



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 31 grudnia 2004 roku

RPZ – 410/3/04/BT/

DECYZJA Nr RPZ - 38 / 2004

Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity - Dz. U. 2003 nr 86 poz. 804 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ww. ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 roku *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. nr 18 poz. 172), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania przez:

- Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Falistej 6 m 1,
- Macieja Mielczarka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Św. Szczepana 5/21,
- Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Jasielskiej 7,

praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, polegającej na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen jak i zasad postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Oczyszczanie jezdni ulic Miasta Poznania w roku 2003”, przeprowadzonego przez Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu, które miało doprowadzić do wyboru uzgodnionego przez nich zwycięzcy wyżej wskazanego przetargu

UZASADNIENIE

W dniu 12 grudnia 2003 roku do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Poznaniu wpłynęło pismo Prezydenta Miasta Poznania z dnia 10 grudnia 2004 roku, będące zawiadomieniem o nieprawidłowościach dotyczących przetargu na „Oczyszczanie jezdni ulic Miasta Poznania w 2003 roku” (znak sprawy: UT-341-02/03), organizowanego przez Zarząd Dróg Miejskich (dalej także ZDM) w Poznaniu na początku 2003 roku. Prezydent Miasta Poznania w ww. piśmie zarzucił kilkunastu przedsiębiorcom,

którzy przystąpili do ww. przetargu, między innymi stronom przedmiotowego postępowania antymonopolowego, naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, poprzez zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia. Zdaniem Prezydenta kontrola przeprowadzona w Zarządzie Dróg Miejskich wykazała, że w toku przetargu miały miejsce działania uczestniczących w nim przedsiębiorców, wskazujące na uzgadnianie cen i zachowań. Polegały one na tym, aby zróżnicować złożone przez nich oferty i następnie, korzystając z możliwości jakie dawał art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku *o zamówieniach publicznych* (Dz. U. 2002, nr 72, poz. 664 ze zm.) doprowadzić do celowego wykluczenia niektórych oferentów będących w porozumieniu, proponujących najniższe ceny, poprzez niezłożenie przez nich w określonym terminie wymaganych przez ww. przepis prawa oświadczeń o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji, w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku – *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi* (Dz. U. 2002 Nr 49, poz. 447), z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającym albo osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu. Przez takie działania przedsiębiorcy ci mieli doprowadzić do tego, że przetarg wygrywał przedsiębiorca, będący w porozumieniu, oferujący wyższą cenę. Według Prezydenta powyżej opisane działanie miało miejsce wówczas gdy stwierdzono, że takie wykluczenie nie spowoduje wyboru przedsiębiorcy nie uczestniczącego w porozumieniu, którego oferta cenowa jest bardziej atrakcyjna od oferty przedsiębiorcy będącego członkiem kartelu, na rzecz którego działał wykluczony. Innym sposobem wygrania przetargu przez ustalonego przedsiębiorcę, i to takiego, który oferował odpowiednio wysoką cenę, było, zdaniem Prezydenta, celowe wycofanie się z pozostałych oferentów już po otwarciu ofert, gdy wiadomo było jakie oferty wpłynęły. Dowodem przemawiającym za istnieniem antykonkurencyjnego porozumienia był, zdaniem Prezydenta, fakt występowania pomiędzy niektórymi przedsiębiorcami licznymi powiązań o charakterze obligacyjnym oraz rodzinnym.

Podobne w treści pismo, dotyczące nieprawidłowości w toku ww. przetargu oraz kilku innych jeszcze przetargów, złożył w dniu 6 stycznia 2004 roku Dyrektor Zarządu Dróg Miejskich (ZDM) w Poznaniu, wskazując dodatkowo na możliwość naruszenia, przez niektórych przedsiębiorców biorących udział w ww. przetargach, przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jednolity – Dz. U. 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.).

W oparciu o powyższe pisma (zawiadomienia) organ antymonopolowy wszczął w dniu 29 stycznia 2004 roku postępowanie wyjaśniające. Celem tego postępowania było wstępne ustalenie czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W toku tego postępowania organ antymonopolowy przeanalizował liczne dokumenty, między innymi „Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia” (UT-341-02/03) na „Oczyszczanie jezdni ulic Miasta Poznania w 2003 roku”, wyjaśnienia ZDM dotyczące charakterystyki przetargu, w tym przesłanek i kryteriów podziału miasta na specjalne regiony (np.: Stare Miasto – centrum, Jeżyce – wschód) oraz sprawozdanie z badania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu na „Oczyszczanie jezdni ulic miasta Poznania w roku 2003 roku”, sporządzone przez pracownika Wydziału Organizacyjnego Urzędu Miasta w Poznaniu, w miesiącu lipcu 2003 roku.

Oceniając zebrany w toku postępowania wyjaśniającego materiał dowodowy Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów doszedł do wniosku, iż w związku z ww. przetargiem mogło dojść do zawarcia trzech antykonkurencyjnych porozumień pomiędzy niektórymi przedsiębiorcami, którzy przystąpili do przetargu i dlatego koniecznym było wszczęcie postępowań antymonopolowych. Mając powyższe na uwadze w dniu 28 kwietnia 2004 roku wszczęte zostały trzy postępowania antymonopolowe. Jednym z nich było postępowanie antymonopolowe, w którym stronami byli przedsiębiorcy: Henryk Sienkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo-Usługowa z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Falistej 6 m 1, Maciej Mielczarek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Św. Szczepana 5/21, Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Jasielskiej 7, i o którego sposobie zakończenia rozstrzyga przedmiotowa decyzja administracyjna.

W toku postępowania antymonopolowego organ antymonopolowy ustalił co następuje:

Strona postępowania antymonopolowego – Henryk Sienkiewicz prowadzi działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo-Usługowa z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Falistej 6 m 1. Druga strona postępowania - Maciej Mielczarek prowadzi działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Św. Szczepana 5/21. Trzecią stroną postępowania antymonopolowego jest Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Jasielskiej 7. Przedmiotem działalności ww. przedsiębiorców jest między innymi zbieranie i transport odpadów komunalnych.

W dniu 23 stycznia 2003 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się ogłoszenie o przetargu organizowanym przez ZDM w Poznaniu na „Oczyszczanie jezdni ulic Miasta Poznania w 2003 roku”, do którego przystąpili ww. przedsiębiorcy – strony postępowania antymonopolowego. Przedmiotem przetargu było głównie sprzątanie powierzchni jezdni i innych miejsc pasa drogowego, zebranie odpadów powstałych w następstwie czyszczenia oraz transport odpadów na miejsce składowania. Organizator przetargu – Zarząd Dróg Miejskich – dopuścił składanie ofert tzw. częściowych. W tym celu zakres rzeczowy zadania podzielony został na 10 rejonów. Były to Rejon A – Stare Miasto (centrum); Rejon B – Stare Miasto (Winogrody); Rejon C - Stare Miasto (Piątkowo); Rejon D – Nowe Miasto (północ); Rejon E – Nowe Miasto (południe); Rejon F – Grunwald (wschód); Rejon G – Grunwald (zachód); Rejon H – Jeżyce (wschód); Rejon I – Jeżyce (zachód); Rejon K – Wilda. Powyższe regiony, co do wielkości, różniły się między sobą nieznacznie. Zgodnie ze „Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia” oferent mógł złożyć ofertę dotyczącą jednego lub więcej rejonów. Postępowanie przy wyborze oferty miało być prowadzone odrębnie dla każdego z wyróżnionych rejonów. Wartość zamówienia szacowano na kwotę ponad 30 000 EURO.

Strony postępowania antymonopolowego – Henryk Sienkiewicz, Maciej Mielczarek oraz Zakład Sprzątania Placów i Ulic Spółka jawna złożyły oferty dotyczące oczyszczania jezdni ulic Miasta Poznania między innymi w Rejonie H – Jeżyce (wschód) oraz w Rejonie I – Jeżyce (zachód). W dniu 10 marca 2003 roku dokonano publicznego otwarcia ofert i strony powzięły wiadomość co do warunków ofert konkurentów. Świadczenie usług w rejonach H oraz I zaoferowało łącznie siedmiu przedsiębiorców, w tym jak wskazano wyżej strony postępowania antymonopolowego. Henryk Sienkiewicz wycenił wartość swoich prac

w Rejonie H – Jeżyce (wschód) na kwotę 87 300,00 PLN, Maciej Mielczarek wycenił wartość swoich prac w Rejonie H – Jeżyce (wschód) na kwotę 54 185,00 PLN, natomiast Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic w tym rejonie wartość swoich prac wyceniła na kwotę 93 525,00 PLN. Oferty wszystkich pozostałych przedsiębiorców, dotyczące Rejonu H, były droższe od ww. ofert stron postępowania antymonopolowego. Oferta Macieja Mielczarka była więc tańsza od oferty Henryka Sienkiewicza o 61 %, natomiast od oferty Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Spółka jawna był a tańsza o 73 %.

Natomiast w Rejonie I – Jeżyce (zachód) Henryk Sienkiewicz wycenił wartość swoich prac na kwotę 80 400,00 PLN, Maciej Mielczarek wycenił wartość swoich prac w tym rejonie na kwotę 49 300,00 PLN, a Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic wyceniła wartość swoich prac w tym rejonie na kwotę 82 700,00 PLN. Oferta Macieja Mielczarka był więc tańsza od oferty Henryka Sienkiewicza o 63 %, natomiast od oferty Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Spółka jawna była tańsza o 68 %. Pozostałe ofert złożone na ten rejon były droższe od ofert złożonych przez strony postępowania antymonopolowego.

Podkreślenia wymaga fakt, iż cena oferty, zgodnie z pkt. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (UT – 341 – 02/03), była najważniejszym kryterium, którym kierował się zamawiający tzn. ZDM, przy wyborze oferty.

W dniu 12 marca 2003 roku o godz. 14⁰⁰ mijał termin do złożenia oświadczenia o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającym albo osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku *o zamówieniach publicznych* (Dz. U. 2002, nr 72, poz. 664 ze zm.). Wszyscy przedsiębiorcy – strony postępowania antymonopolowego – złożyli ww. oświadczenia.

W dniu 13 marca 2003 roku Maciej Mielczarek, w sytuacji niemalże pewności, iż to właśnie jego oferty zostaną wybrane przez ZDM jako najkorzystniejsze, wycofał swoje oferty złożone na Rejony H oraz I informując jednocześnie zamawiającego, że wycofanie ofert związane jest z otrzymaniem innych zleceń na oczyszczanie, nie określając bliżej o jakie zlecenia chodzi.

W dniu 17 marca 2003 roku zamawiający poinformował oferentów o pierwszych rozstrzygnięciach dotyczących przetargu. Zawiadomił w ten sposób Macieja Mielczarka, że jego oferta została wybrana w Rejonie C – Stare Miasto (Piątkowo), Henryka Sienkiewicza, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Rejonie H – Jeżyce (wschód) oraz I – Jeżyce (zachód) – po tym jak wycofał się Maciej Mielczarek - a ponadto w Rejonie A – Stare Miasto (centrum). Poinformowano także Spółkę Zakład Sprzątania Placów i Ulic, że jej oferta została wybrana w Rejonie F – Grunwald (wschód) oraz Rejonie G - Grunwald (zachód).

Tymczasem dzień później tzn. 18 marca 2003 roku zarówno Henryk Sienkiewicz jak i Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic oświadczyły zamawiającemu, że wycofują swoje oferty dotyczące Rejonów H - Jeżyce (wschód) oraz Rejonu I – Jeżyce (zachód) – dotyczy Henryka Sienkiewicza oraz z Rejonu F – Grunwald (wschód) oraz Rejonu G – Grunwald (zachód) – dotyczy Zakładu Sprzątania Placów i Ulic.

Podsumowując, w Rejonach H oraz I po wycofaniu najpierw najtańszych ofert Macieja Mielczarka, a później Henryka Sienkiewicza (drugich pod względem atrakcyjności)

sytuacja wyglądała w ten sposób, że zamawiający, jako najatrakcyjniejsze wybrał w końcu oferty Spółki Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański. W ten sposób zwycięska oferta w Rejonie H była o 73 % droższa od pierwotnie najtańszej, a w Rejonie I zwycięska oferta była droższa od pierwotnie najtańszej o 68 %. W dniu 15 kwietnia 2003 roku ZDM zawarł więc ze Spółką Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański umowy na oczyszczanie jezdni ulic w Rejonach H oraz I. Natomiast w dniu 14 maja 2003 roku ZDM zawarł umowę na oczyszczanie jezdni ulic w Rejonie C – Stare Miasto (Piątkowo) z Maciejem Mielczarkiem. Z Henrykiem Sienkiewiczem umowę na oczyszczanie jezdni ulic w Rejonie A – Stare Miasto (centrum) zawarto dopiero po 25 czerwca 2004 roku.

Podkreślić należy, iż w toku postępowania antymonopolowego ustalono, iż przedsiębiorca Maciej Mielczarek jest zstępny (synem) Mariana Mielczarka – współnika Spółki jawnej Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański, co przyznali sami współnicy w odpowiedzi na wezwanie organu antymonopolowego. Potwierdził to także Maciej Mielczarek przyznając, że współnik ww. spółki – Marian Mielczarek jest jego wstępny (ojcem). Ponadto ww. przedsiębiorców łączyły więzy o charakterze obligacyjnym. [usunięto]. Według informacji udzielonej także przez ww. Spółkę w roku 2004 nie wynajmowano Maciejowi Mielczarkowi żadnych pojazdów. Jednocześnie potwierdzono, iż wszystkie pojazdy w okresie obowiązywania umów stacjonowały w tzw. „bazie sprzętowej” należącej do Spółki, która znajdowała się przy ulicy Jasielskiej 7 w Poznaniu. Powyższy fakt potwierdził także Maciej Mielczarek.

Jednocześnie ustalono, iż brak jest jakichkolwiek związków pomiędzy Henrykiem Sienkiewiczem, prowadzącym działalność pod firmą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa a pozostałymi stronami postępowania antymonopolowego. Nie łączą ich żadne więzy pokrewieństwa czy też powinowactwa. Nie pozostają względem siebie także w żadnych stosunkach prawnych, zwłaszcza o charakterze obligacyjnym.

Henryk Sienkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa odpowiadając na zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję poprzez zawarcie z Maciejem Mielczarkiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe oraz Zakładem Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna, porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Oczyszczanie jezdni ulic Miasta Poznania w 2003 roku”, nie odniósł się bezpośrednio do ww. zarzutu. Natomiast Maciej Mielczarek oraz Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański wyraźnie zaprzeczyli twierdząc, iż nie stosowali żadnych praktyk ograniczających konkurencję i tym bardziej nie zawierali jakichkolwiek ze antykonkurencyjnych porozumień.

Na zarzut popełnienia tych samych błędów w ofertach co pozostali przedsiębiorcy dotyczących wskazania zamiatarek bez podania ich typu i numerów rejestracyjnych, co wskazywać mogłoby na fakt wspólnego ustalania warunków składanych ofert, Henryk Sienkiewicz odpowiedział, iż zamawiający w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” nie żądał podania typów zamiatarek i ich numerów rejestracyjnych. Wbrew twierdzeniom strony obowiązek podania tych danych wynikał z pkt. 6 Załącznika nr 2 do „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” (znak sprawy: UT-341-02/03), który stanowił, że wśród wymaganych dokumentów winien się znaleźć „Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje oferent, w tym maszyn czyszczących, o których mowa w pkt. 5” (tj. w pkt. 5 Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia). Na podobny zarzut, dotyczący tylko braku wskazania w ofercie numerów rejestracyjnych zamiatarki, Maciej Mielczarek odpowiedział podobnie, twierdząc, iż zamawiający nie wymagał tego typu danych. Identycznie na ten sam zarzut odpowiedziała Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański.

Przedsiębiorcy Maciej Mielczarek oraz Spółka Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański na zarzut nieformalnego prowadzenia działalności gospodarczej wspólnie i w tym samym miejscu (tzn. w Poznaniu przy ulicy Jasielskiej 7) udzielili odpowiedzi, jak wyżej wskazano, iż pod tym adresem stacjonowały jedynie pojazdy samochodowe wydierżawiane przez Spółkę Maciejowi Mielczarkowi.

Odnosząc się do najpoważniejszego zarzutu dotyczącego wycofania ofert na Rejon H oraz Rejon I, w sytuacji, w której istniało ogromne prawdopodobieństwo wygrania przetargu w odniesieniu do tych rejonów, Maciej Mielczarek odpowiedział, iż tylko zapobiegawczo złożył oferty na kilka rejonów. Celem takiego działania było zwiększenie swoich szans na otrzymanie zamówienia. Strona miała bowiem świadomość, że w razie wygrania w kilku rejonach będzie mógł zawrzeć umowę dotyczącą tylko jednego z nich. Dlatego też po otwarciu ofert i odczytaniu cen wycofał oferty z Rejonów H oraz I, pozostawiając aktualną ofertę tylko odnośnie Rejonu C – Stare Miasto (Piątkowo). Dodatkowo strona wskazała, że takie postępowanie było uzasadnione faktem, iż na ulicach w Rejonach H – Jeżyce (wschód) oraz I – Jeżyce (zachód) parkuje dużo samochodów co znacznie utrudnia sprzątanie i podnosi koszty. Ponadto w ww. rejonach rośnie dużo drzew, z których opada duża ilość liści i kwiecica, co także utrudnia sprzątanie jezdni ulic. Dodatkowo Maciej Mielczarek wskazał, iż wygranie przetargu w Rejonie C – Stare Miasto (Piątkowo) było dla niego korzystne także z uwagi na fakt, że rejon ten bezpośredni graniczył z „bazą sprzętowa” na ulicy Jasielskiej 7, gdzie stacjonowała wydierżawiana mu w roku 2003 przez Spółkę Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański zamiatarka.

Z kolei Henryk Sienkiewicz, odnosząc się także do zarzutu wycofania oferty w sytuacji, w której istniało prawdopodobieństwo wygrania przetargu w Rejonach H oraz I (po wycofaniu w dniu 13 marca 2003 roku tańszych ofert przez Macieja Mielczarkę) wyjaśnił, że zadowolona go perspektywa wygrania przetargu w Rejonie A – Stare Miasto (centrum). Ponadto wycofanie ww. ofert uzasadnione było obawą, iż nie będzie w stanie należycie wywiązywać się z umów na oczyszczanie placów i ulic (w tym zbieranie i transport odpadów komunalnych) w innych rejonach niż w rejonie A, co z kolei groziło nałożeniem przez zamawiającego kary. Dodatkową przesłanką rezygnacji z możliwości wygrania przetargów w rejonach H oraz I jest poważna choroba, na którą powołuje się Henryk Sienkiewicz. Od dłuższego już czasu jest ona przeszkodą w prowadzeniu działalności gospodarczej (wymusza jej ograniczanie).

Oceniając przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 4 pkt 8 *ustawy o ochronie (...)*, rynkiem właściwym - do którego odnosi się treść art. 5 ust. 1 tej ustawy - jest 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.

Właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosił zamawiający (ZDM) w ramach

zamówienia. Są to zatem są to usługi oczyszczania placów i ulic miasta. Jest to działalność specyficzna i specjalistyczna, prowadzona - jak wykazano w opisie stanu faktycznego sprawy - wyłącznie przez przedsiębiorców dysponujących specjalistycznym sprzętem i umiejętnościami.

Określając zasięg geograficzny rynku właściwego należy - zdaniem organu antymonopolowego – podkreślić, że w niniejszym postępowaniu konkurencja polegała na zdobyciu określonego zamówienia. Przybrała więc postać walki o ściśle określony, również geograficznie, rynek, nie zaś rywalizowania na szeroko pojętym rynku oczyszczania miast.

Dalsze rozważania na temat rynku właściwego, w sytuacji braku podstaw do stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję (o czym mowa poniżej) uznano za bezcelowe.

Stronom postępowania antymonopolowego tzn. Henrykowi Sienkiewiczowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Falistej 6 m 1, Maciejowi Mielczarkowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Św. Szczepana 5/21, Spółce jawnej Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Jasielskiej 7 został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na zawarciu porozumienia eliminującego konkurencję pomiędzy ww. przedsiębiorcami na lokalnym rynku świadczenia usług oczyszczania ulic Miasta Poznania poprzez uzgodnienie cen i sposobu postępowania w przetargu organizowanym przez ZDM.

Norma prawna wynikająca z art. 5 ust. 1 ww. ustawy stanowi, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z kolei art. 4 pkt 4 ww. ustawy stanowi, iż przez porozumienie rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 5 ww. ustawy wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. W celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa poprzez dokonywanie czynności i działań nie spełniających przesłanek umowy uznaje się za porozumienia, jak wskazano powyżej, także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurencji¹, w tym zachowań w toku przetargów. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Koniecznym jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być ustalenie relacji prawnych i gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami².

¹ E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 44.

² *Ibidem*, s. 45.

Przyjmuje się także w doktrynie, iż w razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 81 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych³. Stosownie do art. 231 KPC można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Także w orzecznictwie wskazywano, iż fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku⁴.

Bezspornym jest fakt występowania pomiędzy Maciejem Mielczarkiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe a Spółką jawną Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański - stronami postępowania antymonopolowego – silnych związków o charakterze prawnym i gospodarczym (umowy dzierżawy pojazdów samochodowych). Bezspornym jest także fakt istnienia pomiędzy ww. przedsiębiorcami relacji pokrewieństwa (pierwszy stopień pokrewieństwa pomiędzy Maciejem Mielczarkiem a współnikiem spółki jawnej Marianem Mielcarkiem). Fakt występowania jakichkolwiek związków pomiędzy Henrykiem Sienkiewiczem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa z pozostałymi stronami postępowania nie został w toku postępowania dowiedziony. Sytuacja ta, a także szczegółowa analiza zachowania stron postępowania w toku przetargu i wyjaśnienia stron odnoszące się do tego zachowania, nie pozwalają, zdaniem organu antymonopolowego, na stwierdzenie, iż wyżej opisane zachowania były nieracjonalne i oczywiście nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych. Co za tym idzie nie można przesądzić, iż pomiędzy ww. stronami istniała koordynacja zachowań poprzez świadome współdziałanie, której celem było wyeliminowanie niepewności ww. przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych. Nawet gdyby postawić tezę co do koordynacji zachowań pomiędzy Maciejem Mielczarkiem a Spółką Zakład Sprzątania Placów i Ulic, ze względu na ww. więzy obligacyjne, gospodarcze i rodzinne, to nie sposób odnieść tej tezy do Henryka Sienkiewicza, którego z ww. dwoma przedsiębiorcami, jak ustalono w toku postępowania, nic nie łączy (w ww. rozumieniu). Zdaniem organu antymonopolowego brak jest podstaw by twierdzić, że zachowanie Henryka Sienkiewicza było skoordynowane z zachowaniami pozostałych stron. Mimo iż było ono podobne do zachowania Macieja Mielczarka to jednak można je wytłumaczyć inaczej niż faktem wcześniejszego zawarcia zakazanego porozumienia. Przede wszystkim nie można stwierdzić, iż zachowanie Henryka Sienkiewicza było nieadekwatne do sytuacji. Mając w perspektywie prawie pewną wygraną przetargu w Rejonie A – Stare Miasto (centrum) mógł on założyć, iż wygranie przetargów w innych jeszcze rejonach będzie wiązało się ze zbyt dużym nakładem pracy i jego przedsiębiorstwo nie będzie w stanie należycie wywiązać się z umownych obowiązków. Poza tym Henryk Sienkiewicz, co ustalono w toku postępowania, miał już pewne doświadczenia w oczyszczaniu placów i ulic w Rejonie A, albowiem wygrywał już wcześniej podobne przetargi, odnoszące się właśnie do ww. rejonu.

³ St. Gronowski, Ustawa antymonopolowa, Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 165.

⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 01.03.1993 r., XVII Amr 37/92, OG 1993, z. 3, poz. 63; Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.09.1995 r., XVII Amr 15/95, Wokanda 1996, Nr 8 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 24.4.1996 r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, Nr 9, poz. 124.

Za uzasadnione, w świetle złożonych wyjaśnień, organ antymonopolowy uznaje zachowanie Macieja Mielczarka, polegające na wycofaniu ofert z rejonów H oraz I mimo dużego prawdopodobieństwa wygrania przetargów w tych rejonach. Maciej Mielczarek wycofując oferty na ww. rejonach potwierdził zamawiającemu, iż jego oferta na Rejon C pozostaje aktualna. Stosowana jest bowiem dosyć powszechnie przez przedsiębiorców praktyka polegająca na tym, iż składa się oferty w kilku przetargach bądź też (tak jak w tym przypadku) składa się oferty na kilka rejonów w jednym przetargu, po czym część z nich jest wycofywana. Postępowanie takie ma na celu zwiększenie szans na wygraną choćby jednego przetargu. Czynią tak zwłaszcza ci przedsiębiorcy, którzy z góry wiedzą, iż nie będą w stanie zrealizować zamówienia w przypadku wygrania kilku przetargów. Przyczyną jest najczęściej brak odpowiedniej ilości sprzętu i ludzi, którzy mogliby wykonywać zadanie, na którego wykonanie konkretny przedsiębiorca wygrał przetarg. Inną sprawą jest, że oferent zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia powinien dysponować ilością sprzętu, odpowiedniej jakości, która gwarantowałaby wykonanie zamówienia. W przypadku gdyby zamawiający ustalił, iż oferent nie gwarantuje wykonania zamówienia, z uwagi np.: na brak odpowiedniego sprzętu, to powinien odrzucić taką ofertę. Zamawiający tj. ZDM tego nie czynił, co w toku przeprowadzonej kontroli, zlecone przez Prezydenta Miasta Poznania, zostało uznane za niewłaściwe. Ponadto na taką decyzję Macieja Mielczarka, w rozpatrywanej sprawie, mógł mieć wpływ, zdaniem organu antymonopolowego, fakt, iż rejon nieznacznie różniły się od siebie i w części z nich wykonanie zadania oczyszczania placów i ulic wymagało większych nakładów pracy, czasu i innego sprzętu. Dlatego też za uzasadnione uznano wyjaśnienia Macieja Mielczarka, iż wycofując oferty z rejonów H oraz I kierował się faktem, że oczyszczanie placów i ulic w tych rejonach jest utrudnione. Rejon te obejmują bowiem starą dzielnicę Poznania (Jeżyce), która charakteryzuje się zwartą zabudową, wąskimi ulicami i dużą ilością zieleni miejskiej, w tym drzew rosnących także wzdłuż ulic (dotyczy zwłaszcza Rejonu H). Prawdą jest także, iż wzdłuż ulic w tej dzielnicy parkują samochody. Brak jest bowiem dużych parkingów naziemnych lub podziemnych. Może to więc powodować, iż oczyszczenie placów i ulic w tych rejonach wymaga „ręcznego doczyszczania” za pomocą odkurzaczy przemysłowych i mioteł. Część ulic w Rejonie I przebiega także przez tereny parkowe i lasy komunalne, co tłumaczy obawy Macieja Mielczarka związane z koniecznością usuwania dużej ilości liści i kwiecica opadającego z drzew i krzewów. Rejon C obejmuje natomiast nową dzielnicę Poznania tzn. Piątkowo, która charakteryzuje się szerokimi, wielopasmowymi ulicami, będącymi niekiedy ważnymi arteriami miasta, wzdłuż których nie parkują żadne samochody. Z całą pewnością w tym rejonie nie występuje, przynajmniej na dużą skalę, potrzeba „ręcznego doczyszczania”. Także argument podnoszony przez Macieja Mielczarka mówiący, iż pozostawił aktualną tylko ofertę dotyczącą rejonu C, wycofując oferty dotyczące Rejonów H oraz I, z uwagi na fakt, że dzierżawione przez niego pojazdy specjalistyczne stacjonowały na ulicy Jasielskiej 7, na granicy z Rejonem C, należy w zasadzie uznać za przekonujący. Choć podkreślić należy, iż ulica Jasielska położona jest także niedaleko Rejonu I.

Nie można zatem, mając na uwadze powyższe ustalenia, uznać, iż działanie Macieja Mielczarka było nieracjonalne i nieadekwatne. Wydaje się raczej, iż Maciej Mielczarek, w swoim działaniu w toku przetargu, kierował się interesem ekonomicznym własnego przedsiębiorstwa, mając na uwadze jego realne możliwości. Wygrana Spółki Zakład Sprzątania Placów i Ulic w rozpatrywanych rejonach H oraz I mogła nie być skutkiem koordynacji pomiędzy stronami postępowania. Za równie prawdopodobne należy uznać, że była ona efektem racjonalnego zachowania Macieja Mielczarka i Henryka Sienkiewicza oraz pewnym zbiegiem okoliczności. Mimo iż zachowania przedsiębiorców można określić jako podobne to jednak brak im, zdaniem organu antymonopolowego, cech oczywistej nieadekwatności i nieracjonalności. Nie można z samego tylko faktu istnienia silnych więzi

obligacyjnych, gospodarczych i rodzinnych wyciągać wniosku o zawarciu przez strony antykonkurencyjnego, zakazanego przez prawo, porozumienia, zwłaszcza że więzy te występują tylko pomiędzy niektórymi z nich. Nie sposób także połączyć zachowań stron postępowania antymonopolowego w pewien logiczny ciąg następstw, które zawsze prowadzą do określonego skutku. Trudno zatem z ustalonych w sprawie faktów wyciągnąć wniosek, który stanowiłby, iż strony dopuściły się tzw. zmowy przetargowej.

Wobec braku dowodów bezpośrednich na istnienie antykonkurencyjnego porozumienia, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w tym umów zawieranych między przedsiębiorcami, uchwał lub innych aktów, a także w sytuacji, w której nie jest tak, iż działanie stron postępowania antymonopolowego da się wyjaśnić nie inaczej jak poprzez założenie faktu wcześniejszego zawarcia porozumienia, w drodze koordynacji zachowań poprzez wzajemne współdziałanie, należało uznać, iż brak jest przesłanek do wydania decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak na wstępie.

Stosownie do treści art. 78 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 dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Edward Stawicki

Otrzymuje :

1. Henryk Sienkiewicz, ALKOM Firma Handlowo – Usługowa, ulica Falista 6 m 1, 61 - 249 Poznań,
2. Maciej Mielczarek , KOMA Przedsiębiorstwo Usługowe, ulica Św. Szczepana 5/21, 61 – 465 Poznań,
3. Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna, ulica Jasielska 7, 60 – 476 Poznań,
4. aa.