



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410-1/12/ZR

Wrocław, 9 października 2012 r.

Decyzja RWR 31/2012

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 w zw. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych, pomiędzy przedsiębiorcami:

- **G L** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) z siedzibą w P, oraz;

- **W L** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) z siedzibą w P; polegającą na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w przetargach publicznych organizowanych przez jednostki penitencjarne, oświatowe i służby zdrowia na dostawy mąki, chleba i innych wyrobów mącznych oraz podejmowania bądź zaniechania uzgodnionych działań w toku tych przetargów mających na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję z **art. 6 ust.1 pkt 7** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 26 stycznia 2012 r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

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

- G L prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) z siedzibą w P – kara w wysokości **42 524 zł** (słownie złotych: czterdzieści dwa tysiące pięćset dwadzieścia cztery 0/100);
- W L prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) z siedzibą w P – kara w wysokości **33 212 zł** (słownie złotych: trzydzieści trzy tysiące dwieście dwanaście 0/100).

UZASADNIENIE

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury we Wrocławiu wpłynęło zawiadomienie od władz Aresztu Śledczego we Wrocławiu przy ul. Świebodkiej 1 w którym poinformowano o sytuacji zaistniałej podczas procedury o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, przeprowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy D/Kw-220/73/1). Na ogłoszony przetarg wpłynęło pięć ofert, w tym dwie następujących przedsiębiorców: Piekarnia G.W. L w P z ceną oferty 231 462,00 zł brutto, oraz Piekarnia W L w P z ceną oferty 241 592,40 zł brutto. Oferty te zajęły kolejno pierwsze i drugie miejsce biorąc pod uwagę kryterium ceny oraz przyznanych punktów. Po przesłaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dnia 13.09.2011 r. zamawiający otrzymał pismo (z datą 12.09.2011 r.) z informacją o rezygnacji podmiotu Piekarnia G.W. L, z podpisania umowy (była to najtańsza oferta). Następnie, zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert w następstwie czego podpisano umowę z podmiotem: Piekarnia W L (była to droższa oferta o kwotę ok. 10 000 złotych). Powyższe zachowania obu przedsiębiorców wzbudziły podejrzenia zamawiającego, co do istnienia pomiędzy ww. podmiotami porozumienia przetargowego.

(dowód: karta 2)

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

(dowód: karta 1-3)

Przeprowadzone – w związku z ww. zawiadomieniem - postępowanie wyjaśniające dało podstawy do podejrzenia, iż przedsiębiorcy Piekarnia G.W. L oraz Piekarnia W L [zw. dalej także przedsiębiorcami lub stronami] mogli działać w zмовie polegającej na zgodnym przystąpieniu do przetargu organizowanego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu dotyczącego zamówienia na dostawy pieczywa, bułki tartej oraz mąki pszennej, a następnie odstąpieniu od realizacji zamówienia przez tańszego wykonawcę w sytuacji, w której miał on pewność, że jednostka zamawiająca zobowiązana będzie wybrać zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy *Prawo zamówień publicznych* jako najkorzystniejszą ofertę dostawcy droższego (w tym wypadku drugiego uczestnika porozumienia).

(dowód: karta 75-76)

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał dowodowy, uprawdopodobnił zarzuty sformułowane przez zawiadamiającego, Prezes Urzędu -

postanowieniem Nr 42/2012 z dnia 16 lutego 2012 r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na uzgodnieniu na przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1 na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzanie w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę, co stanowi naruszenie **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [zw. dalej także *ustawą o ochronie (...)*], zakazującego porozumień pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do tego samego przetargu. Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniającego prowadzonego pod sygn. akt RWR-400-58/10/ZR. (dowód: karta 56)

Równoległe z ww. przedmiotowym postępowaniem wyjaśniającym, Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu przeprowadziła inne postępowanie wyjaśniające (data wszczęcia: dnia 15 grudnia 2011 r.) celem wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców uczestniczących w przetargach na dostawę pieczywa na rzecz aresztów śledczych, zakładów karnych i innych jednostek są zgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postępowanie to (o sygn. RPZ 400-49/11/DW), wszczęte na skutek zawiadomienia przedsiębiorcy biorącego udział w jednym z przetargów na dostawę artykułów zbożowych, objęło analizę przetargów z udziałem przedsiębiorców objętych niniejszym postępowaniem antymonopolowym. Po zamknięciu tego postępowania wyjaśniającego, Delegatura UOKiK w Poznaniu przekazała zebrany materiał dowodowy do Delegatury UOKiK we Wrocławiu celem jego ewentualnego wykorzystania w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym. (dowód: karta 144-146)

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

- Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 3 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Koziołka 1, 40-803 Zabrze (cz.I. załącznika);
- Zespół Szkół Mechanicznych, ul. Osmańczyka 22, 45-027 Opole (cz.II. załącznika);
- Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina (cz.III. załącznika);
- Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice, Kamieniec, ul. Polna 2, 42-674 Zbroślawice (cz.IV. załącznika);
- Zakład Karny Nr 1, ul. Kleczkowska 35, 50-211 Wrocław (cz.V. załącznika);
- Areszt Śledczy, ul. Świebodzka 1, 50-046 Wrocław (cz.VI. załącznika);

Załącznik został następnie uzupełniony w toku postępowania prowadzonego przez Delegaturę UOKiK we Wrocławiu dokumentacją z dwóch kolejnych przetargów: przeprowadzonych przez następujące jednostki organizacyjne

- Powiatowa Wielofunkcyjna Placówka Opiekuńczo-Wychowawcza w Godzięcinie, Godzięcin 50d, 56-120 Brzeg Dolny (cz.VII. załącznika);
- Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, ul. Karola Miarki 1, 47-100 Strzelce Opolskie (cz.VIII. załącznika).

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

Analiza wymienionego wyżej materiału dowodowego spowodowała konieczność zmiany sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego i objęciu postępowaniem antymonopolowym zachowań ww. przedsiębiorców również w trakcie innych przetargów organizowanych w 2011 r. przez wymienione podmioty instytucjonalne i w związku z tym Prezes Urzędu wydał stosowne postanowienie nr 144/2012 z dnia 19 lipca.2012 r. zmieniające zakres zarzutów objętych niniejszym postępowaniem. Po zmianie pełna treść I punktu sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania uzyskała następujące brzmienie:

„I. Na podstawie art.49 ust.1 i art.88 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

*I. wszczyna się z urzędu postępowanie antymonopolowe, przeciwko przedsiębiorcom **W L** prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia **W L** z siedzibą w **P** oraz **G L** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia **G.W. L** z siedzibą w **P**, w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w przetargach publicznych organizowanych przez jednostki penitencjarne, oświatowe i służby zdrowia na dostawy mąki, chleba i innych wyrobów mącznych oraz podejmowania bądź zaniechania uzgodnionych działań w toku tych przetargów, mających na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję z art. 6 ust.1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, poprzez m.in. uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”.*

(dowód: karta 152-153)

W związku z wszczęciem postępowania antymonopolowego strony – w pismach z dnia 5.03.2012 r. i 6.08.2012 r. (data dzienna pism obu przedsiębiorców jednakowa) podniosły, iż nie podzielają wniosków wysuniętych z faktów przedstawionych w postępowaniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Strony oświadczyły ponadto, iż nie zawarły porozumienia dotyczącego przetargu prowadzonego przez Areszt Śledczy we Wrocławiu. Jak stwierdziły, pomimo, iż są małżeństwem, prowadzą niezależną i odrębną względem siebie działalność gospodarczą (osobne rozliczenia z Urzędem Skarbowym i ZUS). Obie firmy współpracują ze sobą w zakresie wymiany informacji o źródłach zaopatrzenia, wprowadzanych nowych technologiach w piekarnictwie i wprowadzaniu nowych wyrobów. Ponadto oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty piekarni stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, niemniej jednak posiadają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

Ponadto, przedsiębiorca **G L** wskazała na specyficzne cechy „otoczenia gospodarczego w jakim działają przedsiębiorstwa oraz stan prawny regulujący udzielanie zamówień publicznych”. Strona podniosła, iż „każdy uczestnik rynku zabiegając o zamówienia składa oferty na zamówienia publiczne, które może wykonać ze względu na posiadany potencjał w kilku lub kilkunastu przetargach jednocześnie”. W opinii strony dzieje się tak, ponieważ „wynik przetargów stanowi dla przedsiębiorców niewiadomą, głównie z uwagi na niewielką różnicę cenową (w odróżnieniu np. od przetargów na roboty budowlane)

uczestników postępowania o udzielenie zamówień publicznych”. Strona zaznaczyła również, iż jej firma (Piekarnia G.W. L) oraz firma jej męża uczestniczyły w przetargach zawsze oferując różne ceny a sam fakt rezygnacji nie oznacza „istnienia tzw. porozumienia przetargowego”. Strona wskazała, iż w jej przypadku „rezygnacja z wygranego kontraktu następuje w sytuacji, bądź wygrania w tym samym czasie innego, nieco bardziej opłacalnego przetargu, bądź z przyczyn organizacyjnych, głównie logistycznych (...)”. Strona opisała również okoliczności rezygnacji z realizacji zamówienia w Areszcie Śledczym we Wrocławiu przy ul. Świebodzkiej 1, wskazując na fakt, iż dnia 9.09.2011 r. uzyskała informację o wygraniu innego przetargu – w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu i z uwagi na fakt, iż było to zamówienie korzystniejsze (ze względu na większą wartość zamówienia) niż zamówienie w Areszcie Śledczym we Wrocławiu, postanowiła zrezygnować z realizacji przetargu w tej drugiej jednostce, po otrzymaniu dnia 13.09.2011 r. zawiadomienia o wygraniu tam przetargu. Strona zaznaczyła, iż ówczesny stan zatrudnienia, jak i posiadanych środków transportu nie pozwalał na jednoczesną realizację obydwu zamówień – stąd wybór tylko jednego korzystniejszego, większego zamówienia oraz rezygnacja z drugiego o mniejszej wartości. Jeśli chodzi o przyczyny odstąpienia od innego przetargu – w Zakładzie Karnym w Strzelcach Opolskich - przedsiębiorca G L wskazała na „aktualną sytuację ekonomiczną firmy”, „przyczyny organizacyjne, głównie logistyczne”.

Przedsiębiorca W L wyjaśniając przyczyny odstąpienia od czterech przetargów (tj. w Zespole Szkół Mechanicznych w Opolu, w Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, w Ośrodku Leczniczo Rehabilitacyjnym Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice oraz w Powiatowej Wielofunkcyjnej Placówce Opiekuńczo-Wychowawczej w Godzięcinie) wskazał, iż były one podyktowane „splotem okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych, osobistych itp. istniejących w momencie podejmowania decyzji”.

(dowód: karta 72-73, 85-87, 94-95, 158-161)

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

(dowód: karta 132-133, 148-151, 162-163)

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

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

(dowód: karta 85-88)

I.2. W L zam. w Brzegu, jest przedsiębiorcą wpisanym do Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej prowadzonym przez Ministra Gospodarki i prowadzi działalność

gospodarczą pod nazwą Piekarnia W L z siedzibą w P 32, 49-351 P, w zakresie m.in. produkcji pieczywa (kod PKD - 10.71.Z.P). W ramach swojej działalności, przedsiębiorca bierze udział w przetargach na dostawę m.in. pieczywa i mąki, organizowanych w szczególności przez różne podmioty, takie jak szpitale, szkoły, zakłady karne itp., na obszarze całego kraju. Według stanu na marzec 2012 r. przedsiębiorca realizuje jedenaście umów w ramach zamówień publicznych z następującymi jednostkami: Zakład Karny w Grodkowie, Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Bytomiu, Placówka Op-Wych. „Przystanek Dobrej Nadziei we Wrocławiu, Zakład Karny w Brzegu, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 3 SUM w Katowicach, Zespół Szkół nr 23 we Wrocławiu, Zakład Karny w Rawiczu, Raciborzu i Strzelcach Opolskich, Areszt Śledczy we Wrocławiu, ZOZ MSWiA we Wrocławiu.

(dowód: karta 94-96)

I.3. Strony postępowania wiążą ściśle więzy rodzinne – G L i W L są małżeństwem. Jak wyjaśniły obie strony, współpraca pomiędzy ich firmami ogranicza się do wymiany informacji o źródłach zaopatrzenia, wprowadzanych nowych technologiach w piekarnictwie i wprowadzaniu nowych wyrobów. Ponadto oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty - stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, posiadają identyczny adres siedziby, ten sam nr telefonu i fax-u. Według oświadczenia stron, firmy posiadają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

I.4. Postępowaniem objęto sześć, niżej opisanych przetargów:

I.4.1.. W marcu 2011 r. władze Zespołu Szkół Mechanicznych w Opolu przeprowadziły przetarg na „Dostawę żywności dla Zespołu Szkół Mechanicznych w Opolu w okresie od 01.04.2011 r. do 31.03.2012 r.” (sygn. INT/2011), w trybie przetargu nieograniczonego. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy dotyczyły takich artykułów pieczywo oraz świeże wyroby piekarskie i ciastkarskie.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty, złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 1

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

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

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

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła **ok. 9%**.

Po zamknięciu procedury składania ofert, Zamawiający na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia W L z P, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 2.

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Zespół Szkół Mechanicznych w Opolu, w marcu 2011 r.

Oferent	Ilość punktów
Piekarnia W L,	100
Piekarnia G.W. L.	89

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

Dnia 18 marca 2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do obu oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy W L. Następnie, dnia, 28.03.2011 r. W L wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn), dodatkowo z informacją, iż „Według prawa zamówień publicznych powinna zostać wybrana kolejna oferta która dostała najwyższą ocenę”.. Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia G.W. L z P..

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

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

(dowód: karta: 94-95)

I.4.2. W czerwcu 2011 r. władze **Centrum Terapii Nerwic Moszna - Zamek** w Musznej przeprowadziły przetarg na „Dostawę żywności pieczywa świeżego, bułki tartej zacierki do żuru dl potrzeb Centrum Terapii Nerwic Moszna” (sygn. EZ-pzp/7/2011), w trybie przetargu nieograniczonego. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy dotyczyły takich artykułów pieczywo oraz bułka tarta zacierka do żuru. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty, w tym dwie złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 3

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

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia W L	45 114,98 zł
Piekarnia G.W. L	48 658,80 zł
(...)	54 100,17 zł
(...)	64 469,00 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.III, karty: 1C, 2-6)

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła **ok. 7%**.

Po zamknięciu procedury składania ofert, Zamawiający na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia W L z P, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 4.

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Centrum Terapii Nerwic Moszna - Zamek, w czerwcu 2011 r.

Oferent	Ilość punktów
Piekarnia W L, P	100
Piekarnia G.W. L, P	92
(...)	83
(...)	70

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.III, karta: 26)

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

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

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

(dowód: karta: 94-95)

I.4.3. We wrześniu 2011 roku władze Aresztu Śledczego we Wrocławiu [zw. dalej także Zamawiającym] ogłosiły postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej 125 000 EURO, na wykonywanie sukcesywnych dostaw artykułów spożywczych w okresie kolejnych 12 miesięcy od podpisania umowy (nr ewid. D/Kw-220/73/11). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy dotyczyły takich artykułów jak: chleb mieszany (w łącznej ilości do 132 000 kg), mąka pszenna (w łącznej ilości do 2 800 kg) i bułka tarta (w łącznej ilości do 1 200 kg),

(dowód: karta 4-11)

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

Tabela nr 5

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

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia G.W. L	231 462,00 zł
Piekarnia W L	241 592,40 zł
(...)	251 055,00 zł
(...)	277 972,80 zł
(...)	293 160,00 zł

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

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła ok. 4%.

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

(dowód: karta 79-82)

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

Tabela nr 6

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

Oferent	Ilość punktów
Piekarnia G.W. L, P	100,00
Piekarnia W L, P	95,88
(...)	92,20
(...)	83,27
(...)	78,95

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

Tego samego dnia, tj. 12.09.2011 r. Zamawiający wysłał ww. informację (drogą fax-ową) o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy G L prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia G.W. L. W tym samym dniu tj. 12.09.2011 r. G L wysłała informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy:

Piekarnia W L z P. Dnia 13.09.2011 r., Zamawiający ponownie wysłał informację (drogą fax-ową, i pisemnie) do wszystkich oferentów o odstąpieniu od podpisania umowy przez zwycięzcę przetargu i wyborze kolejnej najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, tj. złożonej przez przedsiębiorcę: Piekarnia W L z P.

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

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

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

Jak ustalono, równoległe do opisanego powyżej przetargu w Areszcie Śledczym nr 1 – Zakład Karny nr 1 we Wrocławiu przy ul. Kleczkowskiej 35 przeprowadził przetarg na dostawę chleba przez okres 12 miesięcy w ilości szacunkowej 240 000 kg (wielkość dostawy dziennej ok. 600 kg) do którego także przystąpiły obie strony niniejszego postępowania składając oferty o wartościach 413 280,00 zł (G L) i 451 080,00 zł (W L), a wartość złożonych ofert różni się między sobą o **ok. 9%**. Następnie, Zamawiający – Zakład Karny nr 1 - na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał w dniu **14 września 2011 r.** wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia G.W. L z P. Oferta firmy Wa L zajęła w tym przetargu trzecie miejsce (pomiędzy firmami stron sklasyfikowano ofertę przedsiębiorcy Piekarnictwo i Cukiernictwo TM). Tego samego dnia, tj. **14.09.2011 r.** Zamawiający wysłał ww. informację (drogą fax-ową, i pisemnie) o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy G L prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia G.W. L z którą następnie podpisano umowę na realizację zamówienia.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz.V, karty: 6-12, 41-99)

I.4.4. W październiku 2011 r. władze Zakładu Karnego Nr 1 w Strzelcach Opolskich, ul. Karola Miarki 1, 47-100 Strzelce Opolskie, przeprowadziły przetarg na dostawę pieczywa w terminie od 01.01.2012 r.-31.12.2012 r., w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (nr ewid. Z/ZP/220/41/11). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy dotyczyły takich artykułów jak: chleb pszenno-żytni (144 000 kg), chleb pszenny (12 000 kg), bułka tarta (600 kg) i sucharki bez cukru (350 kg). Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty, złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco

Tabela nr 7

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez Zakład Nr 1 w Strzelcach Opolskich, w październiku 2011 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia G.W. L, P	263 103,23 zł
Piekarnia W L, P	274 613,33 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.VIII karta: 24)

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła **ok. 4%**.

Następnie, Zamawiający – Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, - na podstawie przyjętego kryterium oceny — „najniższa cena” dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia G.W.. L z P, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Tabela nr 8

Przyznana punktacja po otwarciu ofert w przetargu organizowanym przez Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, w październiku 2011 r..

Oferent	Punktacja
Piekarnia G.W. L, P	100,00
Piekarnia W L, P	95,00

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.VIII, karta: 24)

Dnia 24.10.2011 r. o godz. 10:38 Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do obu oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – przedsiębiorcy G L. Tego samego dnia – o godz. 14:46, przedsiębiorca G L G.W. L wysłała fax-em informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru kolejnej najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia W L z P. Ponadto, dnia 25.10.2011 r., Zamawiający przesłał do firmy Piekarnia G.W.L informację, iż z powodu ww. odstąpienia od umowy, firma ta zostanie wykluczona ze wszystkich przetargów organizowanych przez Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, na okres 3 lat.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz.VIII, karta: 24-25 i 32)

W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca G L, wyjaśniła, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy były przyczyny „organizacyjne, głównie logistyczne, ze względu na realizowane w tym czasie dostawy na teren Dolnego Śląska”.

(dowód: karta: 159)

I.4.5. W grudniu 2011 r. władze jednostki: Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice, Kamieniec, ul. Polna 2, 42-674 Zbroslawice, przeprowadziły przetarg na dostawę m.in. pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich przez okres 12 miesięcy w ilościach szacunkowych 6 600 szt. (chleb), 7000 szt. (bułka 100 g), 5 200 szt. (rogal), 5 400 szt. (drożdżówka), 6 800 szt. (pączek). Władze wymienionej placówki ogłosiły postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie ustawy *Prawo zamówień publicznych* w trybie przetargu nieograniczonego, (nr ewid. Dz.OLR/DN/1004/2011). Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 3 oferty, wśród nich oferty złożone przez obie strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 9

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

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia W L, P	27 687,00 zł
Piekarnia G.W. L, P	29 408,00 zł
(...)	40 620,84 zł

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

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła ok. 7%.

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

Tabela nr 10

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

Oferent	Punktacja
Piekarnia W L, P	100,00
Piekarnia G.W. L, P	94,15
(...)	68,16

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

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

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

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

(dowód: karta: 94-95)

I.4.6. W styczniu 2012 r. władze Placówki Opiekuńczo-Wychowawczej typu Socjalizacyjnego, Godzięcin 50d, 56-120 Brzeg Dolny, przeprowadziły przetarg na „Dostawę produktów żywnościowych do stołówki PWPO-W w Goodzięcinie od stycznia do grudnia 2012 r.” w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (nr ewid. PWPO-W221/01/12)). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dostawy różnych rodzajów żywności podzielono na pakiety, gdzie pakiet nr 4 dotyczył takich artykułów jak: pieczywo, świeże wyroby piekarskie i ciastkarskie.

(dowód: załącznik do akt głównych - cz.VII karta: karta 55-69)

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty dotyczące pakietu nr 4,, złożone przez strony niniejszego postępowania. Wartości złożonych ofert kształtowały się następująco:

Tabela nr 11

Wartości złożonych ofert w przetargu organizowanym przez PWPO-W w Goodzięcinie, w styczniu 2012 r..

Oferent	Wartość brutto oferty
Piekarnia W L, P	47 871,89 zł
Piekarnia G.W. L, P	51 071,84 zł

(opracowanie własne na podstawie zebranych danych: załącznik do akt głównych - cz.VII karta: 85-86)

Różnica pomiędzy cenami ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania wynosiła **ok. 6%**.

Następnie, Zamawiający – PWPO-W w Goodzięcinie - na podstawie przyjętego kryterium oceny – „najniższa cena” dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia W L z P (w dokumentacji przetargowej – brak danych dotyczących przyznanej punktacji poszczególnym ofertom).

Dnia 18.01.2012 r. Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do obu oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu – firmy Piekarnia W L. Dnia 26.01.2012 r. Zamawiający otrzymał informację od przedsiębiorcy Wa L dotyczącą rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* dokonał wyboru kolejnej najkorzystniejszej oferty, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia G.W. L z P. (dowód: załącznik do akt głównych - cz.VII: karta 85-87)

W toku postępowania antymonopolowego, przedsiębiorca W L, wyjaśnił, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy nie była konkretna, „jedna przyczyna”, ale „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”. (dowód: karta: 94-95)

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

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut zawarcia szeregu porozumień, których zakazuje art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegających na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w przetargach publicznych organizowanych przez podmioty instytucjonalne (jednostki penitencjarne, oświatowe i służby zdrowia) na dostawy mąki, chleba i innych wyrobów mącznych oraz podejmowania bądź zaniechania uzgodnionych działań w toku tych przetargów, mających na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Postępowanie objęło działania obu przedsiębiorców w okresie od marca 2011 r. do stycznia 2012 r., którzy w tym czasie przystępowali do ww. przetargów. Zarzuty dotyczą zachowań stron niniejszego postępowania w sześciu przetargach, organizowanych przez następujące podmioty:

1. Zespół Szkół Mechanicznych, ul. Osmańczyka 22, 45-027 Opole;
2. Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina;
3. Areszt Śledczy, ul. Świebodzka 1, 50-046 Wrocław;
4. Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, ul. Karola Miarki 1, 47-100 Strzelce Opolskie.

5. Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroślawice, Kamieniec, ul. Polna 2, 42-674 Zbroślawice;
6. Powiatowa Wielofunkcyjna Placówka Opiekuńczo-Wychowawcza w Godzięcinie, Godzięcin 50d, 56-120 Brzeg Dolny;

2. Interes publicznoprawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej Sądu Antymonopolowego).

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

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

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

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, która dotyczy zarzutu zawarcia umowy przetargowej, mógł zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniach przetargowych, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Umowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki

ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

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

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw - w szczególności ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.) - nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

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

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

4. Rynek właściwy - przedmiot porozumienia

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

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

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym

elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

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

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

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

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

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

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

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że rynkiem na którym doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest krajowy rynek hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych.

5. Ustalenie siły rynkowej uczestników postępowania na rynku właściwym

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

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

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

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

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

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

Ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy firmy, od których oczekuje się,

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

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

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

Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 k.p.c., który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Powyższą linię orzecniczą wyznacza orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), który stwierdził m.in., że: „W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego **musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.** Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie **nie tylko istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego** z naruszeniem reguł konkurencji” (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; za: Z.Jurczyk, Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych, (w:) *Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej*, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68) /2009, s. 142-143).

Tak więc dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmony, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (Wyrok ETS z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot*

Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.). Należy podkreślić, że fakt odstąpienia przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu jest trudny do wytłumaczenia przez podmiot kierujący się racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi. Oczywistym jest, że głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia. Wycofanie się w razie wygranej może być podyktowane tylko przyczynami obiektywnymi, nagłymi etc.

W tym miejscu należy przywołać stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31.08.2008 r. (sygn. akt XVII AmA 142/07), zgodnie z którym „(...) tak jak uznanie faktów za niewytłumaczalne bez wcześniejszej zmywy, musi następować na podstawie całokształtu okoliczności, a nie pojedynczej, choćby najistotniejszej przesłanki, tak też zadowalające ich wyjaśnienie w oderwaniu od zmywy musi odnosić się do całokształtu okoliczności. (...) Wszystkie możliwe wyjaśnienia zaistniałych okoliczności należy oceniać w kontekście całokształtu okoliczności związanych z zachowaniami podmiotów, a nie w oderwaniu, bo właśnie analizowanie pojedynczej okoliczności z perspektywy jej samej bez umiejscowienia w całokształcie zdarzeń może prowadzić do nierzetelnych wniosków. Tak więc, o ile po dokonaniu oceny dowodów pośrednich okaże się, w kontekście całokształtu tych okoliczności, że wniosek o zawarciu niedozwolonego porozumienia jest jedynym możliwym do wyprowadzenia, należy przyjąć zawarcie porozumienia za udowodnione”.

Należy stwierdzić, iż w opisanych w niniejszej sprawie, ww. sześciu przetargach, działał ten sam mechanizm współpracy:

- a) obydwaj przedsiębiorcy składali swoje oferty w tym samym przetargu;
- b) rozpiętość wartości ich ofert w poszczególnych przetargach zawierała się w stosunkowo niewielkim przedziale od 4 do 9%;
- c) w sytuacji gdy oferty stron zajmowały dwa pierwsze miejsca w przetargu, zwycięzca przetargu - po uzyskaniu informacji o wynikach przetargu - wysyłał do zamawiających oświadczenie o odstąpieniu od umowy, która została następnie podpisywana z firmą współpracującą – drugą w kolejności (wg kryterium ceny);
- d) jako przyczyny rezygnacji z realizacji poszczególnych zamówień, strony w swoich wyjaśnieniach wskazywały na te same czynniki natury ogólnej, określanych jako „ekonomiczne” „organizacyjne”, „osobiste” czy „logistyczne” (z jednym wyjątkiem, w którym w związku z odstąpieniem od wykonania zamówienia w Areszcie Śledczym nr 1 we Wrocławiu, przedsiębiorca G L wskazała na okoliczność wygrania w większym przetargu organizowanym równolegle przez Zakład Karny nr 1 we Wrocławiu).

W sześciu przetargach objętych niniejszym postępowaniem, bez wątpienia wystąpił wskazany wyżej ciąg działań:

1) W przetargu zorganizowanym przez Zespół Szkół Mechanicznych w Opolu obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 9%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: W L, 2 miejsce: G L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 18 marca 2011 r. Następnie, dnia 28 marca 2011 r., zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. G L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca W L wskazał, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy był „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i

osobistych”.

2) W przetargu zorganizowanym przez Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 7%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: W L, 2 miejsce: G L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 16 czerwca 2011 r. Następnie, dnia 27 czerwca 2011 r., zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. G L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca W L wskazał, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy był „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

3) W przetargu zorganizowanym przez Areszt Śledczy nr 1 we Wrocławiu, obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 4%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: G L, 2 miejsce: W L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 12 września 2011 r. Następnie, w tym samym dniu 12 czerwca 2011 r. (ok. 2 godziny po otrzymaniu fax-em informacji o wynikach przetargu), zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. W L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca G L wskazała, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy było wygranie znacznie większego przetargu, organizowanego w tym czasie przez Zakład Karny nr 1 we Wrocławiu. Strona wskazała, iż w aktualnej sytuacji firmy przyjęcie obu zamówień do realizacji „z punktu widzenia ekonomicznego i organizacyjnego było niemożliwe”, ponieważ „konieczne byłoby zatrudnienie około 7 osób, zorganizowanie dodatkowych środków transportu i dodatkowego zaplecza dla pracowników”.

4) W przetargu zorganizowanym przez Zakład Karny Nr 1 w Strzelcach Opolskich, obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 4%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: G L, 2 miejsce: W L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 24 października 2011 r. Następnie, tego samego dnia ok. 4 godziny później, zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. W L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca G L wskazała, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy były przyczyny organizacyjne, głównie logistyczne „ze względu na dostawy w tym czasie na teren Dolnego Śląska”.

5) W przetargu zorganizowanym przez Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice, obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 7%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: W L, 2 miejsce: G L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 20 grudnia 2011 r. Następnie, dnia 29 grudnia 2011 r., zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. G L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca W L wskazał, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy był „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

6) W przetargu zorganizowanym przez Powiatową Wielofunkcyjną Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą w Godzicinie, obydwaj przedsiębiorcy złożyli swoje oferty o wartości różniące się między sobą o ok. 6%. Dwa pierwsze miejsca zajęły oferty obu stron postępowania: 1 miejsce: W L, 2 miejsce: G L. Strony zostały powiadomione o wynikach przetargu dnia 18 stycznia 2012 r. Następnie, dnia 26 stycznia 2012 r., zwycięzca przetargu przesłał oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Realizację zamówienia zlecono drugiemu, kolejnemu oferentowi, tj. G L. Wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy, przedsiębiorca W L wskazał, iż powodem odstąpienia od wykonania umowy był „splot

okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”.

Mając na uwadze łączne zestawienie powyższych zdarzeń zachodzących w ww. sześciu przetargach i pozostałych ustaleń stanu faktycznego, w ocenie Prezesa Urzędu, o tym, iż obydwaj przedsiębiorcy – strony niniejszego postępowania, tj. G L i W L dokonali uzgodnień co do samego udziału i warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, świadczą **łącznie** następujące okoliczności:

- 1) przedsiębiorców G L i W L wiąże najbliższy stopień pokrewieństwa - są małżeństwem;
- 2) strony postępowania prowadzą formalnie odrębne działalności gospodarcze, niemniej jednak pod tym samym adresem – w P - znajduje się siedziba obu firm, do których ponadto jest podany ten sam numer telefonu i numer fax-u. Pomiędzy stronami istnieje współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji (w aktach sprawy znajdują się dokumenty – fax-y, adresowane do W L – omyłkowo opieczetowywane pieczęcią firmy G.W. L, czy dokumenty opatrzone jednym charakterem pisma z formułą „za zgodność z oryginałem” co świadczy o tym, iż ta sama osoba zajmuje się korespondencją obu przedsiębiorców: (dowód: załącznik do akt głównych – cz. II np. karty 53 i 56);
- 3) pomiędzy stronami postępowania występują określone powiązania, które polegają co najmniej na wymianie informacji w zakresie źródeł zaopatrzenia, wprowadzaniu nowych technologii i produktów oraz kosztów dostaw. Strony udostępniają sobie także własne opracowania / wzory pism / szablony (przykład: identyczne co do formy i treści pism do zamawiających, bardzo podobne w wielu miejscach co do formy i treści pisma kierowane do Prezesa Urzędu, podobne wzory pieczętek firmowych obu przedsiębiorców (sporządzone w tym samym formacie, z zastosowaniem tej samej czcionki i układu danych) (dowód: np. karty 73 i 74, oraz 85-87 i 94-95);
- 4) w składanych przez strony ofertach występuje powtarzająca się zależność pomiędzy oferowanymi przez obie strony łącznymi wartościami zamówienia, które we wszystkich sześciu przetargach są od siebie wyższe bądź niższe o stosunkowo niewielki procent (od 4 do 9 %), podczas gdy wartości proponowane przez innych oferentów są zróżnicowane na poziomie znacznie wyższym, bo przekraczającym nawet 50% ceny oferowanej przez strony niniejszego postępowania. Pozwala to na domniemanie, że przedsiębiorcy współpracowali podczas układania ofert, aby znalazły się one na dwóch pierwszych miejscach w rankingu ofert sporządzanym przez zamawiającego i zyskali możliwość wykorzystania tej sytuacji. Celem przedsiębiorców było uzyskanie przez ich oferty dwóch pierwszych miejsc w klasyfikacji ofert opierającej się na kryterium ceny oraz aby pomiędzy nimi nie pojawiła się oferta podmiotu trzeciego. Zatem ustalając wartość swoich ofert przyjmowali taką – stosunkowo niewielką - różnicę, dzięki której mogli osiągnąć ten cel. Taki stan rzeczy umożliwiał im doprowadzenie do wyboru oferty drugiej w rankingu, której wartość była większa, co osiągalni poprzez odstąpienie zwycięzcy przetargu od realizacji umowy.
- 5) strony przystępowały jednocześnie do przetargów przeprowadzonych przez różne instytucje, składając konkurencyjne oferty (dokładna liczba przetargów nie jest znana z uwagi na brak prowadzenia ewidencji przez strony w tym zakresie). W przetargach opisanych w niniejszej decyzji, w których oferty obu przedsiębiorców zajmowały kolejno dwa pierwsze miejsca, **zawsze** następowała sytuacja w której jeden z przedsiębiorców – zwycięzca przetargu - odstępował od umowy, którą następnie przejmowała do realizacji firma współmałżonka. Łącznie w przeciągu 2011 r. oraz w styczniu 2012 r. było co najmniej sześć takich przetargów: w dwóch przypadkach:

firma Piekarnia G.W. L odstępowała na rzecz firmy Piekarnia W L (chodzi o przetargi organizowane przez Areszt Śledczy we Wrocławiu i Zakład Karny nr 1 w Strzelcach Opolskich, natomiast w pozostałych czterech przypadkach firma Piekarnia W L odstępowała na rzecz firmy Piekarnia G.W. L (chodzi o przetargi organizowane przez podmioty: Zespół Szkół Mechanicznych w Opolu, Centrum Terapii Nerwic Moszna Zamek, Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny Dla Dzieci Kamieniec-Zbroslawice i Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą typu Socjalizacyjnego w Godzięcin k. Brzegu Dolnego);

- 6) podawane przyczyny odstąpienia od umowy miały charakter ogólny i w zasadzie identyczny w 5 z 6 opisanych przetargów. Oprócz sytuacji wskazanej w związku z przetargiem zorganizowanym przez Areszt Śledczy we Wrocławiu, w pięciu pozostałych przetargach, w których następowała rezygnacja jednej ze stron, na rzecz drugiej, strony - wyjaśniając przyczyny odmowy podpisania umowy po wygraniu przetargu - powoływały się na „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych” (W L), czy też przyczyny natury organizacyjnej – trudności logistyczne (G L). Przyczyny o tak ogólnikowym charakterze i nie poparte konkretnymi faktami, nie mogą być uznane za przekonujące;
- 7) podana przez przedsiębiorcę G L przyczyna odstąpienia od wykonania umowy w Areszcie Śledczym nr 1 we Wrocławiu nie znajduje odzwierciedlenia w faktach, tym samym trudno uznać ją za wiarygodną. Po wygraniu przetargu przedsiębiorca G L wysłała dnia **12.09.2011 r.** odstąpienie od umowy (zgodnie z prezentatą pismo wpłynęło do zamawiającego dnia 13.09.2011 r). Strona tłumaczyła takie zachowanie faktem wygrania przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu o znacznie wyższej wartości, o czym miała zostać poinformowana dnia 9.09.2011 r. Materiał dowodowy a w szczególności dokumentacja przetargowa w ww. placówki, nie potwierdza wersji przedstawionej przez stronę, ponieważ dnia 8.09.2011 r. zamawiający wysłał oferentom tylko informację o złożonych ofertach, bez podawania wyników przetargu. Te z kolei zostały ujawnione dopiero dnia **14.09.2011 r.** (potwierdzenie przesyłki fax-em tego dnia o godz. 9:54), tak więc odstępując od umowy z Aresztem Śledczym we Wrocławiu, strona postępowania – G L nie mogła mieć wiedzy co do ostatecznych wyników uzyskanych na przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu, pomimo wcześniejszego ujawnienia zestawienia ofert. Na tym etapie przedsiębiorca – nawet jeśli ma najniższą cenę – nie może być jeszcze pewny wygranej w konkursie, ponieważ np. z różnych przyczyn przetarg może być unieważniony, lub dany oferent wykluczony. Odstąpienie więc na tym etapie od realizacji zamówienia na rzecz Aresztu Śledczego we Wrocławiu byłoby działaniem obciążonym ryzykiem utraty obydwu zleceń, co więcej ryzykiem zupełnie zbędnym, ponieważ zgodnie z zawiadomieniem przesłanym przez zamawiającego, umowę należało zawrzeć dopiero po upływie 18.09.2011 r. Nie ma więc mowy o istnieniu jakiegokolwiek presji czasowej w kwestii konieczności dokonania wyboru zamówienia do realizacji. Tak więc działanie G L należy uznać za zachowanie jakiegoś nie podjąłby racjonalnie działający przedsiębiorca, gdyby nie działał w uzgodnieniu. Ponadto, gdyby nawet przyjąć wyjaśnienie G L, iż z chwilą (dnia 9.09) otrzymania informacji o złożonych ofertach uzyskała pewność w kwestii wygrania przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we Wrocławiu, to jej odstąpienie od przetargu w Areszcie Śledczym powinno nastąpić bezzwłocznie po uzyskaniu tej informacji, a tymczasem nastąpiło dopiero trzy dni później, kiedy strony uzyskały ostateczną informację o wygraniu przetargu w Areszcie Śledczym (dnia 12.09) przez G L i zajęciu drugiego miejsca przez firmę Wa L. Wówczas łączna wartość realizowanych przetargów przez obie strony postępowania była większa, niż gdyby przedsiębiorca G L realizowała je

samodzielnie.

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

Obaj przedsiębiorcy w swoich wyjaśnieniach wskazywali, iż w przedmiotowej branży startuje się w wielu przetargach jednocześnie, by mieć pewność ciągłości zleceń. Taka sytuacja może skutkować niekiedy odstąpieniem od wykonania zamówienia, w razie równoległej wygranej w dwóch przetargach, co może wynikać z niemożności prowadzenia dwóch zleceń. Prezes Urzędu nie kwestionuje powyższych stwierdzeń, jednak w przypadku obu przedsiębiorców, we wszystkich analizowanych sześciu przetargach - jeśli następowało odstąpienie od wykonania zlecenia, to zawsze było ono powiązane z przejęciem zamówienia przez firmę współmałżonka, czyli rezygnacja z przetargu nigdy nie następowała na rzecz podmiotu trzeciego. Wyraźnie należy podkreślić, że w analizowanym okresie, tj. od marca 2011 r. do stycznia 2012 r. nie było ani jednego przetargu w którym:

- którakolwiek z obojga stron podjęłaby się realizacji zlecenia (po wygraniu przetargu), pomimo iż drugą ofertę w kolejności stanowiłaby oferta firmy współmałżonka;
- którakolwiek z firm stron zrezygnowałaby z realizacji zlecenia (po wygraniu przetargu), w sytuacji, gdy drugą ofertę w kolejności stanowiłaby oferta firmy osoby trzeciej, tj. nie firmy współmałżonka.

Niezależnie od powyższego, można dodatkowo wskazać dalsze okoliczności obciążające strony i obalające ich argumentację wskazującą na ekonomiczne przesłanki odstąpienia od umowy, takie jak:

- dalsze przystępowanie do przetargów przedsiębiorcy G L w okresie po wrześniu 2011 r. (tj. w październiku i grudniu 2011 r. oraz w styczniu 2012 r.), pomimo, iż zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami: po wygraniu dużego zlecenia do Zakładu Karnego Nr 1 (we wrześniu 2011 r.), firma była maksymalnie obciążona realizacją dotychczasowych zleceń i niezdolna do realizacji nowych;
- odstąpienie od umowy przez W L dotyczącej stosunkowo niewielkiego zlecenia (biorąc pod uwagę skalę działalności obu firm, obsługujących odpowiednio 7 i 11 znacznie większych zleceń, w niektórych przypadkach przekraczających nawet dziesięciokrotność wartości tego zlecenia) – chodzi o przetarg dotyczący dostaw wyrobów piekarskich i ciastkarskich do Zespołu Szkół Mechanicznych w Opolu, przeprowadzony w marcu 2011 r., gdzie obie strony złożyły oferty na łączne kwoty 17 963 zł i 20 089, 65 zł. Gdy zamawiający ujawnił, że w przetargu biorą udział tylko firmy stron, tańsza oferta przedsiębiorcy W L została wycofana na rzecz droższej. W opinii Prezesa Urzędu, trudno tutaj doszukiwać się przesłanek organizacyjno-ekonomicznych, w sytuacji gdy obie firmy realizują jednocześnie po kilka zleceń na

kwoty przynajmniej kilkakrotnie wyższe od wartości tego zamówienia.

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

Odnosząc się z kolei do argumentacji podniesionej przez strony na okoliczność, iż pomimo istnienia pewnych powiązań rodzinnych i organizacyjnych, prowadzą oni niezależną od siebie działalność gospodarczą, należy wskazać, iż samo występowanie pomiędzy stronami postępowania ścisłych więzi rodzinnych, współpracy w zakresie wymiany informacji o źródłach zaopatrzenia i nowych technologiach w branży, współpracy logistycznej w zakresie obiegu korespondencji, prowadzenia działalności pod tym samym adresem (ten sam adres biura, te same numery telefonów i fax-u), czy korzystanie z tego samego majątku, nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na istnienie trwałego procesu wymiany istotnych informacji gospodarczych pomiędzy nimi. To z kolei - przy wystąpieniu **dodatkowych okoliczności** wskazanych wcześniej w niniejszej decyzji – uzasadnia stwierdzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak w niniejszym przypadku, tj. poprzez opisane wyżej celowe, świadome i skoordynowane zachowanie skutkujące – w przypadku zaistnienia określonych okoliczności - wycofaniem z przetargu jednej oferty, na rzecz drugiej, droższej oferty firmy współpracującej.

Podsumowując, nawet jeśli w którymś z opisanych przetargów mogła zaistnieć sytuacja uzasadniająca rezygnację z podpisania umowy, to nie jest prawdopodobne biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, aby sytuacja taka wystąpiła w każdym z 6 opisanych w uzasadnieniu niniejszej decyzji przypadków. Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, zachowania obu przedsiębiorców w opisanych przetargach nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zmywy przetargowej.

W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie ww. okoliczności - **brane pod uwagę wspólnie** - świadczą o tym, iż przedsiębiorcy G L oraz W L zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców zachowania w trakcie sześciu przetargów przeprowadzonych przez wymienione instytucje i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z umawiających się przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Została zatem spełniona pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawarciu porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 ww. ustawy.

Jak wskazano wyżej, w myśl art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie (...)* zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. „Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (wyrok SOKiK z dnia 24

marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02). W nawiązaniu do wcześniej przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy *o ochronie (...)* zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak już wspomniano, za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest **koordynacja zachowań** przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert firm przystępujących do przetargów. Porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź większej liczby przetargów.

W niniejszej sprawie cel i skutek antykonkurencyjny porozumienia są jednoznaczne - mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargu, a sprowadzających się do nieuzasadnionego odstąpienia od zawarcia umowy, celem zawarcia umowy z firmą współmałżonka, który zaoferował wyższą cenę. Cel ten został zrealizowany przez wycofanie swojej oferty przez pierwszego z uczestników zmywy przetargowej aby zlecenie przejęła firma drugiego przedsiębiorcy. Tak więc działania stron w trakcie ww. postępowania przetargowego były ukartowane a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ z góry ustalono, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych tak jak nastąpiło to w sześciu opisanych przypadkach, oferta droższa zastąpi ofertę tańszą. Tak więc wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji a tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

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

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania we wskazanych sześciu przetargach. Odstąpienie od umowy jednego z uczestników porozumienia w celu przejęcia umowy przez drugiego uczestnika, która w danym przetargu zaoferowała wyższą cenę oznaczało, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek, czyli na pierwsze miejsce przesunęła się oferta druga pod względem ceny) uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należy przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 26 stycznia 2012 r., bowiem w tym dniu nastąpiło odstąpienie od umowy przez jednego z uczestników porozumienia, w ostatnim z sześciu przetargów objętych niniejszym postępowaniem. Tak więc z całą pewnością stwierdzić można, iż istnieją dowody pośrednie świadczące o tym, iż zmywa przetargowa została zrealizowana w sześciu wyżej opisanych przypadkach, które miały miejsce w okresie od marca do grudnia 2011 r. oraz w styczniu 2012 r. W związku z powyższym, ze względu na brak podstaw opartych w materiale dowodowym do uznania, iż porozumienie nadal

obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem **26 stycznia 2012 r.**

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

8. Kara pieniężna

Na podstawie 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% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy *o ochronie (...)*. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. „Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej” (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03).

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

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez G L i Wa L porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W związku z powyższym naruszenie do zostało zakwalifikowane do naruszeń **bardzo poważnych**, a kwotę bazową, stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń ustalono w wysokości (...) % przychodu za rok 2011, tj. rok poprzedzający wydanie decyzji. W przypadku G L (...) % (po zaokrągleniu do 1 zł) uzyskanych przychodów w wysokości (...) zł stanowi kwota (...) zł. zł, a w przypadku Wa L, który w 2011 r. uzyskał przychody w wysokości (...) zł - kwota (...) zł.

(dowód: roczne zeznania podatkowe stron (PIT) za rok 2011, karta 135-138, 140-143)

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

Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dostaw hurtowych mąki i wyrobów mącznych dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych nie występują znaczące bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek **konkurencyjny**. Na rynku tym działają liczni przedsiębiorcy. Z drugiej strony Prezes Urzędu wziął pod uwagę takie czynniki jak faktyczne **wprowadzenie w życie porozumienia** oraz **praktyczną nieodwracalność jego skutków**, ponieważ umowy zawarte przez podmioty zamawiające są już w trakcie realizacji. Ponadto wzięto pod uwagę kolejny czynnik, mianowicie **wymierny uszczerbek ekonomiczny po stronie zamawiających** w niniejszej sprawie, ponieważ na skutek zawartej zmywy przetargowej, wymienione w decyzji podmioty będące jednostkami Skarbu Państwa zostały pozostawione w sytuacji, gdy musiały wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Zamawiający zawarł umowę z przedsiębiorcą droższym, co wiązało się dla niego z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, związanych z zapłatą wyższej ceny.

Uwzględniając ww. czynniki, na tym etapie ustalania kary podwyższono ją łącznie o (...) % kwoty bazowej.

Ze stwierdzonych przez Prezesa Urzędu nieprawidłowości w wymienionych przetargach świadczących o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję wynika, iż przejawy zawartego porozumienia miały miejsce w okresie od marca 2011 r. do stycznia 2012 r. W związku z faktem, iż wykazane naruszenie prawa konkurencji polegające na zawarciu porozumienia nie przekroczyło 1 roku, nie zostało ono zakwalifikowane do naruszeń długotrwałych, a kwota bazowa nie uległa zmianie.

Ponadto Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie inne okoliczności łagodzące obciążające. Jeśli chodzi o okoliczności obciążające, to w toku postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców G L i W L miało **charakter umyślny**. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności powiązania stron oraz ich postępowanie w innych przetargach świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną **ustaloną z góry taktykę działania** w ww. przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych. Trudno w takich okolicznościach mówić o działaniu nieumyślnym. W sprawie nie stwierdzono natomiast żadnych okoliczności łagodzących.

Uwzględniając ww. czynnik, na tym etapie ustalania kary podwyższono ją łącznie o (...) % kwoty bazowej.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorców kary w łącznej wysokości **42 524 zł** (słownie złotych: czterdzieści dwa tysiące pięćset dwadzieścia cztery 0/100) dla G L oraz **33 212 zł** (słownie złotych: trzydzieści trzy tysiące dwieście dwanaście 0/100) dla W L. Nałożona kara pieniężna stanowi zatem ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na G L oraz ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na W L.

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

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

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

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

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk

Otrzymują:

- 1) G L
(...)
- 2) W L
(...)