



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

RKR-410-2/14/PP-9/14

Kraków, dnia 30 grudnia 2014 r.

**DECYZJA Nr RKR – 35/2014**

Stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 6 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) w związku z § 2 pkt 3 i § 4 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 107, poz. 887),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

po przeprowadzeniu, wszczętego z urzędu, postępowania antymonopolowego:

**I.**

Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** na regionalnym rynku robót z zakresu regulacji rzek, obejmującym teren Polski południowej, a w szczególności województwa małopolskiego i śląskiego, porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami:

- Grażyną Sołtys, zamieszkałą w Pisarzowej, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna,
- Mariuszem Sołtysem, zamieszkałym w Pisarzowej, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Wod-Mar Sołtys Mariusz,

polegające na uzgodnieniu w przetargach przeprowadzonych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*,

oraz **stwierdza się zaniechanie jej stosowania** z dniem 7 października 2013 r.

**II.**

Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** na lokalnym rynku usług zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie powiatu limanowskiego, porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami:

- Grażyną Sołtys, zamieszkałą w Pisarzowej, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna,
- Mariuszem Sołtysem, zamieszkałym w Pisarzowej, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Wod-Mar Sołtys Mariusz,

polegające na uzgodnieniu w przetargach przeprowadzonych przez Powiatowy Zarząd Dróg w Limanowej warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*,

oraz **stwierdza się zaniechanie jej stosowania** z dniem 8 listopada 2013r.

### III.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* **nakłada się kary pieniężne** z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej *ustawy* w zakresie opisanym w punktach I. i II. sentencji niniejszej decyzji, w wysokości:

- 1) 8 489,00 zł (słownie: osiem tysięcy czterysta osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100) - na przedsiębiorcę Grażynę Sołtys, zamieszkałą w Pisarzowej, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna,
- 2) 8 412,00 zł (słownie: osiem tysięcy czterysta dwanaście złotych 00/100) - na przedsiębiorcę Mariusza Sołtysa, zamieszkałego w Pisarzowej, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wod-Mar Sołtys Mariusz,

płatne do budżetu państwa.

### IV.

Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 *ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz.U. z 2013, poz. 267) w związku z art. 83 *ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, **obciąża się kosztami niniejszego postępowania**, w wysokości:

- 1) 19,00 zł (słownie: dziewiętnaście złotych 00/100) - przedsiębiorcę Grażynę Sołtys, zamieszkałą w Pisarzowej, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna,
- 2) 19,00 zł (słownie: dziewiętnaście złotych 00/100) - przedsiębiorcę Mariusza Sołtysa, zamieszkałego w Pisarzowej, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wod-Mar Sołtys Mariusz,

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

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Krakowie (dalej: „Prezes UOKiK”, „organ antymonopolowy”), w związku z zawiadomieniem złożonym przez organizatora przetargu, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z udziałem przedsiębiorców:

- Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna, z siedzibą w Pisarzowej (dalej: „Koparex”, „Grażyna Sołtys”),
  - Wod-Mar Sołtys Mariusz, z siedzibą w Pisarzowej (dalej: „Wod-Mar”, „Mariusz Sołtys”),
- w przetargach na usługi świadczone jednostkami transportowymi i sprzętowymi oraz na roboty budowlane w zakresie inżynierii wodnej, przeprowadzanymi w latach 2013-2014, mogło dojść do naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Na podstawie ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK w dniu 18 sierpnia 2014 r. postanowieniem nr RKR-166/2014 wszczął postępowanie antymonopolowe pod zarzutem stosowania przez Koparex i Wod-Mar:

- 1) praktyki ograniczającej konkurencję na regionalnym rynku robót z zakresu regulacji rzek, obejmującym teren Polski południowej, a w szczególności województwa małopolskiego i śląskiego, polegającej na uzgodnieniu w przetargach przeprowadzonych przez Regionalny

Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie warunków składanych ofert oraz innych zachowań ww. przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę,

2) praktyki ograniczającej konkurencję na lokalnym rynku usług zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie powiatu limanowskiego, polegającej na uzgodnieniu w przetargach przeprowadzonych przez Powiatowy Zarząd Dróg w Limanowej warunków składanych ofert oraz innych zachowań ww. przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Natomiast postanowieniem nr RKR-167/2014 w dniu 18 sierpnia 2014 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu dokumenty i wyjaśnienia uzyskane przez Prezesa UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego o sygnaturze RKR-400-41/13/PP w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z udziałem ww. przedsiębiorców w przetargach na usługi świadczone jednostkami transportowymi i sprzętowymi oraz na roboty budowlane w zakresie inżynierii wodnej, przeprowadzanymi w latach 2013-2014, mogło dojść do naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy, oraz dokumenty i informacje przedłożone przy zawiadomieniu zarejestrowanym pod sygnaturą RKR-412-39/13/PP.

Pismami z dnia 18 sierpnia 2014 r. przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o wszczęciu postępowania oraz wezwani do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów. W odpowiedzi:

- pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. Wod-Mar poinformował: „*nie przyznaję się do czynów zarzucanych postanowieniem nr RKR-166/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r.*”,
- pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. Koparex poinformował: „*nie przyznaję się do zarzutów mi postawionych postanowieniem nr RKR-166/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r.*”.

### **W toku przeprowadzonego postępowania Prezes UOKiK ustalił, co następuje.**

Grażyna Sołtys, zamieszkała w Pisarzowej, prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Koparex Sołtys Grażyna na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Zgodnie z informacjami ujawnionymi w CEIDG przeważającą działalność przedsiębiorcy stanowią roboty związane z budową obiektów inżynierii wodnej (kod PKD 42.91.Z), przy czym przedsiębiorca prowadzi również działalność m.in. w zakresie pozostałego sprzątnia (PKD 81.29.Z).

#### **[dowód: karta nr 11]**

Mariusz Sołtys, zamieszkały w Pisarzowej, prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Wod-Mar Sołtys Mariusz na podstawie wpisu do CEIDG. Zgodnie z informacjami ujawnionymi w CEIDG przeważającą działalność przedsiębiorcy stanowi transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z), przy czym przedsiębiorca prowadzi również działalność m.in. w zakresie robót związanych z budową obiektów inżynierii wodnej (kod PKD 42.91.Z) oraz pozostałego sprzątnia (PKD 81.29.Z).

#### **[dowód: karta nr 12]**

*Ustalenia dotyczące praktyki, o której mowa w pkt I decyzji.*

*przetarg - potok Trzemeśnianka*

W 2013 roku przedsiębiorcy: „Koparex” oraz „Wod-Mar” przystępowali do przetargów organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie

(dalej: „RZGW”) na wykonywanie zadań z zakresu inżynierii wodnej, w tym między innymi przetargów na:

- „*Remont istniejącej zabudowy potoku Trzemeśnianka w km 5+175-5 w m. Trzemeśnia*”
- „*Udrożnienie czaszy zapory p. rumowiskowej oraz remont zabudowy regulacyjnej pot. Kozłeczki w km 0+000-0+620 w m. Krościenko n/D*”.

Przetarg nieograniczony dotyczący *potoku Trzemeśnianka* został ogłoszony w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2013 r. pod numerem 341406, termin składania ofert ustalony został do dnia 17 września 2013 r. W dniu 17 września 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert oraz podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 38 128,00 zł brutto, a także odczytał nazwy (firmy) i adresy wykonawców, a także informacje dotyczące cen, terminu wykonania zamówienia, okresu rękojmi i warunków płatności zawartych w ofertach. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny, z wagą 100 %. Ocena spełnienia pozostałych wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia).

W przetargu tym złożone zostały cztery oferty, opiewające na następujące kwoty (brutto):

- 28 697,87 zł - złożona przez Wod-Mar,
- 31 893,04 zł - złożona przez Koparex,
- 33 704,58 zł,
- 50 307,00 zł.

**[dowód: karta nr 372 ]**

Wod-Mar wraz z ofertą nie złożył wymaganego załącznika - odpisu z CEIDG. Według wyjaśnień Mariusza Sołtysa: „*Odpis z CEIDG został omyłkowo pominięty w ofercie. Ofertę ostatecznie kompletowałem ja i to było moje przeoczenie.*” W dniu 18 września 2013 r. Wod-Mar został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia - w terminie do dnia 20 września 2013 r. - złożonej przez niego oferty o wymagany odpis z CEIDG. Wezwanie zawierało pouczenie, że brak uzupełnienia oferty w terminie o żądany dokument będzie skutkowało wykluczeniem Wod-Mar z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty.

**[dowód: karta nr 377, 477]**

Wod-Mar nie uzupełnił oferty o brakujący dokument i w dniu 23 września 2013 r. zamawiający poinformował przedsiębiorcę o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W tym samym dniu zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, nie podlegających odrzuceniu, to jest oferty złożonej przez Koparex. W tym samym dniu Koparex został także poinformowany o wyborze jego oferty i w dniu 30 września 2013 r. została zawarta z nim umowa o wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia.

**[dowód: karta nr 363, 374, 477]**

Według wyjaśnień Mariusza Sołtysa: „*W tym samym dniu wygrałem zamówienie dla RZGW - Zarząd Zlewni Raby w Dobczycach nr 1080/NZD/2013/KB. Nie mogąc realizować jednocześnie dwóch zleceń, wybrałem to, które było w mojej ocenie korzystniejsze (wyższa kwota zamówienia)*”.

**[dowód: karta nr 286]**

Wedle dokonanych ustaleń, we wskazanym przez przedsiębiorcę przetargu „*nr 1080/NZD/2013/KB - Remont zapory przeciwrumowiskowej na potoku Bysinka w km 3+600 w Myślenicach*” uczestniczył również Koparex, z ceną oferty wyższą o ok. 10 % od

ceny Wod-Mar, natomiast w rankingu ofert, oferty te były przedzielone ofertą innego przedsiębiorcy:

- oferta oceniona na 10,00 pkt - Wod-Mar
- oferta oceniona na 9,48 pkt
- oferta oceniona na 9,01 pkt - Koparex
- oferta oceniona na 4,67 pkt

W przypadku rezygnacji przez Wod-Mar z tego zamówienia, jego realizacja przypadłaby przedsiębiorcy innemu, niż Koparex.

**[dowód: karta nr 286]**

Oferty złożone przez Wod-Mar i Koparex w postępowaniu dotyczącym *potoku Trzemeśnianka* były sporządzone na formularzach ustalonych przez zamawiającego, wypełnionych tym samym charakterem odręcznego pisma.

Przedsiębiorcy przyznali, że obydwie oferty były wypełnione przez tę samą osobę:

- „Ofertę (...) uzupełniła [ ], która jest pracownikiem firmy Koparex” - wyjaśnienie Koparex, odnośnie tego, kto wypełniał formularz złożonej przez tego przedsiębiorcę oferty,
- „Ofertę sporządziła [ ].” - wyjaśnienie Wod-Mar, odnośnie tego, kto wypełniał formularz złożonej przez tego przedsiębiorcę oferty. Przedsiębiorca wyjaśnił także: „Osoba ta współpracuje z Koparex, jest moją znajomą. Ze względu na brak biegłości w tworzeniu ofert poprosiłem ją o wypełnienie oferty. Była to usługa o charakterze kurtuazyjnym”.

W obydwu ofertach wskazano ten sam numer faksu wykonawcy do kontaktu z zamawiającym - [ ], którego abonentem jest Mariusz Sołtys.

**[dowód: karty nr 415, 441, 472, 477]**

W obydwu ofertach przedsiębiorcy wskazali tę samą osobę [ ], która miała uczestniczyć w realizacji zamówienia, jako kierownik budowy, posiadającą wymagane uprawnienia i doświadczenie w kierowaniu robotami hydrotechnicznymi na rzekach lub potokach.

**[dowód: karty nr 420, 456]**

Do ofert dołączone zostały m.in. wykazy robót, wraz z protokołami ich odbioru, wykonanych w przeszłości przez wykonawców, o charakterze zgodnym z asortymentem robót objętych przetargiem, na potwierdzenie spełnienia - zgodnie z warunkami przetargu - wymogu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Z protokołów odbioru robót wykazanych przez Koparex (Grażyna Sołtys), tj.:

- remont zapory przeciwrumowiskowej pot. Słomka - odbiór w dn. 30 października 2012 r.,
  - remont zapory przeciwrumowiskowej pot. Zadzzielanka - odbiór w dn. 30 listopada 2012 r.,
- wynika, że przy czynnościach odbioru końcowego ten przedsiębiorca reprezentowany był przez Mariusza Sołtysa (Wod-Mar).

**[dowód: karty nr 446, 451]**

Umowę o wykonanie robót będących przedmiotem przetargu w imieniu Koparex (Grażyna Sołtys) zawarł w charakterze pełnomocnika Mariusz Sołtys. Według wyjaśnień Grażyny Sołtys: „Umowa pomiędzy Koparex a RZGW została zawarta przez mojego męża. Na tym etapie nie mógł wpłynąć w żaden sposób na treść umowy, a warunki i cena umowy były informacjami dostępnymi dla wszystkich. Podpisanie umowy przez mojego męża wynikło z faktu, iż byłam na urlopie macierzyńskim. (...)”.

**[dowód: karty nr 370, 472]**

*przetarg - potok Kozlecki*

Przetarg nieograniczony dotyczący *potoku Kozleckiego* został ogłoszony w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 września 2013 r. pod numerem 185011, termin składania ofert ustalony został do dnia 27 września 2013 r. W przetargu tym złożone zostały dwie oferty, opiewające na następujące kwoty (brutto):

- 25 138,00zł - złożona przez Koparex,
- 29 262,93zł - złożona przez Wod-Mar.

**[dowód: karty nr 289, 295]**

Oferty złożone przez Wod-Mar i Koparex w postępowaniu dotyczącym *potoku Kozleckiego* były sporządzone na formularzach ustalonych przez zamawiającego, wypełnionych tym samym charakterem pisma odręcznego, przez tę samą osobę - [

], pracownicę Koparex. W obydwu ofertach wskazano ten sam numer faksu wykonawcy - 18 332 80 08, którego abonentem jest Mariusz Sołtys. W obydwu ofertach przedsiębiorcy wskazali tę samą osobę [ ] która miała uczestniczyć w realizacji zamówienia, jako kierownik budowy, posiadającą wymagane uprawnienia i doświadczenie w kierowaniu robotami hydrotechnicznymi na rzekach lub potokach.

W dniu 27 września 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert oraz podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 30 000,00 zł brutto, a także odczytał nazwy (firmy) i adresy wykonawców oraz informacje dotyczące cen, terminu wykonania zamówienia, okresu rękojmi i warunków płatności zawartych w ofertach. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny, z wagą 100 %. Ocena spełnienia pozostałych wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Warunki przetargu nie przewidywały obowiązku wniesienia wadium.

W dniu 1 października 2013 r. Koparex został poinformowany przez zamawiającego o wyborze jego oferty i terminie zawarcia umowy o wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia. Pismem z dnia 2 października 2013 r. Koparex poinformował zamawiającego, że nie przystąpi do podpisania umowy na wykonanie zamówienia.

**[dowód: karta nr 322]**

Według wyjaśnień Grażyny Sołtys: „*Koparex nie zawarł umowy w postępowaniu nr 1168/NZT/2013, gdyż pomimo początkowych kalkulacji przekraczało to możliwości przerobowe mojej firmy, a nieterminowe wykonanie robót naraziłoby mnie na konieczność zapłaty kar umownych. W tym czasie moja firma wykonywała m.in. zamówienia:*

- *zamówienie dla RZGW w Krakowie - Zarząd Zlewni Raby w Dobczycach umowa z 26.7.2013 nr 919/NZD/2013/KB,*
- *zamówienie dla RZGW w Krakowie - Zarząd Zlewni Górnego Dunajca w Nowym Targu umowa z 17.09.2013 nr 1052/NZT/2013,*
- *zamówienie dla RZGW w Krakowie - Zarząd Zlewni Raby w Dobczycach umowa z 30.09.2013 nr 1102/NZD/2013/KB”.*

**[dowód: karta nr 472]**

W dniu 3 października 2013 r. zamawiający powiadomił Wod-Mar o wyborze jego oferty, w związku z odstąpieniem od zawarcia umowy przez Koparex, jako następnej najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, i wyznaczył termin zawarcia umowy o wykonanie robót, będących przedmiotem zamówienia. Umowa z Wod-Mar została zawarta w dniu 7 października 2013 r.

**[dowód: karta nr 320]**

*Ustalenia dotyczące praktyki, o której mowa w pkt II decyzji.*

W 2013 roku „Koparex” oraz „Wod-Mar” przystępowały do przetargów organizowanych przez Powiatowy Zarząd Dróg w Limanowej (dalej: „PZD”) na świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie powiatu limanowskiego, to jest przetargów na:

- „Świadczenie usług jednostkami transportowymi i sprzętowymi - osprzęt powierzony przez PZD oraz wynajem koparko-ladowarki, równiarki i pługu wirnikowego przy zimowym utrzymaniu dróg powiatowych na terenie Powiatu Limanowskiego w sezonie zimowym 2013/2014”,
- „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Limanowskiego w sezonie zimowym 2013/2014”.

*przetarg - świadczenie usług jednostkami sprzętowymi*

Przetarg nieograniczony na *świadczenie usług jednostkami transportowymi i sprzętowymi (...)* został ogłoszony w dniu 10 września 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 365916, a także w Biuletynie Informacji Publicznej zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń w jego siedzibie. Termin składania ofert ustalony został do dnia 19 września 2013 r.

W dniu 19 września 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert oraz podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także odczytał nazwy (firmy) i adresy wykonawców, a także informacje dotyczące cen. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny, z wagą 100 %. Ocena spełnienia pozostałych wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Przetarg był podzielony na sześć zadań częściowych.

W przetargu tym na zadanie częściowe nr 2. złożone zostało sześć ofert, zawierających następujące ceny (brutto) za 1 godzinę pracy nośnika z pługiem i piaskarką oraz za 1 godzinę dyżuru nośnika z pługiem i piaskarką, odpowiednio:

- 183,60 zł i 21,60 zł - ocena 100,00 pkt - złożona przez Wod-Mar
- 205,20 zł i 27,00 zł - ocena 88,37 pkt - złożona przez Koparex
- 190,00 zł i 50,00 zł - ocena 85,50 pkt
- 210,60 zł i 37,80 zł - ocena 82,61 pkt
- 243,00 zł i 54,00 zł - ocena 69,09 pkt
- 156,60 zł i 43,20 zł - oferta odrzucona

**[dowód: karty nr 23-24, 65-67]**

W przetargu tym na zadanie częściowe nr 3. złożone zostało sześć ofert, zawierających następujące ceny (brutto) za 1 godzinę pracy nośnika z pługiem i piaskarką oraz za 1 godzinę dyżuru nośnika z pługiem i piaskarką, odpowiednio:

- 183,60 zł i 21,60 zł - ocena -100,00 pkt - złożona przez Wod-Mar
- 216,00 zł i 27,00 zł - ocena - 84,44 pkt - złożona przez Koparex
- 243,00 zł i 54,00 zł - ocena - 69,09 pkt
- 156,60 zł i 43,20 zł - oferta odrzucona
- 246,00 zł i 48,00 zł - oferta odrzucona
- 268,00 zł i 48,00 zł - oferta odrzucona

**[dowód: karty nr 23-24, 65-67]**

W dniu 9 października 2013 r. zamawiający zawiadomił uczestników przetargu o wyborze najkorzystniejszych ofert, w tym o wyborze ofert Wod-Mar na zadania częściowe nr 2 i 3. W tym samym dniu Wod-Mar poinformował zamawiającego, że nie przystąpi do podpisania umowy będącej przedmiotem zamówienia.

**[dowód: karty nr 58-59, 83]**

Zamawiający nie skorzystał z prawa wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert - złożonej przez Koparex - i w dniu 15 października 2013 r. ogłosił unieważnienie postępowania w zakresie dotyczącym zadań częściowych nr 2 i 3.

**[dowód: karty nr 29-30, 249]**

Mariusz Sołtys wyjaśnił, odnośnie przyczyn odstąpienia od zawarcia umowy będącej przedmiotem tego przetargu, że w dniu 4 października 2013 r. uczestnicząc w sesji otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zimowe utrzymanie dróg prowadzonego przez Urząd Gminy Limanowa, powziął wiadomość, że uzyskał najniższą cenę w klasyfikacji zadania częściowego nr 7 (Męcina-Miczaki) i nr 8 (Kłodne do szkoły i stacja PKP), a zatem mógł liczyć na zawarcie umowy i realizację tego zamówienia. Według wyjaśnienia przedsiębiorcy zaoferowana przez niego cena oraz warunki terenowe dla realizacji tego zamówienia były dla niego korzystniejsze niż w przetargu realizowanym przez PZD. Ponadto „na tą decyzję miała też wpływ ogólna sytuacja finansowa firmy związana z zachwianiem płynności finansowej i koniecznością poszukiwania lepiej wypracowanego zysku. W sytuacji zaoferowania ceny ofertowej w wym. przetargu organizowanym przez PZD Limanowa zbyt niskiej (o czym dowiedziałem się dopiero po otwarciu ofert) firma Wod-Mar nie mogła sobie pozwolić na wykonanie zamówienia na granicy straty.”

Przedsiębiorca podniósł także, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przeprowadzonym ponownie przez PZD na zadania częściowe nr 2 i 3, po unieważnieniu postępowania w tym zakresie, została złożona oferta jednego wykonawcy, która była droższa, niż oferty wybrane w pierwotnym postępowaniu.

**[dowód: karta nr 225]**

W wyżej wymienionym przetargu również oferty złożone przez Koparex i Wod-Mar były sporządzone przez tę samą osobę - [ ], pracownicę Koparex. Według wyjaśnień Mariusza Sołtysa poprosił on pracownicę Koparex o wypełnienie oferty przetargowej Wod-Mar ze względu na nieobecność jego pracownicy, która przebywała w tym okresie na (udokumentowanym) zwolnieniu chorobowym.

**[dowód: karty nr 85,112, 254]**

Obydwie oferty zostały złożone w dniu 19 września 2013 r. przez tę samą osobę, która również była obecna na otwarciu ofert, pracownika Koparex, [ ] - w dokumentacji postępowania odnotowano złożenie tych ofert w jednogminutowym odstępie. Według wyjaśnień Mariusza Sołtysa, jego firma nie była reprezentowana przez nikogo na tym otwarciu ofert, natomiast o jego wynikach dowiedział się kontaktując się z innym wykonawcą, który uczestniczył w tym przetargu.

**[dowód: karty nr 84,11, 276, 18, 255]**

W ofertach obydwu przedsiębiorców wskazany był ten sam adres do korespondencji oraz ten sam numer faksu. W ofertach obydwu przedsiębiorców wskazana jest ta sama osoba (wpisy w osobnych, odpowiednich rubrykach formularza oferty):

- wyznaczona przez Wykonawcę do kontaktów z Zamawiającym,
- uprawniona do reprezentowania Wykonawcy,

to jest Mariusz Sołtys.



W obydwu ofertach podany był również ten sam numer telefonu do kontaktu zamawiającego z wykonawcami - to jest numer telefonu komórkowego, którego abonentem jest Mariusz Sołtys. Grażyna Sołtys wyjaśniła, że wskazanie w jej ofercie Mariusza Sołtysa, jako osoby uprawnionej do kontaktu, wynikało z pomyłki jej pracownicy.

**[dowód: karty nr 85, 112, 276]**

W wykazie narzędzi, jakie wykonawcy zamierzali użyć do realizacji zamówienia, stanowiącym obowiązkowy załącznik do oferty, w każdej z ofert wykazane zostały po trzy jednostki sprzętowe, przy czym dwie z nich były to te same jednostki sprzętowe w ofertach obydwu przedsiębiorców, to jest:

- samochód ciężarowy Steyer, 26S31, 6x4, o mocy 310 KM, r. prod. 1990
- samochód ciężarowy Steyer, 1491.280 B29, 6x4, o mocy 280 KM, r. prod. 1988.

Sprzęt ten, należący do Wod-Mar, Koparex wykazał w ofercie na podstawie pisemnego zobowiązania Wod-Mar do oddania mu tego sprzętu do dyspozycji, w celu realizacji zadania będącego przedmiotem przetargu. Mariusz Sołtys uzasadnił zadeklarowaną gotowość udostępnienia posiadanego sprzętu konkurentowi w przetargu tym, że „*podmiot udostępniający sam staje się potencjalnym uczestnikiem w realizacji przyznanego kontraktu w razie przyznania zamówienia wykonawcy, któremu potencjał ten został przekazany*”.

**[dowód: karty nr 93-94, 114, 254]**

Załączone do ofert obydwu przedsiębiorców wydruki z CEIDG zostały wygenerowane w tym samym dniu, w jednogminutowym odstępie.

**[dowód: karty nr 103, 123]**

*przetarg - kompleksowe zimowe utrzymanie dróg*

Przetarg nieograniczony dotyczący *kompleksowego zimowego utrzymania dróg* (...) został ogłoszony w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2013 nr 2013/S pod numerem 157-274335, a także w Biuletynie Informacji Publicznej zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń w jego siedzibie. Termin składania ofert ustalony został do dnia 19 września 2013 r. Przedmiot zamówienia był podzielony na szesnaście części.

W dniu 19 września 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert oraz podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także odczytał nazwy (firmy) i adresy wykonawców, a także informacje dotyczące cen. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny jednostkowej za kilometr, z wagą 100 %. Ocena spełnienia pozostałych wymogów sformułowanych w przetargu dokonywana była metodą 0-1, (tj. nie spełnia/spełnia). Warunki przetargu przewidywały obowiązek wniesienia wadium, w wysokości 3 000,00 zł dla zadania częściowego nr 8 - „*Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych w grupie dróg H*”. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zadanie kwotę 139 000,00 zł brutto.

W przetargu tym na zadanie częściowe nr 8 złożone zostały cztery oferty, opiewające na następujące ceny jednostkowe (brutto) za utrzymanie kilometra drogi:

- 3 661,20 zł - złożona przez Wod-Mar,
- 4 206,60 zł - złożona przez Koparex,
- 4 855,00 zł,
- 5 070,60 zł.

**[dowód: karta nr 156]**

W dniu 24 października 2013 r. zamawiający powiadomił uczestników przetargu o wyborze najkorzystniejszych ofert w przetargu, w tym wyborze oferty Wod-Mar na zadanie częściowe numer 8. W tym samym dniu Wod-Mar poinformował zamawiającego, że nie przystąpi do podpisania umowy będącej przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie skorzystał z prawa wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert - złożonej przez Koparex - i podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w odniesieniu do zadania częściowego nr 8. Ogłoszenie o unieważnieniu postępowania zostało opublikowane przez zamawiającego w dniu 8 listopada 2013r. Zamawiający ponadto zawiadomił równoległe organ antymonopolowy o powziętym przez niego podejrzeniu stosowania przez Koparex i Wod-Mar praktyk ograniczających konkurencję, w związku z przebiegiem organizowanych przez niego przetargów.

**[dowód: karty nr 149-150, 248]**

Oferty obydwu przedsiębiorców w ww. przetargu również zostały sporządzone przez tę samą osobę, pracownika Koparex, oraz złożone w jednogminutowym odstępie w siedzibie zamawiającego.

**[dowód: karty nr 194, 219]**

Również w tym przetargu w ofertach obydwu przedsiębiorców wskazany był ten sam adres do korespondencji oraz ten sam numer faksu. W ofertach obydwu przedsiębiorców wskazana jest ta sama osoba (wpisy w osobnych, odpowiednich rubrykach formularza oferty):

- *wyznaczona przez Wykonawcę do kontaktów z Zamawiającym,*
- *uprawniona do reprezentowania Wykonawcy,*

to jest Mariusz Sołtys, a jako numer telefonu do kontaktu dla zamawiającego z wykonawcami

- numer telefonu komórkowego Mariusza Sołtysa w obydwu ofertach.

**[dowód: karty nr 85, 112, 276]**

W wykazie wykonanych usług, stanowiącym obowiązkowy załącznik do oferty, na potwierdzenie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, Koparex wykazał usługę wykonaną przez Wod-Mar w sezonie zimowym 2010/2011 na zlecenie PZD i załączył kopię referencji wystawionych przez zamawiającego Wod-Mar. Kopia ta została potwierdzona za zgodność z oryginałem z datą sporządzenia oferty Koparex (18 września 2013 r.) i opatrzona pieczęcią Wod-Mar. Te same referencje zostały również załączone do oferty Wod-Mar. Usługi te zostały wykonane wspólnie przez konsorcjum zawiązane przez Wod-Mar i Koparex.

**[dowód: karty nr 200, 225, 262]**

W wykazie narzędzi, jakie wykonawcy zamierzali użyć do realizacji zamówienia, stanowiącym obowiązkowy załącznik do oferty, w każdej z ofert wykazane zostały po trzy jednostki sprzętowe, przy czym jedna z nich została wykazana w obydwu ofertach, to jest:

- samochód ciężarowy Steyer 1291, 4x4, o mocy 280 KM, r. prod. 1983.

Sprzęt ten, należący do Koparex, Wod-Mar wykazał w swojej ofercie na podstawie pisemnego zobowiązania Koparex do oddania mu tego sprzętu do dyspozycji.

**[dowód: karty nr 204-205, 229]**

Przedsiębiorcy posługują się takim samym formularzem oświadczenia (nie wchodzącego w skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) o zobowiązaniu do oddania sprzętu do dyspozycji drugiego przedsiębiorcy na potrzeby realizacji zamówienia publicznego. Identyfikacja redakcji i formatowania, a także charakterystyczny błąd w oświadczeniu złożonym przez „Koparex” - „*Ja niżej podpisany działający w imieniu firmy: „Koparex”, Mariusz Sołtys, 34-654 Męcina, Pisarzowa 32 zobowiązuje się do oddania do*

dyspozycji na okres trwania w/w zamówienia firmie: „Wod-Mar” Mariusz Sołtys, 34-654 Męcina, Pisarzowa 32” wskazują, że oświadczenie to było redagowane na bazie tego samego pliku komputerowego, zważywszy, że w oświadczeniach składanych w różnych przetargach przedsiębiorcy występowali raz w roli oddającego sprzęt do dyspozycji, a raz w roli korzystającego z tego zapewnienia, a tym samym redakcja tych oświadczeń wymagała dokonania odpowiedniej do tego zmiany ich treści.

**[dowód: karty nr 93, 205]**

Zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w podatkach oraz w opłacaniu składek zostały wydane przez stosowne organy w tym samym dniu dla obydwu przedsiębiorców. Zaświadczenia o niekaralności również zostały wydane dla obydwu przedsiębiorców w tym samym dniu.

**[dowód: karty nr 210-213, 239-241, 424]**

Grażyna i Mariusz Sołtysowie są małżeństwem, zamieszkują we wspólnym gospodarstwie domowym.

**[dowód: karty nr 254, 276, 473]**

Składając wyjaśnienia w toku postępowania wyjaśniającego, w pierwszym piśmie skierowanym w odpowiedzi na wezwanie organu antymonopolowego Mariusz Sołtys zapewnił o trwałym zaniechaniu antykonkurencyjnych praktyk: *„Oświadczam, iż z chwilą powiadomienia mnie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego odstąpiłem bezwarunkowo i ostatecznie od stosowania praktyk, które mogłyby zakłócać konkurencję, w szczególności zobowiązuję się do nieubiegania się o zamówienia w tych samych postępowaniach przetargowych, w których uczestniczy firma mojej małżonki”* a także wnioskował o niewszczywanie postępowania antymonopolowego lub nienakładanie kary.

Podobnie Grażyna Sołtys, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w toku postępowania wyjaśniającego również wnioskowała o *„zaniechanie wszczywania postępowania antymonopolowego, gdyż inwestor nie poniósł szkody”* oraz o zaniechanie naliczenia kary.

**[dowód: karty nr 256, 277]**

Grażyna Sołtys osiągnęła w 2013 roku przychód z działalności gospodarczej w wysokości [ ], z czego przychody osiągnięte z działalności na rynku, o którym mowa w pkt I. decyzji, stanowią ok. [ ]% natomiast przychody z działalności na rynku, o którym mowa w pkt II. decyzji, stanowią ok. [ ]%.

**[dowód: karty nr 485-497]**

Mariusz Sołtys osiągnął w 2013 roku przychód z działalności gospodarczej w wysokości [ ], z czego przychody osiągnięte z działalności na rynku, o którym mowa w pkt I. decyzji, stanowią [ ]%, natomiast przychody z działalności na rynku, o którym mowa w pkt II. decyzji, stanowią ok. [ ]%.

**[dowód: karty nr 498-505]**

Pismem z dnia 8 grudnia 2014 r. strony zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o tym, że mogą się zapoznać z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

## Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes UOKiK zważył, co następuje

### 1. Określenie zarzutu.

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, w przetargach organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie oraz Powiatowy Zarząd Dróg w Limanowej.

### 2. Interes publiczny.

Stosownie do art. 1 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel *ustawy* pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa UOKiK działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* i kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „SOKiK”), w świetle którego „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - 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 słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych*”.<sup>1</sup>

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk<sup>2</sup>. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.<sup>3</sup>

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem *ustawy* powinny być surowo karane<sup>4</sup>.

Horyzontalne porozumienia cenowe należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zazwyczaj wywołują one niekorzystne skutki na rynku,

<sup>1</sup> tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., (sygn. akt: I CKN 1217/98).

<sup>2</sup> por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., (sygn. akt: III SK 40/07).

<sup>3</sup> por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., (sygn. akt: III SK 2/08).

<sup>4</sup> por.: decyzja Prezesa UOKiK Nr RPZ-26/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.

znieszczałając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny<sup>5</sup>. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmwów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy. „*Praktyka zmwów przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość zmwów przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji*”<sup>6</sup>.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zarzutów zawarcia zmwowy przetargowej, mógł zostać naruszony interes publicznoprawny poprzez naruszenie zasad konkurencji w przetargach, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania w świetle przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zmwowy 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*”<sup>7</sup>.

Wobec powyższego należy uznać, iż w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa UOKiK działań w interesie publicznym.

### 3. Status przedsiębiorcy.

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Przedsiębiorcy będący stronami postępowania antymonopolowego zakończonego niniejszą decyzją prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą i posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, ze zm.)*. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* i podlegają regulacjom tej *ustawy*, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

### 4. Rynek właściwy.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego koniecznym jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym).

<sup>5</sup> por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., (sygn. akt: I CKN 496/01).

<sup>6</sup> tak: Z. Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s. 372

<sup>7</sup> tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., (sygn. akt: XVII Ama 117/05).

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

W niniejszej sprawie zakwestionowane zachowanie przedsiębiorców przejawiało się na rynkach:

- robót z zakresu regulacji rzek,
- usług zimowego utrzymania dróg,

w przetargach organizowanych przez jednostki organizacyjne odpowiedzialne za realizację zadań publicznych w tym zakresie.

Roboty z zakresu regulacji rzek, zamawiane przez RZGW obejmują roboty ziemne, roboty umocnieniowe biologiczne, roboty umocnieniowe kamienne, roboty przy umocnieniach z elementów betonowych i żelbetowych oraz roboty izolacyjne. Roboty te stanowią pierwszy rynek produktowy w niniejszej sprawie. Wzorcem zawierającym podstawowe wymagania niezbędne dla wykonania i odbioru robót budowlanych w zakresie inżynierii wodnej są ogólne specyfikacje techniczne opracowane dla RZGW.<sup>8</sup> Dla konkretnych robót będących przedmiotem danego zamówienia, sporządzane są natomiast szczegółowe specyfikacje techniczne, obejmujące zakres robót uzależniony od zaistniałych potrzeb. Mogą one polegać - jak w jednym z przetargów analizowanych w niniejszym postępowaniu - np. na odzwirowaniu niecek wypadowych obiektów hydrotechnicznych, usunięciu z okładziny kamiennej namulów i porostów traw, oczyszczeniu powierzchni okładziny kamiennej, wyburzeniu oraz odtworzeniu betonem hydrotechnicznym uszkodzonych elementów kamienno-betonowych i wykonaniu wykończenia okładziną kamienną. Wykonywanie robót z zakresu regulacji rzek wymaga najczęściej użycia odpowiedniego sprzętu, takiego jak: koparki, spycharki, zgarniarki, zrywarki, młoty pneumatyczne, ubijaki, dźwigi samojezdne itp. Analiza wyników przetargów na roboty z zakresu regulacji rzek organizowanych przez RZGW<sup>9</sup> wskazuje, że przystępują do nich - zapewne m.in. ze względu na koszty i aspekty logistyczne związane z przemieszczeniem sprzętu ciężkiego i zapewnieniem dla niego zaplecza technicznego - głównie wykonawcy z obszaru regionu Polski południowej, a w szczególności województwa małopolskiego i śląskiego. Obszar ten w przybliżeniu pokrywa się z obszarem działania RZGW i w ocenie organu antymonopolowego wyznacza on wymiar geograficzny tego rynku właściwego.

<sup>8</sup> „Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych w zakresie inżynierii wodnej”. [www.rzgw.krakow.pl](http://www.rzgw.krakow.pl), (dział „zamówienia publiczne”).

<sup>9</sup> <http://bip.malopolska.pl/rzgwkrakow/Article/id,144877.html>.

Natomiast usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg obejmują wykonywanie prac polegających na odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości zimowej przy użyciu odpowiedniego sprzętu, soli drogowej i materiałów uszorstniających dla zapewnienia przejezdności dróg oraz ograniczenia zakłóceń płynności ruchu drogowego wywołanych opadami śniegu, deszczu ze śniegiem, marznącej mżawki lub śliskością jezdni. Do obowiązków wykonawców oprócz czynnej akcji należy również z reguły prowadzenie dyżurów dyspozytorskich, zapewnienie we własnym zakresie stałej obsługi naprawczo-remontowej oraz materiałów eksploatacyjnych dla wykorzystywanego sprzętu. Świadczenie tych usług wymaga zastosowania odpowiedniego sprzętu, takiego jak koparko-ładowarki, równiarki, piaskarki, pługi wirnikowe oraz jednostek transportowych. W zależności od potrzeb i rozwiązań zastosowanych przez danego zarządcę drogi usługi te w ramach dokonywanych przez niego zamówień mogą być świadczone sprzętem powierzonym przez zamawiającego, sprzętem własnym wykonawców lub w konfiguracji mieszanej (sprzętem własnym i powierzonym).

Usługi zimowego utrzymania dróg są z definicji sezonowe, wykonywane przeważnie pomiędzy miesiącem październikiem a kwietniem. Cechą tego rodzaju usług jest również konieczność utrzymania dróg zgodnie z zasadami określonymi dla danego standardu tych dróg, które szczegółowo wskazują zakres prac do wykonania. W niniejszej sprawie szczegółowy zakres robót wykonywanych na tym rynku określała „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna - SST”, wykaz dróg wraz z kilometrażem oraz wzór umowy, będące załącznikami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z powyższego, właściwości przedmiotowe (produktowe) tego rynku wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosił zamawiający (PZD) w ramach organizowanych przez niego zamówień publicznych. Jest to działalność specjalistyczna, którą należy odróżnić od np. utrzymania dróg w sezonie letnim. Uwzględniając dokonane tu ustalenia i przedstawione wnioski należy przyjąć, że nie ma innych rodzajów usług, które mogłyby zostać uznane za substytut dla usług zimowego utrzymania dróg. W ocenie organu antymonopolowego rynek ten w ujęciu geograficznym jest rynkiem lokalnym, obejmującym teren powiatu. Za takim uznaniem przemawia przede wszystkim fakt wysokich kosztów transportu związanych z przemieszczaniem ludzi i sprzętu na większe odległości od głównego miejsca prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę. Co do zasady, należy przyjąć, że większość przedsiębiorców świadczących usługi zimowego utrzymania dróg koncentruje się na działalności jak najbliższej miejsca siedziby w celu uniknięcia dodatkowych kosztów transportu, a także utrzymania załogi i wyposażenia poza główną siedzibą przedsiębiorcy. Mając to na uwadze Prezes UOKiK uznał, że w wymiarze geograficznym drugi ze zdefiniowanych rynków obejmuje obszar powiatu limanowskiego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż szersza lub węższa definicja rynków – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym - a także ich struktura, nie mają większego znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Na zdefiniowanych przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie rynkach właściwych działa wielu przedsiębiorców i nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji, w tym ustalenie udziałów uczestników porozumienia w tych rynkach, z tego względu, że 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 (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części decyzji).

## 5. *Naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.*

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

Natomiast stosownie do art. 4 pkt 5 *tej ustawy*, 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.

Wobec powyższego należy wskazać, że powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazał SOKiK: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”<sup>10</sup>. Z orzecznictwa antymonopolowego jednoznacznie wynika także, 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:<sup>11</sup> „*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*”.<sup>12</sup>

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

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

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

<sup>10</sup> wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09.

<sup>11</sup> por.: wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r. (sygn. akt: XVII Ama 53/07) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 września 2006 r. (sygn. akt: VI ACa 185/06).

<sup>12</sup> tak: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. (sygn. akt: VI ACa 1146/04).



*konsumentów* przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z ust. 1 pkt 1 powołanego przepisu wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej *ustawy*, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, iż analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

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

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, że porozumienie spełnia następujące warunki:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

sposzczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. *ustawy*), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca. Niezależnie od braku twierdzeń przedsiębiorców na taką okoliczność, należy nadmienić, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, jawi się jako nieprawdopodobne, biorąc pod uwagę jego charakter.

Ze zmwą przetargową mamy natomiast do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejścia przez drugiego oferenta za wyższą cenę).

W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, iż: „wykazanie istnienia zmwoty 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 (...)”<sup>13</sup>

<sup>13</sup> tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Przywołane powyżej stanowisko SOKiK odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Stosownie bowiem do treści przepisu art. 231 *ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.)*, który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. W toku niniejszego postępowania antymonopolowego nie znaleziono dowodów wskazujących na jawną znowę przetargową np. w postaci zawartej umowy cywilnoprawnej regulującej zasady współpracy pomiędzy uczestnikami porozumienia w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Prezes UOKiK dokonał zatem oceny zachowania przedsiębiorców: Grażyny Sołtys i Mariusza Sołtysa, na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w niniejszym postępowaniu. Zgodnie bowiem z dokonanymi w toku postępowania ustaleniami, o tym, iż przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, świadczy szereg okoliczności.

#### *5.1. Przesłanki wskazujące na zawarcia porozumienia, o którym mowa w pkt I. decyzji.*

W przetargach organizowanych przez RZGW na wykonanie robót z zakresu regulacji rzek zaistniał szereg przesłanek wskazujących na działanie przedsiębiorców w porozumieniu:

- w pierwszym z analizowanych przetargów Mariusz Sołtys nie dołączył wymaganego warunkami przetargu dokumentu, składając w ten sposób ofertę która podlegała odrzuceniu, w przypadku nie uzupełnienia jej o brakujący dokument. Następnie, po wezwaniu przez organizatora przetargu, nie uzupełnił oferty, wiedząc, że zostanie ona odrzucona, oraz że ofertą, którą zamawiający może w tej sytuacji wybrać, jest oferta (droższa) złożona przez Grażynę Sołtys,
- w drugim z analizowanych przetargów Grażyna Sołtys odstąpiła od zawarcia umowy na warunkach wynikających ze złożonej przez nią oferty, wiedząc, że ofertą, która może być w tej sytuacji wybrana przez zamawiającego, jest oferta (droższa) złożona przez Mariusza Sołtysa,
- oferty składane przez obydwu przedsiębiorców były wypełnione pismem odręcznym przez tę samą osobę, która tym samym znała warunki - w tym cenę - ofert składanych przez obydwu przedsiębiorców,
- obydwaj przedsiębiorcy posługiwali się tym samym adresem do korespondencji oraz tym samym numerem faksu do komunikacji z zamawiającym, przez co każdy z przedsiębiorców miał możliwość dostępu do komunikatów kierowanych do drugiego przedsiębiorcy przez zamawiającego,
- Mariusz Sołtys, po doprowadzeniu do odrzucenia swojej - potencjalnie zwycięskiej - oferty, wystąpił w charakterze pełnomocnika Grażyny Sołtys, zawierając w jej imieniu z zamawiającym umowę o realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania,
- Mariusz Sołtys również w przeszłości reprezentował Grażynę Sołtys przy dokonywaniu czynności (odbior robót) związanych z realizacją robót z zakresu regulacji rzek,
- obydwaj przedsiębiorcy współpracują z tą samą osobą, posiadającą niezbędne uprawnienia i doświadczenie do ubiegania się o zamówienie, którą wskazują w swoich ofertach,
- obydwaj przedsiębiorcy posiadają nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania i dokonywania uzgodnień, w związku z zamieszkiwaniem we wspólnym gospodarstwie domowym.

## 5.2. Przesłanki wskazujące na zawarcia porozumienia, o którym mowa w pkt II. decyzji.

W przetargach organizowanych przez PZD na świadczenie usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg, zaistniał szereg przesłanek wskazujących na działanie przedsiębiorców w porozumieniu:

- w pierwszym z tych przetargów Mariusz Sołtys odstąpił od zawarcia umowy na warunkach wynikających ze złożonej przez niego oferty, wiedząc, że ofertą, która może być w tej sytuacji wybrana przez zamawiającego, jest oferta (droższa) złożona przez Grażynę Sołtys,
- w drugim z tych przetargów Mariusz Sołtys odstąpił od zawarcia umowy na warunkach wynikających ze złożonej przez niego oferty, wiedząc, że ofertą, która może być w tej sytuacji wybrana przez zamawiającego, jest oferta (droższa) złożona przez Grażynę Sołtys,
- oferty składane przez obydwu przedsiębiorców były wypełnione pismem odręcznym przez tę samą osobę, która tym samym знаła warunki - w tym cenę - ofert składanych przez obydwu przedsiębiorców,
- dokumenty stanowiące niezbędny załącznik oferty były pozyskiwane w tym samym czasie w przypadku ofert obydwu przedsiębiorców - zaświadczenia z ogólnodostępnej przez internet ewidencji zostały wygenerowane w jednogminutowym odstępie, a zaświadczenia pozyskiwane osobiście były odbierane z właściwych instytucji w tym samym dniu,
- identyczna treść i formatowanie tekstu oświadczeń o udostępnianiu sobie sprzętu, oraz popełniony w nich błąd, wskazujące na wykorzystanie przez obydwu przedsiębiorców tego samego pliku komputerowego,
- załączenie przez jednego przedsiębiorcę kopii dokumentu referencji, pozyskanej od drugiego przedsiębiorcy,
- oferty obydwu przedsiębiorców były złożone w tym samym czasie, przez tę samą osobę, która również była obecna podczas czynności otwarcia ofert przez zamawiającego,
- obydwaj przedsiębiorcy posługiwali się tym samym adresem do korespondencji oraz tym samym numerem faksu do komunikacji z zamawiającym, przez co każdy z przedsiębiorców miał możliwość dostępu do komunikatów kierowanych do drugiego przedsiębiorcy przez zamawiającego,
- w obydwu ofertach złożonych przez Grażynę Sołtys osobą uprawnioną do kontaktu w jej imieniu z zamawiającym był Mariusz Sołtys,
- w obydwu przetargach przedsiębiorcy deklarowali udostępnienie sobie posiadanych zasobów sprzętowych, którymi dysponowanie było warunkiem ubiegania się o zamówienie,
- oboje przedsiębiorcy posiadają nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania i dokonywania uzgodnień, w związku z zamieszkiwaniem we wspólnym gospodarstwie domowym.

Okoliczności powyższe, dotyczące zarówno porozumienia, o którym mowa w pkt I. jak i w pkt II. niniejszej decyzji, dowodzą, że Grażyna Sołtys i Mariusz Sołtys podejmując starania o uzyskanie zamówień nie konkurują ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynują ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. W przetargach publicznych co do zasady przedsiębiorcy konkurują ze sobą, starając się złożyć najkorzystniejszą dla zamawiającego ofertę. W przypadku przetargów, w których cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert - jak w niniejszej sprawie - złożenie oferty o jak najniższej cenie zwiększa prawdopodobieństwo na uzyskanie zamówienia przez przedsiębiorcę. Z drugiej strony - im niższą cenę zaoferuje przedsiębiorca w swojej ofercie, tym niższy osiągnie zarobek z tytułu ewentualnej realizacji zamówienia, w przypadku, gdy jego oferta okaże się najkorzystniejszą. Na decyzję przedsiębiorcy o wysokości ceny jego oferty składanej w przetargu mają również wpływ jego przewidywania, co do wysokości cen zamieszczanych w ofertach przez pozostałych

uczestników przetargu. Optymalną ceną, jaką może zaoferować przedsiębiorca jest zatem cena niższa od najniższej z cen oferowanych przez pozostałych przedsiębiorców, gdy różnica pomiędzy nimi jest możliwie najniższa. Oferta taka pozwoli mu uzyskać zamówienie i jednocześnie zmaksymalizować wysokość zarobku możliwego do uzyskania z jego realizacji. Wykonawca nie zna jednak cen, jakie zaoferują inni przedsiębiorcy, jest w tym zakresie skazany na niepewność i domysły. Znajomość ceny, którą oferuje inny wykonawca, umożliwi danemu wykonawcy złożenie oferty korzystniejszej przy jednoczesnym zminimalizowaniu kosztu (w postaci utraconego zarobku). Z tych względów w interesie każdego uczestnika przetargu jest utrzymywanie w tajemnicy oferowanej przez niego ceny (oraz zapoznanie się z cenami ofert innych uczestników, o ile zaistnieje taka możliwość). Wzajemna niepewność poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu co do cen, oferowanych przez pozostałych oferentów, jest kluczowa dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji w przetargu. Mechanizm ten z kolei ma zapewniać maksymalną efektywność wyboru oferty dla zamawiającego - najniższą cenę realizacji zamówienia, w przypadku przetargów, w których jedynym kryterium jest cena.

Z tych względów kwestia zachowania w tajemnicy treści poszczególnych ofert jest priorytetową w postępowaniu przetargowym. W przetargach prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z póź. zm.), dalej: „*Pzp*”, sposób przygotowania ofert i postępowania z nimi jest szczegółowo określony w dokumentach regulujących procedurę przetargową. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 10 i 11 *Pzp* specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) powinna zawierać m.in. :

- opis sposobu przygotowywania ofert;
- miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert.

W praktyce udzielania zamówień publicznych przyjmuje się, że opis sposobu przygotowania oferty powinien zawierać informacje o:

- złożeniu oferty w sposób uniemożliwiający ujawnienie jej treści przed upływem terminu otwarcia ofert;
- możliwości złożenia tylko jednej oferty, chyba że zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny;
- oznaczeniu opakowania, w którym zostanie złożona oferta;
- sposobie dokonania zmiany lub wycofania oferty;
- sporządzeniu oferty w sposób staranny, czytelny i trwały;
- sposobie poprawiania błędów w ofercie stwierdzonych przez wykonawcę przed jej złożeniem;
- oznaczeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.<sup>14</sup>

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorcy nie utrzymywali przed sobą w tajemnicy treści składanych ofert, z czego można wywnioskować, że znali wzajemnie ich treść, gdyż w interesie każdego z przedsiębiorców jest zapoznanie się z treścią ofert innych uczestników, jak i zapewnienie, aby konkurenci nie zapoznali się z treścią jego oferty.

W doktrynie wskazuje się, iż podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencje rodzi się przykładowo w przypadku, gdy skoordynowane zachowanie przedsiębiorców nie daje się wytłumaczyć z punktu widzenia doświadczenia życiowego inaczej, niż uczestnictwem w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Do takich okoliczności należy przede wszystkim zjawisko określane jako nierealny zbieg okoliczności, czyli sytuacja, w której następuje spora lub wręcz idealna czasowa lub przedmiotowa

<sup>14</sup> J. E. Nowicki „*Prawo zamówień publicznych*”, LEX 2014, komentarz do art. 36

zbieżność zachowań przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Przykładem nierealnego zbiegu okoliczności jest także sytuacja, w której przedsiębiorcy posługują się w przetargu takimi samymi lub podobnymi pod względem graficznym lub treściowym dokumentami<sup>15</sup>. Zbieżność treściowa może polegać nie tylko na zawarciu w przedkładanych w toku procedury przetargowej dokumentach identycznie brzmiących sformułowań, ale także na popełnieniu w nich podobnych lub takich samych błędów.<sup>16</sup>

Każdy z przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania, powierzając wypełnienie oferty temu samemu pracownikowi, któremu powierzył to drugi z przedsiębiorców, musiał liczyć się z możliwością ujawnienia warunków jego oferty drugiemu przedsiębiorcy oraz godzić się na to. Takie zachowanie przedsiębiorcy byłoby działaniem na jego własną szkodę, poprzez wysoce prawdopodobne pozbawienie się szans na wygraną z konkurentem, któremu ujawnił w ten sposób szczegóły swojej oferty, a tym pozbawienie się szans na wygraną w przetargu i uzyskanie zamówienia. Działania tego nie da się wyjaśnić racjonalnie inaczej, niż działaniem przedsiębiorców w porozumieniu, w ramach którego każdy z przedsiębiorcy ma zapewnioną rekompensatę straty (utraconego zarobku) spowodowanej jego pozornie nieracjonalnym działaniem w przetargu. Rekompensata ta może przybrać formę udziału w podwyższonym - dzięki skoordynowanym zachowaniom uczestników przetargu - zysku zrealizowanym przez drugiego z przedsiębiorców. Udział w zysku może być transferowany w tej sytuacji pomiędzy z uczestnikami porozumienia np. w formie wynagrodzenia z tytułu podwykonawstwa lub udostępnienia sprzętu dla celów realizacji zamówienia. Uczestnik porozumienia obejmującego uczestnictwo w serii przetargów, może również uzyskać rekompensatę swojego pozornie nieracjonalnego zachowania w jednym przetargu, w postaci symetrycznego zachowania drugiego przedsiębiorcy w innym przetargu, umożliwiającego mu uzyskanie zamówienia realizowanego po wyższej cenie, niż cena jaką zaoferowałby on w warunkach niezaburzonej konkurencji.

Przedsiębiorcy deklarowali wzajemne udostępnienie sobie zasobów, niezbędnych do realizacji zamówienia, zamierzając realizować zamówienie w oparciu o wspólnie posiadane zasoby. Sytuacja, w której przedsiębiorcy wspólnie ubiegają się o zamówienie, którego nie byliby w stanie zrealizować samodzielnie - np. ze względu na brak wszystkich niezbędnych zasobów - jest praktykowana w postępowaniach przetargowych. Współpracujący w ten sposób ze sobą przedsiębiorcy współdziałają w takiej sytuacji w sposób jawny, na podstawie umowy („konsorcjum”), składając jedną wspólną ofertę. Również Grażyna i Mariusz Sołtysowie występowali w przeszłości w przetargach w tej formie, składając ofertę oraz realizując zamówienie jako konsorcjum. Zmianę ich postępowania w tym zakresie - polegającą na osobnym składaniu ofert - nie można przy tym w żadnym razie wytłumaczyć pogorszeniem się relacji pomiędzy przedsiębiorcami, czy to prywatnych czy gospodarczych, zważywszy, że deklarowane wzajemne udostępnianie sobie zasobów majątkowych (specjalistycznego sprzętu) celem realizacji zamówienia publicznego również świadczy o istnieniu pomiędzy nimi woli i możliwości współpracy przy wykonywaniu tych zamówień.

Ustalone okoliczności sporządzania i składania ofert przedsiębiorców wskazują, że były one wykonywane w tym samym czasie, gdy już zapadły zgodne decyzje przedsiębiorców co do ich treści i zostały przez nich wydane pracownikowi stosowne instrukcje, co do ich wypełnienia. Kompletowanie niezbędnych dokumentów ofert (zaświadczenia, wypisy) było dokonywane również w tym samym czasie dla obydwu ofert, podobnie jak ich złożenie.

---

<sup>15</sup>np. decyzje Prezesa UOKiK: nr RLU-21/2005 z dnia 5 sierpnia 2004 r, nr RKT-22/2007 z dnia 16 lipca 2007 r.

<sup>16</sup> np: decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-28/2005.

Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę, w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców składa ofertę zawierającą cenę niższą - a więc korzystniejszą – nierzadko jest obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą. Co prawda zachowanie takie może być również podyktowane nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron w przetargach („wycofywanie” najkorzystniejszych ofert w sytuacji, gdy umożliwiałoby to zwycięstwo drugiemu w kolejności uczestnikowi porozumienia) nie pozwalają na przyjęcie, iż sytuacja taka miała miejsce.

[ ... ]

W ocenie organu antymonopolowego wyjaśnienia przedsiębiorców dotyczące rzekomych „omyłek” w kompletowaniu ofert, również są mało wiarygodne. Przedsiębiorcy ci są profesjonalistami w obrocie, w tym wielokrotnymi uczestnikami postępowań przetargowych prowadzonych w trybie regulacji *Pzp*. Konsekwencje niedołączenia wszystkich dokumentów określonych przez zamawiającego są im niewątpliwie znane, a skompletowanie wymaganych załączników relatywnie proste, szczególnie w odniesieniu do zaświadczenia o wpisie do CEIDG, które w aktualnym stanie prawnym przedsiębiorca może wygenerować we własnym zakresie na podstawie danych udostępnionych przez internet przez organ prowadzący ewidencję. Zabieg polegający na celowym sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z opisem określonym przez zamawiającego, umożliwiający jednocześnie przedsiębiorcy łatwe usunięcie tej niezgodności po otwarciu ofert i zapoznaniu się z warunkami zaoferowanymi przez innych przedsiębiorców, jest znanym i niejednokrotnie stwierdzonym w orzecznictwie antymonopolowym<sup>17</sup> oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych<sup>18</sup> zabiegiem wykonawców, umożliwiającym im wycofanie się z postępowania po zapoznaniu się z rankingiem ofert złożonych w danym postępowaniu. Działanie tego rodzaju ma na celu umożliwienie wyboru droższej oferty innego przedsiębiorcy, działającego w porozumieniu z przedsiębiorcą składającym celowo ofertę wadliwą.

Nie jest również wiarygodnym wyjaśnienie, dotyczące omyłkowego wskazania zamawiającemu jako osoby do kontaktu w sprawach związanych z przetargiem przedsiębiorcy, będącego rzekomym konkurentem w tym przetargu danego oferenta. W ofertach których to dotyczyło dane te były wykazywane w sposób spójny - dane osoby kontaktowej były zgodne z numerem jej telefonu komórkowego, a osoba ta reprezentowała swojego rzekomego konkurenta również przy innych istotnych czynnościach, takich jak zawarcie umowy o realizację zamówienia, o które obydwaj przedsiębiorcy ubiegali się odrębnie.

W ocenie Prezesa UOKiK zakwestionowanych działań przedsiębiorców nie racjonalizują również wskazywane przez nich okoliczności, związane ze zmianą ich sytuacji po złożeniu oferty, polegającą na pozyskaniu w tym czasie zamówienia w innym postępowaniu. Np. Wod-Mar zrezygnował (na rzecz Koparex) w dniu 30 września 2013 r. z zamówienia w wygranym przetargu (*potok Trzemeśnianka*), tłumacząc to uzyskaniem zamówienia w tym samym dniu w innym przetargu (w którym nie mógł zrezygnować z niego na rzecz Koparex) i wynikającym z tego brakiem mocy przerobowej pozwalającej na realizację obydwu zamówień. Wyjaśnienie to nie jest wiarygodne, zważywszy, że już w dniu 7 października 2013 r. - zawarł umowę na realizację kolejnych, podobnych robót w przetargu

<sup>17</sup> por. np.: decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-22/2007 z dnia 16 lipca 2007 r., nr RPZ-12/2009 z dnia 28 sierpnia 2009 r., nr RKT-25/2011 z dnia 6 września 2011 r., nr RWR-31/2013 z dnia 25 października 2013 r.

<sup>18</sup> np. wyrok z dnia 14 września 2010 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 1874/10).

(*potok Kozlecki*), w którym Koparex zrezygnował z realizacji zamówienia na jego rzecz (str. 4-5, 7 decyzji). Podobnie nie jest wiarygodnym wyjaśnienie złożone przez Mariusza Sołtysa, że powodem jego rezygnacji z zawarcia umowy na świadczenie usług jednostkami sprzętowymi na rzecz PZD było uzyskanie korzystniejszego zamówienia w innym przetargu, organizowanym przez Gminę Limanowa, w związku z czym przedsiębiorca nie był w stanie realizować usługi na rzecz PZD. Należy jednak zauważyć, że Mariusz Sołtys zadeklarował udostępnienie posiadanego sprzętu Grażynie Sołtys na potrzeby ubiegania się o zamówienie w przetargu organizowanym przez PZD. Rezygnując z zawarcia umowy o realizację tego zamówienia Mariusz Sołtys miał świadomość, że kolejną ofertą, którą może wybrać zamawiający, jest oferta Grażyny Sołtys. W przypadku, gdyby zamawiający zdecydował się zawrzeć umowę z Grażyną Sołtys zamiast unieważnić postępowanie (czego przedsiębiorca nie mógł z góry założyć), Mariusz Sołtys i tak stałby się, zgodnie z jego własnymi wyjaśnieniami „uczestnikiem w realizacji tego zamówienia” i byłby zobowiązany zaangażować w nim zasoby swojego przedsiębiorstwa, uczestnicząc jednocześnie - w charakterze zbliżonym do podwykonawcy - w podziale zysków z jego realizacji.

Niewiarygodne są także wyjaśnienia składane przez obydwu przedsiębiorców, w świetle których dopiero po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ich treścią orientowali się oni, że skalkulowali swoją cenę w sposób niekorzystny, lub z przekroczeniem możliwości przerobowych swojego przedsiębiorstwa. Po otwarciu ofert przedsiębiorca nie uzyskuje żadnych nowych informacji, które miałyby wpływ na jego kalkulację oferty, nie są nimi w szczególności ceny zaoferowane przez innych wykonawców. Zyskowność wykonania danych robót zależy od wynagrodzenia za ich wykonanie (ustala je przedsiębiorca w składanej ofercie) oraz od kosztów jego realizacji. Koszty realizacji zadania przedsiębiorca kalkuluje na podstawie zakresu robót opisanego szczegółowo przez zamawiającego, wykorzystując własne doświadczenie w realizacji robót podobnych. Po otwarciu ofert, na którym zamawiający odczytuje ceny wszystkich ofert, przedsiębiorca nie uzyskuje żadnych nowych informacji, które mogłyby wpłynąć na jego ocenę kosztowej strony zamówienia, o które się ubiega.

Należy przy tym zauważyć, że Grażyna Sołtys oraz Mariusz Sołtys występowali w przetargach jako pozornie konkurujący przedsiębiorcy, składający oddzielne oferty, co mogło wprowadzać w błąd zamawiającego oraz innych uczestników przetargów co do rzeczywistych zamiarów tych przedsiębiorców. W rzeczywistości oferty sporządzone zostały w taki sposób, że wzajemnie zabezpieczały wybór oferty jednego z przedsiębiorców, ale z wyższą ceną. Z powyższych względów, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, wyżej wskazanych zachowań przedsiębiorców w analizowanych przetargach nie można wytłumaczyć w inny sposób, niż istnieniem zmowy przetargowej.

Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy, iż strony niniejszego postępowania dokonywały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów, w których uczestniczyły, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Oceniane praktyki miały charakter ciągły. Przyjęte w tym zakresie domniemanie stanowi bowiem wniosek wynikający w sposób logiczny z faktów, które zostały ustalone w toku postępowania antymonopolowego. Przy jednoczesnym braku racjonalnego uzasadnienia i przekonujących wyjaśnień stron niniejszej decyzji w tym zakresie, przemawiają za wnioskiem, iż strony decyzji zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Jedynym warunkiem, wskazanym w doktrynie odnośnie liczby uczestników porozumienia przetargowego jest wystąpienie zmowy pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami, przy czym nie muszą to być wszyscy uczestnicy przetargu. *Na gruncie prawa ochrony konkurencji podmiotami zakazanych zmów przetargowych są przedsiębiorcy (działający samodzielnie, przez swoje organy lub osoby działające w ich imieniu lub w ich interesie) uczestniczący w przetargach oraz organizujący je (ci ostatni tylko, gdy wchodzi w*

porozumienie z uczestnikiem przetargu). Do naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 [u.o.k.k.] może dojść, gdy co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców mających opisane wyżej cechy zawiera porozumienie określone we wskazanym przepisie.<sup>19</sup>

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa UOKiK spełniona została pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 tej ustawy.

Stosownie do treści przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji przyjąć należy, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia ograniczające konkurencję uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Taka 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 samo 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 przez przedsiębiorców do nich przystępujących. Przy czym porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź większej liczby przetargów (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie).

W związku z powyższym Prezes UOKiK uznał, iż stwierdzone praktyki miały charakter ciągły. Przejawiały się one powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron niniejszej decyzji, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego opracowania ofert i rezygnacji z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez tego z oferentów, którego oferta kalkulowana jest z niższą ceną, celem zawarcia umowy z tym z nich, który oferuje cenę wyższą. Prezes UOKiK wskazał w niniejszej decyzji przypadki - przetargi - w których tego rodzaju zachowania stron niniejszego postępowania miały miejsce.

Porozumienie na rynku, o którym mowa w pkt I. niniejszej decyzji, nie tylko zmierzało (miało na celu) do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali w nim zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowań przetargowych, w wyniku czego wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zrealizowanie celu porozumienia na rynku, o którym mowa w pkt II. zostało udaremnione, dzięki postawie zawiadamiającego, który korzystając z możliwości

---

<sup>19</sup> G. Materna, Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Lex Omega PUG, 2013.



przewidzianych przez *Pzp* odstąpił od udzielenia zamówienia na zasadach wynikających ze zrealizowania przewidywanego przez uczestników porozumienia scenariusza wydarzeń, rozgrywających się z ich udziałem. Fakt, że nie ziścił się antykonkurencyjny skutek porozumienia nie zmienia faktu, że przyświecał mu antykonkurencyjny cel, co również wyczerpuje przesłanki zakazanego zachowania, o którym mowa w art. 6 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

#### 6. *Zaniechanie stosowania praktyki.*

Praktyki będące przedmiotem zarzutów postawionych przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu polegały na uzgadnianiu w przetargach przeprowadzonych odpowiednio przez RZGW oraz PZD warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone tylko do momentu ich złożenia, natomiast inne zachowania przedsiębiorców zmierzające do wywarcia wpływu na wybór droższej oferty, również - co wynika z ich istoty - mogą mieć miejsce w okresie, w którym zamawiający może dokonać wyboru którejś ze złożonych przez wykonawców ofert. Za dzień zaniechania praktyki należy zatem uznać moment, w którym uczestnicy osiągnęli cel porozumienia, to jest dzień uzyskania zamówienia (podpisania umowy) będącego przedmiotem przetargu, lub dzień, w którym możliwość zrealizowania celu porozumienia została definitywnie uniemożliwiona, to jest dzień unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W przypadku praktyki o ciągłym charakterze, w którym porozumienie obejmuje uzgadnianie ofert oraz innych zachowań przedsiębiorców w szeregu przetargów, za moment zaniechania praktyki należy uznać ww. moment zaniechania w ostatnim z tych przetargów.

W niniejszej sprawie, w przypadku praktyki, o której mowa w pkt I. decyzji, umowa w ostatnim z przetargów, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej, została zawarta w dniu 7 października 2013 r. W przypadku praktyki, o której mowa w pkt II. decyzja zamawiającego o unieważnieniu ostatniego z przetargów, w którym stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej, została opublikowana w dniu 8 listopada 2013 r. Daty te przyjmuje się w niniejszym postępowaniu jako moment zaniechania każdej z praktyk.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w pkt I. i II. sentencji niniejszej decyzji.

#### 7. *Kara pieniężna .*

Stosownie do treści przepisu 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 w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9”. Tak więc, rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes UOKiK. Niemniej, jak uznaje się w orzecznictwie antymonopolowym: „skuteczna polityka karania wymaga

jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej<sup>20</sup>.

Przepisy *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* nie określają przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 *ustawy* te okoliczności, które Prezes UOKiK winien uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej, to jest: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów *ustawy*, a także uprzednie naruszenie jej przepisów. Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów *ustawy* umyślnie, czy też nieumyślnie. Przyjmuje się, iż na wysokość kary pieniężnej wpływ musi mieć również stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Dodatkowo, w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów *ustawy* oraz cele, jakie kara ma osiągnąć<sup>21</sup>. Nakładana przez Prezesa UOKiK kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej. W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, że zachodzą przesłanki do nałożenia na przedsiębiorców kar pieniężnych.

Praktyki ograniczające konkurencję, których stosowanie stwierdzono w pkt I. i II. niniejszej decyzji, dotyczyły porozumień zawartych na różnych rynkach właściwych. Praktyki te miały jednak taką samą naturę i przejawiały się podobnymi działaniami tych samych przedsiębiorców, były także stosowane w tym samym okresie. Składały się one łącznie na jednorodny proceder praktykowany przez przedsiębiorców w związku z ich udziałem w różnych przetargach publicznych. W świetle tych okoliczności, w ocenie organu antymonopolowego, w niniejszej sprawie zasadnym jest dokonanie kumulatywnej oceny zachowań przedsiębiorców na potrzeby ustalenia wymiaru kary pieniężnej z tego tytułu. Oznacza to, że kara nie jest kalkulowana osobno do każdego punktu sentencji i sumowana, ale jest ustalona łącznie z tytułu obydwu porozumień wymienionych w sentencji niniejszej decyzji, traktowanych jako jedno naruszenie *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

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

<sup>20</sup> wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 r. (sygn. akt: XVII Ama 81/03).

<sup>21</sup> por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., (sygn. akt: I CKN 793/98).

szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmowy przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, a kwoty bazowe, stanowiące podstawy dalszych wyliczeń, ustalono na następujących poziomach: 7 073,92 zł – w przypadku Grażyny Sołtys, 8 762,59 zł w przypadku Mariusza Sołtysa.

Ustalając wymiar kary Prezes UOKiK wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynków, na jakich 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 UOKiK uwzględnił fakt, iż oceniane porozumienie zawarte zostało na rynkach konkurencyjnych, na których działa wielu przedsiębiorców, przez co jego wpływ na rynek był ograniczony. Z drugiej strony Prezes UOKiK uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumień w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli organizatorów przetargów. Na skutek zawartej zmowy zamawiający byli bowiem stawiani w sytuacjach, w których musieli wybrać oferty, które nie były ofertami najkorzystniejszymi cenowo w świetle wyników otwarcia ofert i pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów, lub unieważnić przeprowadzone postępowania i przeprowadzić ponownie procedurę przetargową. W pierwszym przypadku zamawiający musi zawrzeć umowy na warunkach mniej korzystnych, niż pierwotnie wynikające ze złożonych przez przedsiębiorców ofert. W drugim przypadku natomiast, nawet jeżeli działanie przedsiębiorców nie prowadzi bezpośrednio do zamierzonego przez nich skutku - uzyskania realizacji zamówienia po wyższej cenie - może to skutkować niepożądanymi perturbacjami w zakresie realizacji zadań publicznych. Unieważnienie i ponowne przeprowadzanie procedury udzielenia zamówienia publicznego wiąże się bowiem z dodatkową zwłoką w zapewnieniu realizacji zadań publicznych, które niejednokrotnie mają charakter sezonowy i powinny być zrealizowane w określonym terminie. Zakwestionowane zachowania przedsiębiorców, skutkujące udaremnieniem postępowania mającego na celu zakup usługi ważnej dla ogółu społeczeństwa, stawiają zamawiającego te usługi w trudniejszej sytuacji, zmuszając go do ponowienia procedury przetargowej pod presją czasu lub zakupu tej usługi po wyższej cenie. Może to stwarzać zagrożenie dla zapewnienia sprawnej i gospodarnej realizacji tych zadań, a co najmniej ją utrudniać.

W odniesieniu do Mariusza Sołtysa uwzględniono także, że udział przychodów zrealizowanych przez przedsiębiorcę na obydwu rynkach właściwych w jego przychodach ogółem jest stosunkowo niewielki.

Ostatecznie mając na uwadze łącznie wszystkie okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron niniejszego postępowania, postanowiono nie zmieniać kwoty bazowej w przypadku Grażyny Sołtys, pozostawiając ją na poziomie 7 073,92 zł oraz obniżyć kwotę bazową w odniesieniu do Mariusza Sołtysa o 20 %, to jest do kwoty 7 010,07 zł.

Ze względu na brak podstaw do uznania, że stosowanie stwierdzonych praktyk miało charakter długotrwały, to jest trwający przez okres dłuży niż rok, Prezes UOKiK nie dokonał podwyższenia wymiaru kary z tytułu długotrwałości stwierdzonego naruszenia.

Niezależnie od powyższego Prezes UOKiK rozważył również występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes UOKiK nie stwierdził występowania w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących, takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Jeśli natomiast chodzi o okoliczności obciążające, to uznano, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny, co potwierdzają dowody bezpośrednio wskazujące na koordynację ich zachowań. Wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści

finansowych - o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu - poprzez wygranę przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny.

Tak więc, uwzględniając łącznie wymienioną okoliczność obciążającą oraz brak okoliczności łagodzących, kwota bazowa ustalona w poprzednich etapach kalkulowania kary pieniężnej została podwyższona o 20 % w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców.

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

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes UOKiK postanowił zatem nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w pkt I. i II. niniejszej decyzji kary w wysokości: 8 489,00 zł - w przypadku Grażyny Sołtys, oraz w wysokości: 8 412,00 zł - w przypadku Mariusza Sołtysa. Kary te odpowiadają wysokości odpowiednio: [ ] % i [ ] % przychodów zrealizowanych przez każdego z przedsiębiorców w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą oraz stanowią odpowiednio: [ ] % i [ ] % maksymalnego wymiaru kary pieniężnej, jaka mogła na nich zostać nałożona z tytułu stwierdzonego naruszenia.

Prezes UOKiK przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* i współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w pkt III. sentencji niniejszej decyzji.

#### 8. Koszty postępowania .

Zgodnie z art. 80 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast, stosownie do art. 77 ust. 1 tej *ustawy*, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 *kodeksu postępowania administracyjnego*, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Natomiast, zgodnie z art. 264 § 1 *kodeksu postępowania administracyjnego*, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa UOKiK w toku tego postępowania.

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

*pouczenie*

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

**NBP O/O Warszawa Nr 51101010100078782231000000**

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na to samo konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479<sup>28</sup> § 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, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie IV. sentencji niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z 479<sup>32</sup> *k.p.c.* oraz art. 264 § 2 *k.p.a.* w związku z art. 83 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* - przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od daty doręczenia tej decyzji, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Krakowie, 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa  
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

otrzymują:

1. Grażyna Sołtys, Firma Usługowa Koparex,  
Pisarzowa 532, 34-654 Męcina
2. Mariusz Sołtys, Wod-Mar,  
Pisarzowa 532, 34-654 Męcina
3. RKR a/a