie (vide: przetarg nr 1, 2 i 5), często za pośrednictwem jednej osoby.

Na faktyczną współpracę między przedsiębiorcami w ramach przetargów wskazują też m.in. następujące okoliczności:

- w przetargu nr 1 pn. „Budowa boiska wielofunkcyjnego na terenie Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Gryfowie Śl.”, zorganizowanym przez Powiat Lwówecki, firma ZBI RICARDO przedłożyła referencje użyczone przez FPUH RICARDO, którymi posługiwał się także potencjalny konkurent ZBI RICARDO w tym przetargu - Zakład Nowosza;



- w przetargu nr 2 pn. „Remont chodnika w ciągu drogi powiatowej nr 2542D ul. Kolejowa w Gryfowie Śląskim o długości 490 mb”, zorganizowanym przez Powiat Lwówecki - Zarząd Dróg Powiatowych w Lwówku Śl.:
 - Zakład Nowosza wykazywał wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od Firmy Usługi Sprzętowo - Transportowe Józef Słabicki referencje wystawione przez Handel Hurtowo-Detaliczny Żak Zdzisław Żak Danuta z dnia 5 kwietnia 2011 r. i 23 lipca 2011 r. Tym samym doświadczeniem (te same referencje) okazał się potencjalny konkurent Zakładu Nowosza w tym przetargu - firma ROBERTO;
 - Firma ELEKTROBUD wykazywała, korzystanie z tego samego potencjału osobowego, co potencjalny konkurent w tym przetargu - firma ROBERTO. Wykonawcy Ci na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykazali, że robotami budowlanymi kierować będzie ta sama osoba;
 - Firma ROBERTO wykazywała wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od firmy ELEKTROBUD (potencjalnego konkurenta w tym przetargu) poświadczenie wystawione przez Urząd Miasta Zgorzelec z dnia 9 września 2014, na które firma ta powołała się w swojej ofercie;
- w przetargach pn. „Remont chodnika przy ul. Krupińskiego w Zgorzelcu” oraz „Roboty budowlane polegające na remoncie chodników przy ul. Mickiewicza oraz ul. Brzozowej w Zgorzelcu”, zorganizowanych przez Gminę Miasto Zgorzelec, firma ROBERTO w załączonym do oferty wykazie robót wskazała robotę budowlaną pn. „remont chodnika przy ul. Broniewskiego” o powierzchni 149,50 m², zrealizowaną na rzecz Zamawiającego przez podmiot trzeci, tj. firmę ELEKTROBUD (potencjalnego konkurenta w tym przetargu);
- w przetargu nr 4 pn. „Przebudowa drogi osiedlowej w obrębie Jerzmanek w granicach działek nr 2/26, 2/29, 2/34”, zorganizowanym przez Gminę Zgorzelec:
 - Firma ELEKTROBUD pomimo złożenia oferty najtańszej (zwycięskiej) nie uzupełniła w terminie braków formalnych w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia spełniającego warunki udziału w postępowaniu i została wykluczona z tego postępowania. Po wygraniu ww. przetargu przez następną w kolejności firmę ZBI RICARDO firma ELEKTROBUD została podwykonawcą ZBI RICARDO;
 - Firma ROBERTO – na wezwanie Zamawiającego – wykazała (uzupełniła) wymagane doświadczenie przedstawiając zapożyczone od Firmy Usługi Sprzętowo - Transportowe Józef Słabicki referencje wystawione przez Handel Hurtowo-Detaliczny Żak Zdzisław Żak Danuta z 23 lipca 2011 r. Tym samym doświadczeniem (te same referencje) okazała się firma ZBI RICARDO (potencjalny konkurent w przetargu).

Należy w tym miejscu wyraźnie zaakcentować, iż sama współpraca uczestników postępowań przetargowych polegająca m.in. na posługiwaniu się tymi samymi referencjami i doświadczeniem i/lub powoływaniem się wzajemnie na ten sam potencjał pokazuje jedynie, że firmy się znają i współpracują ze sobą, co z kolei umożliwia im dokonywanie określonych niedozwolonych ustaleń, chociaż oczywiście nie musi do takich ustaleń prowadzić.



Powiązania gospodarcze i rodzinne

Przy ocenie istnienia między Stronami postępowania antymonopolowego zmowy przetargowej Prezes Urzędu uwzględnił także całokształt relacji między Uczestnikami postępowania.

Istnienie różnorodnych związków między przedsiębiorcami, w tym gospodarczych lub rodzinnych umożliwia przedsiębiorcom dokonywanie uzgodnień i zwiększa ich stabilność poprzez zwiększenie katalogu możliwych działań odwetowych. Choć same w sobie związki takie nie stanowią podstaw do przyjęcia, iż strony rzeczywiście działały w porozumieniu, mają one istotne znaczenie w sytuacji, gdy inne ustalenia sugerują skoordynowane działanie przedsiębiorców, wzmacniając wnioski o istnieniu porozumienia.

Dowody zebrane w toku niniejszego postępowania antymonopolowego wskazują na istnienie takich powiązań pomiędzy przedsiębiorcami.

Większość stron postępowania należy do jednej rodziny. Ryszard Droszcz (ZBI RICARDO) jest ojcem Roberta Droszcza (ROBERTO) oraz Ryszarda Droszcza (FPUH RICARDO), zaś Justyna Droszcz jest żoną Ryszarda Droszcza (FPUH RICARDO) i zarazem synową Ryszarda Droszcza (ZBI RICARDO) oraz szwagierką Roberta Droszcza (ROBERTO).

Na powiązania gospodarcze wskazują natomiast m.in. okoliczności wymienione wcześniej na str. 39 i 40 niniejszej decyzji.

Powyższe fakty świadczą o istnieniu pomiędzy przedsiębiorcami złożonych powiązań gospodarczych i rodzinnych, które wskazują na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych. Powiązania te zapewniały nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert.

Podsumowanie

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności, tj. wycofywanie (nieuzupełnianie) ofert, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów oraz istniejące między nimi powiązania gospodarcze i rodzinne, pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez czterech Uczestników (tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD i ZBI RICARDO) zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż na zawarcie zmowy przetargowej wskazują przede wszystkim działania ww. przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert.

Jest rzeczą bezsporną, iż ww. mechanizm polegający na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert został faktycznie zastosowany w czterech z pięciu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w przetargu nr 1, 3, 4 i 5 (vide: str. 37).

Powyższe zachowania ww. stron postępowania (Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD i ZBI RICARDO), tj. mechanizm polegający na wycofywaniu (nieuzupełnianiu) ofert, w powiązaniu z przedstawionymi wcześniej okolicznościami wskazującymi na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów (posługiwanie się tym samym doświadczeniem i referencjami, powoływanie się na ten sam potencjał, podwykonawstwo, składanie ofert w tym samym czasie przez jedną osobę) oraz całokształtem



relacji pomiędzy przedsiębiorcami (powiązania gospodarcze i rodzinne), wskazują, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także, iż w ramach wyżej opisanych przetargów, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Tak więc, zdaniem Prezesa Urzędu, w opisanych przetargach czterech przedsiębiorców (tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD, ZBI RICARDO) występowało jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Powyższe Strony postępowania w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, organ antymonopolowy nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zmywy przetargowej.

Dodatkowo należy zaakcentować, iż ważnym ogniwem przedmiotowego kartelu przetargowego była firma ZBI RICARDO, która uczestniczyła w trzech z pięciu rozpatrywanych przetargów i wygrała wszystkie trzy. Niemniej jednak – jak już wcześniej zaznaczono - Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu z dniem 31 stycznia 2016 r. zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej i od tej daty nie posiada już statusu przedsiębiorcy. W konsekwencji ww. podmiot nie jest również przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nie podlega regulacjom tej ustawy.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż w ocenie Prezesa Urzędu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający dla udowodnienia i wykazania, że uczestnikiem przedmiotowego porozumienia ograniczającego konkurencję jest również FPUH RICARDO (vide: str. 46)

Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

Zgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 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, 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”*. Uwzględniając brzmienie tej regulacji należy przyjąć, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny – mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno co najmniej dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Zebrane dotychczas dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom mogli uzyskać zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowań

przetargowych, w wyniku czego wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 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 – 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 rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie 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 udowodnienia 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,



sposzczywa na przedsiębiocy (strona powołuująca się na wylęczenie 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 przedsiębiocami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W związku z powyższym, zastosowanie wylęczenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

Ciągły charakter praktyki

W orzecznictwie Komisji Europejskiej i sądów unijnych została wypracowana i utrwalona koncepcja, że w kartelach trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębioców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji, uprawnione jest przyjęcie, że stanowią one jedno, ciągłe naruszenie. Takie podejście zostało zaprezentowane w sprawie Herkules przeciwko Komisji, w której wskazano, że sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia.⁴ Z kolei w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że antykonkurencyjne porozumienie może się składać nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania.⁵

Powyższa koncepcja jednego, ciągłego naruszenia ma w pełni zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Praktyka stwierdzona w punkcie I decyzji przejawiała się powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron postępowania, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego opracowania ofert i rezygnacji z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez tego z przedsiębioców, który zaoferował niższą cenę, w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębioców, który zaoferował cenę wyższą. Istotną okolicznością uzasadniającą ciągły charakter praktyki stwierdzonej w niniejszej decyzji jest duża liczba (5) postępowań przetargowych, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębioców w ramach zmowy przetargowej, w trakcie ok. 2 miesięcy trwania praktyki (maj – lipiec 2015r.). Nagromadzenie takich postępowań przetargowych było tak duże, że okresy, w których przeprowadzane były poszczególne przetargi zazwyczaj nakładały się na siebie. Przykładowo można wskazać, że otwarcie ofert aż w trzech przetargach miało miejsce pomiędzy 22 lipca 2015 r. a 27 lipca 2015 r. (przetarg nr 1, 2 i 3).

Powyższe wskazuje, że przedsiębiocy dokonywali uzgodnień ofert i zachowań wpływających na ostateczny wynik danego przetargu jeszcze przed zakończeniem poprzedniego postępowania przetargowego, w którym dokonywali takich uzgodnień.

Nie ma przy tym żadnego znaczenia, iż nie wszyscy przedsiębiocy podejrzani o znowę przetargową brali jednocześnie udział w postępowaniach przetargowych. Zaznaczenia wymaga, że w ramach ciągłego i jednolitego porozumienia nie wszyscy jego uczestnicy w każdym aspekcie muszą wypełniać wszystkie z jego znamion.

⁴ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja, Zb. Orz. Z 1991 r., II-1711, pkt 262-263; także decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Pre-Insulated Pipe Cartel, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131; decyzja Komisji w sprawie Citrid acid, Dz. Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143.

⁵ Sprawa C-49/92P Komisja v Anic Partecipazioni SpA, pkt 78-81, 83-85 i 203 oraz decyzja Komisji sprawa COMP/38.620 Hydrogen Peroxide and Perborate, pkt 327.



W pełni uprawniony jest zatem wniosek, że powtarzalne i jednorodne zachowania stron postępowania w różnych przetargach były przejawem realizacji jednolitego porozumienia mającego wspólny cel w postaci ograniczenia konkurencji i praktyki o charakterze ciągłym.

W rozpatrywanej sprawie Prezes Urzędu uznał więc, iż niedozwolone porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji miało charakter ciągły i trwało co najmniej od dnia 22 maja 2015 r. (data otwarcia ofert w przetargu nr 5) do dnia 27 lipca 2015 r. (data otwarcia ofert w przetargu nr 3), tj. ok. 2 miesiące.

W świetle powyższego, orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Umorzenie postępowania względem ZBI RICARDO i FPUH RICARDO

W punkcie II sentencji niniejszej decyzji umorzono postępowanie antymonopolowe wszczęte przeciwko: **przedsiębiorcom:**

- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu (ZBI RICARDO),
- Ryszard Droszcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu (FPUH RICARDO).

Zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, gdy postępowanie administracyjne z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

Umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 jest obligatoryjne, co oznacza, iż ustalenie przesłanki bezprzedmiotowości postępowania stwarza obowiązek zakończenia postępowania w danej instancji przez jego umorzenie, ponieważ brak podstaw do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty. Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku stanowiłoby o jego wadliwości, mającej istotny wpływ na wynik sprawy.

Podkreślić przy tym należy, iż przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III SA 2225/01) podniósł, że bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia.

Umorzenie postępowania względem ZBI RICARDO

Postępowanie w sprawach antymonopolowych podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne, toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stroną postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Zgodnie natomiast z jej przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7, 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 warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przepisy określające zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję, zawarte w art. 6 i 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stosuje się zatem jedynie do przedsiębiorców i ich związków.

Definicja legalna pojęcia „przedsiębiorcy” zawarta jest w art. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zgodnie z art. 4 pkt 1 powołanego artykułu, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Po myśli natomiast art. 4 ust. 1 ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu postawił zarzut stosowania praktyki naruszającej ograniczającej konkurencję przedsiębiorcy pn. Ryszard Droszcz prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano - Instalacyjny „RICARDO” Ryszard Droszcz w Zgorzelcu. W toku prowadzonego postępowania ujawniono jednak, że osoba, której postawiono zarzuty, nie jest już przedsiębiorcą. Pan Ryszard Droszcz - jak wynika z wpisu w CEIDG - z dniem 31 stycznia 2016 r. zaprzestał prowadzenia ww. działalności gospodarczej (w dniu 12 lutego 2016 r. nastąpiło wykreślenie z CEIDG).

Oznacza to, iż w niniejszej sprawie Prezes Urzędu postawił zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję podmiotowi, który nie posiada legitymacji biernej do występowania jako strona w przedmiotowej sprawie. Nieposiadanie przymiotu przedsiębiorcy przez osobę, wobec której wszczęto postępowanie o stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję stanowi przeciwwskazanie prawne do prowadzenia postępowania, a w konsekwencji uniemożliwia wydanie decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty. Wobec powyższego Prezes Urzędu działając w oparciu art. 105 § 1 kpa w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, postanowił umorzyć niniejsze postępowanie antymonopolowe wobec tego przedsiębiorcy.

Umorzenie postępowania względem FPUH RICARDO

Odnosnie umorzenia postępowania antymonopolowego przeciwko przedsiębiorcy pn. Robert Droszcz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu należy stwierdzić, iż w ocenie Prezesa UOKiK, ww. przedsiębiorcy nie można przypisać naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w formie opisanej w zarzucie. Przedsiębiorca ten nie brał udziału jako oferent w żadnym z rozpatrywanych szczegółowo pięciu postępowaniach przetargowych. Co prawda, współpracował on z niektórymi Stronami postępowania w kilku innych przetargach (m.in. w ramach konsorcjum), jednakże z zebranego materiału dowodowego nie wynika aby współpraca ta nosiła znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję i naruszała przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Dlatego też wobec niezidentyfikowania jednoznacznych, nie budzących wątpliwości podstaw do przyjęcia, że ww. przedsiębiorca działał w warunkach niedozwolonego porozumienia, Prezes Urzędu, działając w oparciu art. 105 § 1 kpa w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, dokonał umorzenia niniejszego postępowania antymonopolowego wobec tego przedsiębiorcy.

W świetle powyższego, orzeczono jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Kara pieniężna

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.”

Jako zasadę w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* przyjęto zatem, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Od powyżej zasady przyjęto dwa odstępstwa modyfikujące relewantny okres „obrotowy”, jaki Prezes Urzędu bierze pod uwagę przy ustaleniu kary pieniężnej oraz maksymalną wysokość kary.

Pierwsza regulacja szczególna dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro. W takim przypadku Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary (art. 106 ust. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). Jeżeli jednak średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął równowartości co najmniej 100.000 euro zastosowanie znajdzie druga regulacja szczególna. W takim przypadku Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro (art. 106 ust. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym: „Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat – w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu – w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych – w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2”.

W ramach prowadzonego postępowania, w przypadku trzech przedsiębiorców (tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD) kary - zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* - zostały ustalone na podstawie wysokości ich obrotów osiągniętych w 2016 r.

Ponadto z uwagi na to, iż do informacji dotyczących wysokości obrotów tych przedsiębiorców zostało - Postanowieniem nr 13/2017 - ograniczone prawo wglądu, Prezes Urzędu nie przedstawił poniżej szczegółowego wyliczenia kary, gdyż skutkowałoby to ujawnieniem w sposób pośredni informacji do których wcześniej zostało postanowieniem ograniczone prawo wglądu.



Nażalenie 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”⁶.

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 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.

Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń bardzo poważnych, bowiem jest nim zmowa przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję. Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Prezes Urzędu na dalszym etapie miarkowania kary postanowił indywidualizować proces jej kalkulowania w przypadku każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przesłanki łagodzące oraz obciążające wszystkich trzech przedsiębiorców, uzasadnienia kar są podobne. Nie oznacza to jednakże, iż wysokość kar nie została zindywidualizowana.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zminy przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, w związku z tym organ antymonopolowy przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych za wskazane porozumienie na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli (vide: tabela nr 2).

⁶ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

Tabela 2 – I etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (ustalona na podstawie % przychodu w zł)
1	Ireneusz Nowosza (Zakład Nowosza)	21 382,27
2	Robert Droszcz (ROBERTO)	64 180,60
3	Justyna Droszcz (ELEKTROBUD)	27 516,90

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 usług budowlano - remontowych 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 w części przetargów bezpośrednio do zamierzonego przez nich skutku – uzyskania zamówienia po wyższej cenie (vide: przetargi nr 3, 4 i 5). 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 20% (tabela nr 3).

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

Tabela 3 – II etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (w zł)	Kara podwyższona o 20% (w zł)
1	Ireneusz Nowosza (Zakład Nowosza)	21 382,27	23 520,50
2	Robert Droszcz (ROBERTO)	64 180,60	77 016,72
3	Justyna Droszcz (ELEKTROBUD)	27 516,90	33 020,28

Uwzględniając okres naruszenia Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. Dla odzwierciedlenia wpływu okresu naruszenia na wysokość kary Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową w przypadku długotrwałych porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%. Niedozwolone porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji miało charakter ciągły i trwało od maja 2015 r. do lipca 2015 r. (tj. ok. 2 miesiące). Nie zalicza się ono zatem do porozumień długotrwałych (gdyż za takie uważane są naruszenia trwające dłużej niż rok), a co za tym idzie okres jego trwania nie miał wpływu na wysokość kary.

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: (1) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, (2) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania



lub niezwłocznie po jego wszczęciu, (3) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków, (4) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, (5) bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu, (6) działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie występuje okoliczność łagodząca mająca zastosowanie do wszystkich stron postępowania w postaci zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. przed dniem 5 lipca 2016 r. Co więcej, zaniechanie to nastąpiło jeszcze przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego, tj. przed dniem 23 października 2015 r. Przedmiotowe porozumienie przestało bowiem funkcjonować na rynku od dnia 27 lipca 2015 r. (data otwarcia ofert w przetargu nr 3). Po tej dacie organ antymonopolowy nie zidentyfikował przetargów, w których zachowania Stron niniejszego postępowania antymonopolowego mogłyby wskazywać na dalsze funkcjonowanie przedmiotowej zmywy przetargowej.

Z kolei okolicznościami obciążającymi są: (1) rola lidera lub inicjatora porozumienia lub nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu, (2) przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców, (3) dokonanie uprzednio podobnego naruszenia, (4) umyślność naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił umyślny charakter naruszenia. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych – o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu – poprzez wygranie przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Działania te – w ocenie Prezesa Urzędu – były dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny bowiem zdawać sobie sprawę z zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję ustanowionego w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, iż „Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania”⁷.

Tak więc, uwzględniając łącznie wymienione okoliczności łagodzące i obciążające, w odniesieniu do trzech przedsiębiorców (tj. Zakład Nowosza, ROBERTO, ELEKTROBUD) postanowiono, że pozostaną one bez wpływu na wymiar kary.

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

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 października 2010 r., sygn. akt XVII Ama 106/08.

ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą 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:

- Ireneusza Nowoszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Instalatorstwo Elektryczne Ireneusz Nowosza w Zarębie **karę pieniężną w wysokości 23 839,93 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych 93/100) płatną do budżetu państwa,
- Roberta Droszcz, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa „ROBERTO” Robert Droszcz w Zgorzelcu **karę pieniężną w wysokości 77 016,72 zł** (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy szesnaście złotych 72/100) płatną do budżetu państwa,
- Justynę Droszcz, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa ELEKTROBUD Justyna Droszcz w Zgorzelcu **karę pieniężną w wysokości 33 020,28 zł** (słownie: trzydzieści trzy tysiące dwadzieścia złotych 28/100) płatną do budżetu państwa.

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 III 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, 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 75,00 zł, czyli 25,00 zł w przypadku każdej ze Stron postępowania wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

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

Pouczenia

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, określone wyżej kary pieniężne należy uiścić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa Nr 51101010100078782231000000

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK we Wrocławiu, 50-224 Wrocław, Plac Strzelecki 25.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji – stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479³² Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* – przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK we Wrocławiu, 50-224 Wrocław, Plac Strzelecki 25.

z up. Prezesa UOKiK
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury UOKiK we Wrocławiu

