



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ

Katowice, 25 czerwca 2019 r.

RKT.410.1.2018.AW

DECYZJA Nr RKT-1/2019

Stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- Soltur Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach i
- Trans-Jan Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku transportu drogowego towarów, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” nr ZP/005/2016.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. 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 określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

- 1) 17.403,00 zł (słownie: siedemnastu tysięcy czterystu trzech złotych) na Soltur Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,
- 2) 146.946,00 zł (słownie: stu czterdziestu sześciu tysięcy dziewięciuset czterdziestu sześciu złotych) na Trans-Jan Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ww. 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.) w związku z



art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

- 1) 70,00 zł (słownie: siedemdziesięciu złotych) - Soltur Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,
- 2) 70,00 zł (słownie: siedemdziesięciu złotych) - Trans-Jan Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

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

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”) postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działaniami przedsiębiorców przystępujących do przetargów na przewóz towarów, mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (2) W związku z ustaleniami dokonаныmi w postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu 23 stycznia 2018 r. postanowieniem wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez:
 - Soltur Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (zwana dalej Soltur) i
 - Trans-Jan Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwana dalej Trans-Jan)porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku transportu drogowego towarów, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” nr ZP/005/2016, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (3) W postanowieniu przedstawiono budzące wątpliwości zdarzenia i zachowania stron postępowania w ww. przetargu. Wyjaśniono także, że ustalone okoliczności przedmiotowego przetargu nr ZP/005/2016 pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” mogą wskazywać, że dwóch przedsiębiorców, tj. Soltur i Trans-Jan, dokonało między sobą uzgodnień mających na celu doprowadzenie do jego unieważnienia, aby doprowadzić do sytuacji, w której KHW S.A., w związku z koniecznością powtórzenia procedury przetargowej i potrzebą zabezpieczenia ciągłości ruchu zakładu górniczego, będzie zmuszony do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług przewozu towarów dotychczasowemu wykonawcy tych usług, czyli konsorcjum tworzonemu przez Soltur i Trans-Jan.



- (4) Strony postępowania zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego i poinformowane o możliwości odniesienia się do postawionych zarzutów.
- (5) Trans-Jan przedstawiła odpowiedź na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w piśmie z 7 lutego 2018 r., a Soltur w piśmie z 12 lutego 2018 r.
- (6) W piśmie z 15 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania *Szczegółowe uzasadnienie zarzutów* (zwane dalej SUZ). Dokument ten stanowi formę zapowiedzi, jakim rozstrzygnięciem Prezes Urzędu planuje zakończyć postępowanie antymonopolowe. SUZ wydany został zgodnie z „Wyjaśnieniami dotyczącymi przedstawiania Szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach 1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy” opublikowanymi na stronie internetowej Prezesa Urzędu. W SUZ został przedstawiony ustalony stan faktyczny oraz zaprezentowana jego ocena prawna. Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez Soltur i Trans-Jan porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nałożyć kary pieniężne. Strony postępowania zostały poinformowane w SUZ o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu.
- (7) Trans-Jan odniosła się do SUZ w piśmie z 30 kwietnia 2019 r. Soltur przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z 7 maja 2019 r.
- (8) Strony postępowania pismem z 24 maja 2019 r. zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Z tego prawa nie skorzystały.

USTALENIA FAKTYCZNE

Strony postępowania

- (9) **Soltur Sp. z o.o.** z siedzibą w Mysłowicach jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem 0000125518. Soltur została zarejestrowana w 2002 r. Powstała jako spółka pracownicza na bazie pracowników KWK Mysłowice. Zajmowała się wyłącznie świadczeniem usług przewozu towarów samochodami ciężarowymi. Spółka posługuje się licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy udzieloną w 2009 r. (dowód: karta nr 1211). Soltur oferowała usługi wyłącznie kopalniom należącym do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. (dalej KHW S.A.) odpowiadając na ogłoszenia o przetargach (dowód: karta nr 696). Soltur posiadała samochody ciężarowe o ładowności od 1,5 tony do 25 ton oraz samochody osobowe i osobowo-towarowe do zapewnienia sprawnej realizacji umów (dowód: karta nr 709).
- (10) W latach 2012-2016 Soltur wykonywała usługi przewozu (transportu) towarów dla:



- KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła od 2010 r. - usługi przewozu towarów samochodami ciężarowymi skrzyniowymi i samowyładowczymi na podstawie umów zawartych w wyniku przetargu; wcześniej Soltur świadczył takie usługi dla KWK Mysłowice do czasu jej połączenia z KWK Wesoła;
 - KHW S.A. KWK Murcki-Staszic od 2011 r. do 30 listopada 2016 r.
- (11) W 2018 r. Soltur przestała prowadzić działalność transportową. Następnie z dniem 1 czerwca 2019 r. zawiesiła działalność i podjęła przygotowania do likwidacji (dowód: karta nr 1375).
- (12) **Trans-Jan Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem 0000095096. Trans-Jan została zarejestrowana w 2002 r. Spółka wywodzi się ze sprywatyzowanego działu transportu KWK Wieczorek. Do 2004 r. Trans-Jan prowadziła działalność w zakresie transportu krajowego, międzynarodowego, świadczenia usług sprzętem ciężkim oraz obsługi kopalnianych placów składowych. Spółka dysponuje licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy udzieloną jej w 2003 r. oraz licencją na wykonywanie międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy udzieloną w 2004 r. (dowód: karty nr 1228-1229). W 2004 r. działalność została rozszerzona o prace górnicze w kopalniach węgla kamiennego polegające głównie na drażeniu wyrobisk górniczych. Dodatkowo od 2013 r. Trans-Jan w porozumieniu z producentem chińskim rozpoczęła produkcję kombajnów górniczych chodnikowych.
- (13) Większość (ok. [...] %) usług świadczonych przez Trans-Jan wykonywanych jest na rzecz podmiotów sektora górniczego, tj. KHW S.A.¹, Tauron Wydobycie S.A., PG Silesia Sp. z o.o., Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. Trans-Jan oferuje kopalniom takie usługi, jak:
- wykonywanie prac dołowych przy użyciu własnego sprzętu oraz z własną załogą, w szczególności w zakresie drażenia wyrobisk górniczych, przebudowy wyrobisk górniczych, obsługi energomechanicznej kopalń, zbrojenia i likwidacji ścian, obsługi ścian itp.,
 - prace sprzętem ciężkim budowlanym (wynajem sprzętu ciężkiego budowlanego wraz z operatorem), tj. spycharkami, ładowarkami, koparkami, dźwigami,
 - usługi transportowe,
 - obsługa placów składowych (dowód: karta nr 688).
- (14) Głównym przedmiotem działalności Trans-Jan są prace dołowe polegające w szczególności na drażeniu lub przebudowie wyrobisk górniczych przy użyciu własnego sprzętu (głównie kombajnów chodnikowych) oraz z własną załogą górniczą. Poza robotami dołowymi Trans-Jan ma podpisane umowy na usługi oraz obsługuje sprzętem ciężkim Zakłady Przeróbki Mechanicznej (zwałowiska węgla), jak również obsługuje

¹ 2 stycznia 2019 r. Sąd Rejestrowy w Katowicach wydał postanowienie o połączeniu Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. ze Spółką Restrukturyzacji Kopalń S.A.



place składowe w KHW S.A. KWK Wieczorek, gdzie korzysta z takiego sprzętu transportowego, jak np. ładowarki kołowe, dźwigi typu Polan (dowód: karta nr 688).

- (15) Trans-Jan świadczyła również usługi transportu samochodowego - krajowego i zagranicznego, m.in. w kraju na rzecz CTL Maczki S.A., zagranicą - na podstawie zleceń spedytorów.
- (16) Na oferowane przez Trans-Jan usługi transportowe składały się:
- transport międzynarodowy i krajowy (TIR) zestawami ciągnik + naczepa,
 - usługi transportowe dla kopalń węgla kamiennego - samochody skrzyniowe 5÷24T, wywrotki 12÷24T (3 i 4-osiove oraz zestawy z naczepami), samochody dostawcze,
 - transport specjalistyczny naczepą niskopodwoziową,
 - usługi dźwigami samojezdnymi typu Polan 10 i 16T,
 - usługi sprzętem ciężkim (spycharki TD20 i TD15, ładowarki Ł34 i Ł534, koparko-ładowarki, koparki kołowe i gąsienicowe).
- (17) Trans-Jan wykonywała usługi przewozu (transportu) towarów na obszarze wskazanym przez podmioty składające zamówienie, tj. zarówno w kraju (głównie na terenie województwa śląskiego i częściowo małopolskiego), jak i zagranicą. W przypadku wykonywania prac na rzecz podmiotów z branży węglowej transport odbywał się na terenie zakładu pracy oraz w najbliższej okolicy (dowód: karta nr 688).
- (18) Odbiorcą usług przewozu świadczonych przez Trans-Jan mógł zostać każdy zainteresowany. Trans-Jan wysyłała swoje oferty w zakresie usług transportowych do różnych podmiotów instytucjonalnych. Otrzymywała również oferty na świadczenie usług przewozu towarów zarówno od podmiotów instytucjonalnych, jak i prywatnych (dowód: karta nr 688).
- (19) Trans-Jan oferowała usługi przewozu (transportu) towarów kopalniom i startowała w przetargach na te usługi organizowanych przez spółki węglowe. Oferty Trans-Jan dla górnictwa obejmowały usługi przewozu (transportu) towarów wykonywane samochodami dostawczymi ciężarowymi skrzyniowymi, samowyładowczymi, ciągnikami siodłowymi z naczepami, o ładowności od 09T do 24T (dowód: karta nr 389).
- (20) W latach 2012-2016 Trans-Jan realizowała następujące umowy na usługi przewozu (transportu) towarów dla spółek węglowych (dowód: karta nr 684):

Tabela nr 1

Termin	Przedmiot umowy	Numer umowy, data zawarcia	Realizacja w Konsorcjum
2011-2013	Świadczenie usług związanych z przewozem towarów w kopalniach KHW S.A.	251100814 07.03.2011	Tak, z Soltur
2011-2014	Świadczenie usług transportem samochodowym w KHW S.A. KWK Wieczorek	121100151 16.03.2011	Nie
2013/2014	Świadczenie usług przewozu materiałów dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła samochodami samowyładowczymi	261300898 01.08.2013	Tak, z Soltur
2014	Świadczenie usług transportem samochodowym dla KHW S.A. KWK Wieczorek	521400097 08.05.2014	Nie



2014-2016	Świadczenie usług związanych z przewozem towarów w kopalniach KHW S.A. KWK Wieczorek	121400461 13.06.2014	Nie
2014-2016	Świadczenie usług transportowych samochodowym dla KHW S.A. KWK Murcki-Staszic	251400475 13.02.2014	Tak, z Soltur
2015-2016	Wykonanie usługi przewozu węgla i materiałów sypkich taborem samochodowym pomiędzy kopalniami KHW S.A.	Umowa ramowa 501502644 01.1.2015	Nie

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

Przetarg nr ZP/005/2016 pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic”

- (21) W latach 2012-2016 w KHW S.A. regułą było udzielanie zamówień na świadczenie usług przewozu towarów w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Co do zasady zamówienia obejmowały świadczenie tych usług w dłuższych okresach dla poszczególnych kopalń KHW S.A. (dowód: karta nr 505).
- (22) 12 lutego 2016 r. KHW S.A. ogłosił przetarg nr ZP/005/2016 pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic”. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę: 6.284.650 zł. W postępowaniu wpłynęło 7 ofert (zestawienie ofert zawiera Tabela nr 2), a ich otwarcie odbyło się 25 marca 2016 r. Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 7.730.100 zł brutto.
- (23) Oferty złożyli następujący wykonawcy:

Tabela nr 2

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN	
		netto	brutto
1	„Max-Bud 1” Tomasz Warchała Ruda Śl.	10.897.872	13.404.382,56
2	Justmar Turczyński Marcin Chetm Śl.	8.700.120	10.701.147,60
3	Konsorcjum: Universal Energy Sp. z o.o. Mysłowice, Budomax Sp. z o.o. Mysłowice, Energo-Transport Łukasz Wszotek Mysłowice	8.007.064	9.848.688,72
4	Trans-Jan	7.865.144	9.674.127,12
5	Soltur	7.401.720	9.104.115,60
6	PW „Grabo-Trans” Paweł Grabowski Miedźno	6.891.032	8.586.669,36
7	Usługi Transportowo-Sprzętowe Sebastian Kądziołka Ruda Śl.	6.816.468	8.384.255,00

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

- (24) Przedmiotem zamówienia był wynajem pojazdów do transportu towarów wraz z kierowcą i usługi w zakresie transportu drogowego. Usługi obejmowały:
- przewóz drobnych elementów mechanicznych, komisji odbioru technicznego i pracowników Działu Kontroli Jakości (samochód dostawczo-osobowy),
 - przewozy wewnątrzzakładowe i pomiędzy szybami kopalni materiałów górniczych, łącznie z przewozem butli z gazami technicznymi, wszelkie przewozy awaryjne części maszyn i urządzeń górniczych (samochód dostawczo-osobowy),
 - transport części maszyn i urządzeń oraz pozostałych materiałów kopalni, łącznie z przewozem gazów technicznych (samochód dostawczy o ładowności min. 1,5 t z otwieranymi burtami i z plandeką),



- usługi transportowe zewnętrzne oraz wewnątrzzakładowe między szymbami peryferyjnymi w zakresie przewozu materiałów sypkich, odpadów produkcyjnych w tym złomu, przewóz maszyn i urządzeń górniczych (samochód ciężarowy o ładowności 12 t z wywrotem i otwieranymi burtami),
- transport materiałów i urządzeń między magazynami kopalni a oddziałami i szymbami peryferyjnymi łącznie z ich ładowaniem i rozładowaniem przy pomocy żurawia (samochód ciężarowy skrzyniowy z żurawikiem ładunkowym o ładowności 10-15 t),
- transport materiałów i urządzeń z magazynów kopalni do oddziałów i na szymbie peryferyjne łącznie z dostawą materiałów od dostawców zewnętrznych, transport sekcji obudowy ścianowej zgodnie z bieżącymi potrzebami kopalni (samochód ciężarowy skrzyniowy o ładowności min. 15 t i długości skrzyni ładunkowej min. 6 m),
- przewóz obudowy prostej, długich elementów stalowych i materiałów masowych, maszyn i urządzeń górniczych łącznie z obudową ścianową (samochód ciągnik siodłowy z naczepą skrzyniową o ładowności 20-25 t),
- przewóz miálu węglowego pomiędzy składowiskami wewnątrz kopalni oraz wywóz mułów z osadników (samochody samowyładowcze 3 lub 4-ro osiowe o ładowności 15-20 t),
- przewóz miálu węglowego pomiędzy składowiskami wewnątrz kopalni (samochód ciągnik siodłowy z naczepą typ wanna o ładowności 20-25 t).

(25) Termin wykonania zamówienia wynosił 24 miesiące od daty zawarcia umowy (dowód: karta nr 141).

(26) Dwaj wykonawcy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu i zostali z niego wykluczeni. Byli to: Usługi Transportowo-Sprzętowe Sebastian Kądziołka i Justmar Turczyński Marcin. Pozostali wykonawcy spełnili wymagane warunki udziału w postępowaniu i dostarczyli dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków. Wśród wykonawców, którzy złożyli ważne oferty były Soltur i Trans-Jan. Soltur złożyła ofertę z ceną wynoszącą 9.104.115,60 zł brutto, a Trans-Jan z ceną 9.674.127,12 zł brutto.

Aukcja elektroniczna i oferty dodatkowe

(27) SIWZ przewidywała, że po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Ponieważ warunek ten został spełniony 9 maja 2016 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna z udziałem pięciu wykonawców, w tym Soltur i Trans-Jan (dowód: karty nr 1120-1124). Aukcja trwała od godziny 9.00 do 16.39. Początek aukcji przebiegał następująco:

Tabela nr 3

Wykonawca	Czas	Cena oferty
Soltur	09:00:48	[...]
Wykonawca E	09:02:27	[...]



Soltur	09:06:11	[...]
Wykonawca E	09:08:16	[...]
Wykonawca B	09:09:08	[...]
Soltur	09:10:03	[...]
Wykonawca F	09:11:27	[...]
Wykonawca E	09:12:06	[...]
Wykonawca E	09:13:27	[...]
Soltur	09:13:33	[...]
Wykonawca B	09:14:03	[...]
Wykonawca F	09:14:28	[...]
Wykonawca F	09:14:59	[...]
Wykonawca F	09:15:56	[...]
Wykonawca E	09:16:09	[...]
Trans-Jan	09:16:53	[...]

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

- (28) W toku aukcji elektronicznej prowadzonej na Portalu Aukcji Publicznych <https://laip-khw.coig.biz/> zamawiający na bieżąco przekazywał każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy składali kolejne korzystniejsze postąpienia od swojej oferty podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej zamawiający nie ujawnił informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Wykonawcy składali postąpienia widząc w Portalu własną cenę, liczbę punktów otrzymanych przez ich ofertę i pozycję względem najkorzystniejszej oferty (dowód: karta nr 703).
- (29) W pierwszej fazie aukcji postąpienia wynosiły 10.000 zł lub ich wielokrotność, albo były bardziej zróżnicowane, wynosiły np. 39.812,04 zł albo 12.414,35 zł. Takich zróżnicowanych postąpień w tej fazie aukcji złożył najwięcej Soltur. Uczestnicy aukcji oferowali kolejne, korzystniejsze dla zamawiającego warunki wykonania zamówienia. 100 punktów oznaczało, że w danym momencie jest to oferta z najkorzystniejszą ceną. Jeszcze przed upływem 15 minuty aukcji jeden z wykonawców złożył ostateczne postąpienie, kolejny przestał licytować po 40 minutach od rozpoczęcia aukcji. W ciągu półtorej godziny oferowane ceny zostały obniżone o ok. 1,5 mln zł, a postąpienia wynosiły już tylko 10.000 zł lub wielokrotność tej kwoty. O godz. 10.26 Soltur i Trans-Jan po raz pierwszy w wyniku postąpienia zaoferowały tę samą cenę, którą była kwota 7.540.000,00 zł. Od momentu pozostania w aukcji trzech wykonawców, w tym Soltur i Trans-Jan, sytuacja ta zaczęła się coraz częściej powtarzać. Postąpienia wynosiły nadal 10.000 zł lub wielokrotność tej kwoty. Od godziny 13.23 wszyscy trzej wykonawcy licytowali obniżając cenę swojej oferty o 10.000 zł, przy czym Soltur i Trans-Jan robiły to tak, że co do zasady jedna z tych spółek obniżała cenę o 10.000 zł, następnie druga robiła to samo i wyrównywała najkorzystniejszą ofertę, a w efekcie oferty z obniżoną ceną obu spółek miały taką samą punktację (100 pkt). Przez kolejne godziny Soltur i Trans-Jan licytowały obniżając ceny o 10.000 zł do tego samego poziomu osiągając kolejne „remisy”. Postępowały tak dopóty, dopóki oferowaną przez nich cenę w tej samej wysokości, przebijał trzeci wykonawca. O godzinie 16:38 wykonawca E zaproponował 5.706.666,35 zł, o godzinie 16.39 Trans-Jan i Soltur przebiły jego ofertę proponując 5.700.000,00 zł i na tym aukcja zakończyła się. 15 ostatnich postąpień w aukcji przebiegło następująco:



Tabela nr 4

Wykonawca	Czas	Cena oferty
Wykonawca E	16:25:15	[...]
Soltur	16:25:58	[...]
Trans-Jan	16:26:00	[...]
Wykonawca E	16:27:17	[...]
Soltur	16:28:45	[...]
Trans-Jan	16:29:00	[...]
Wykonawca E	16:30:05	[...]
Soltur	16:30:48	[...]
Trans-Jan	16:30:51	[...]
Wykonawca E	16:35:10	[...]
Soltur	16:36:05	[...]
Trans-Jan	16:36:11	[...]
Wykonawca E	16:38:45	[...]
Trans-Jan	16:39:30	[...]
Soltur	16:39:31	[...]

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

(30) Najkorzystniejszą ceną uzyskaną w wyniku aukcji była kwota 5.700.000 zł brutto. Zaoferowali ją dwaj wykonawcy - Soltur i Trans-Jan. W tej sytuacji zamawiający postanowił zwrócić się na podstawie art. 91 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² (tekst jedn. Dz.U. z 2018, poz. 1986 z późn. zm.) do Soltur i Trans-Jan o złożenie **oferty dodatkowej** (dowód: karty nr 47, 49). 13 maja 2016 r. otwarto oferty dodatkowe i zamawiający stwierdził, że ww. wykonawcy złożyli oferty zawierające identyczną cenę - 5.699.982,36 zł brutto (4.634.132,00 zł netto) (dowód: karta nr 46).

(31) Zestawienie ofert złożonych w poszczególnych etapach przetargu nr ZP/005/2016 przedstawia poniższa tabela.

Tabela nr 5

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN		Cena będąca wynikiem aukcji PLN brutto	Cena z oferty dodatkowej W PLN brutto
		netto	brutto		
1	Soltur (dowód: karty nr 112-131)	7.401.720	9.104.115,60	5.700.000,00	5.699.982,36
2	„Max-Bud 1” Tomasz Warchała Ruda Śl.	10.897.872	13.404.382,56	9.404.382,56	---
3	Usługi Transportowo-Sprzętowe Sebastian Kądziołka Ruda Śl.	6.816.468	8.384.255,00	---	---
4	Trans-Jan (dowód: karty nr 91-111)	7.865.144	9.674.127,12	5.700.000,00	5.699.982,36
5	PW „Grabo-Trans” Paweł Grabowski Miedźno	6.891.032	8.586.669,36	5.706.666,35	---
6	Konsorcjum: Universal Energy Sp. z o.o. Mysłowice, Budomax Sp. z o.o. Mysłowice, Energo-	8.007.064	9.848.688,72	7.484.255,00	---

² Art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi:

w ust. 5 „Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych”.

w ust. 6 „Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach”.



	Transport Łukasz Wszółek Mysłowice				
7	Justmar Turczyński Marcin Chełm Śl.	8.700.120	10.701.147,60	---	---

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

- (32) Soltur, w odpowiedzi na pytanie dlaczego zakończyła udział w aukcji przeprowadzonej przez zamawiającego na poziomie 5.700.000 zł brutto, stwierdziła, że każda kolejna obniżka ceny oznaczała wykonywanie umowy ze stratą, a kwota ta była wyliczona jako graniczna nie przynosząca zysku, ale też nie generująca strat. Kwota 5.700.000 zł brutto, jako próg rentowności została ustalona na podstawie zestawienia dotychczas ponoszonych kosztów. W odpowiedzi na pytania jak ustaliła ten próg rentowności i czy przed przystąpieniem Soltur do aukcji w ramach przetargu ZP/005/2016 w celu ustalenia proggu rentowności przygotowała kalkulację, Soltur wskazała, że zestawiono koszty pracowników, paliwa, utrzymanie taboru samochodowego, podatki i opłaty oraz niewielki zysk, jako źródło utrzymania firmy i administracji. Zestawienie to nie zachowało się (dowód: karty nr 1209-1210).
- (33) Soltur stwierdziła również, że złożyła ofertę dodatkową z ceną 5.699.982,36 zł brutto ponieważ tak ją skalkulowała i nie jest w stanie wyjaśnić dlaczego Trans-Jan złożyła ofertę dodatkową z dokładnie taką samą ceną. Trans-Jan wskazała, że ze względu na wyliczoną rentowność nie mogła zaproponować ceny odbiegającej od tej zaproponowanej w aukcji elektronicznej. W związku z tym dopasowała kwotę 5.700.000 zł do cen jednostkowych tak, aby jak najbardziej zbliżyć się do kwoty 5.700.000 zł. Zaproponowana cena 5.699,982,36 zł była pierwszą możliwą do osiągnięcia poniżej ceny 5.700.000 zł.
- (34) Trans-Jan wskazała, że osoby odpowiedzialne z Działu Transportu uznały, że kwota 5.700.000 zł jest ceną, za którą Trans-Jan jest w stanie zrealizować zadanie. Każde kolejne postąpienie obarczone byłoby ryzykiem niewykonania zadania lub wykonaniem zadania ze znaczną stratą finansową. W odpowiedzi na pytanie dlaczego zdecydowała się na skalkulowanie oferty dodatkowej w ramach przetargu ZP/005/2016 w oparciu o ceny jednostkowe zaokrąglone do pełnych złotych lub 50 groszy Trans-Jan stwierdziła, że osoby przygotowujące ofertę z Działu Transportu nie mogły zaproponować ceny odbiegającej od ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej. Cena 5.700.000,00 zł brutto była według osób opracowujących kosztorys pierwszą możliwą do osiągnięcia poniżej tej kwoty. Zaokrąglenie cen było zaś najłatwiejszą formą wyliczenia ceny jak najbardziej zbliżonej do 5.700.000,00 zł brutto (dowód: karta nr 1224).

Stawki jednostkowe cen w ofertach Soltur i Trans-Jan

- (35) Stawki jednostkowe za godzinę jazdy, za godzinę do dyspozycji i za kilometr z pierwszych ofert i ofert dodatkowych złożonych przez Soltur i Trans-Jan w przetargu nr **ZP/005/2016** zostały przedstawione w poniższej tabeli. W wierszach 1-9 tabeli wytłuszczono dane pochodzące z ofert dodatkowych.



Tabela nr 6

I.p.	Rodzaj usługi transportowej wraz z opisem zakresu czynności	Ilość godzin jazdy	Stawki jednostkowe netto zł/godz. jazdy		Stawki jednostkowe netto zł/godz. do dyspozycji		Stawki jednostkowe netto zł/km		Wartość zł netto	
			Soltur	Trans-Jan	Soltur	Trans-Jan	Soltur	Trans-Jan	Soltur	Trans-Jan
			Kol. 11	Kol. 14	Kol. 14	Kol. 15	Kol. 15	Kol. 16	Kol. 16	Kol. 20
1	Przewóz drobnych elementów i komisji	4 056	11,00 10,00	16,00 10,50			1,60 1,50	1,80 1,50	174 408 162 240	210 912 164 268
2	Przewóz materiałów i osób zgodnie z potrzebami kopalni, na zmianie B i C w dyspozycji Dyspozytora Kopalni	5 952	30,00 23,00	32,00 23,00	18,00 15,00	20,00 15,00			386 784 310 416	421 824 310 416
3	Przewóz części maszyn i urządzeń + gazy techniczne	4 056	39,00 25,00	39,00 24,50					158 184 101 400	158 184 99 372
4	Przewóz materiałów zgodnie z potrzebami kopalni	4 056	70,00 47,00	77,00 47,00					283 920 190 632	312 312 190 632
5	Przewóz materiałów zgodnie z potrzebami kopalni	4 056	80,00 48,00	84,00 48,50					324 480 194 688	340 704 196 716
6	Przewóz maszyn i urządzeń + dostawy na kopalnie	4 056	70,00 48,00	78,00 47,50					283 920 194 688	316 368 192 660
7	Przewóz długich i mat. masowych + obudowa ścianowa	3 048	65,00 48,00	79,00 48,00					198 120 146 304	240 792 146 304
8	Przewóz miazgi węglowej i innych mat. sypkich zgodnie z bieżącymi potrzeb. wewnątrz zakładu	54 356	84,00 49,00	88,00 49,00					4 565 904 2 663 444	4 783 328 2 663 444
9	Przewóz miazgi węglowej zgodnie z bieżącymi potrzebami wewnątrz zakładu	13 680	75,00 49,00	79,00 49,00					1 026 000 670 320	1 080 720 670 320
RAZEM									7 401 720 4 634 132	7 865 144 4 634 132

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

- (36) Stawki jednostkowe netto w ofertach dodatkowych Soltur i Trans-Jan złożonych w przetargu nr ZP/005/2016 są niższe od cen jednostkowych przedstawionych w formularzu cenowym - załączniku do oferty złożonej przez te spółki w odpowiedzi na ogłoszenie KHW S.A. o tym przetargu, co obrazuje powyższa Tabela nr 6.
- (37) Soltur nie wyjaśniła w oparciu o jakie przesłanki zdecydowała się na obniżenie poszczególnych stawek jednostkowych właśnie do takiej wysokości, jaką przedstawia powyższa tabela. Stwierdziła natomiast, że składając ofertę do przetargu kalkuluje wysoki zysk, wiedząc, że dopiero w trakcie licytacji ustalona będzie cena usługi (dowód: karta nr 1210).
- (38) Trans-Jan również nie wyjaśniła w oparciu o jakie przesłanki zdecydowała się na obniżenie poszczególnych stawek jednostkowych do kwot podanych w powyższej tabeli. Stwierdziła natomiast, że Dział Transportu zaproponował najniższe z możliwych stawek, za jakie Trans-Jan mogła zrealizować zadanie. Jednocześnie, biorąc pod uwagę specyfikę pracy w danej kopalni, zaznaczając, że specyfika ta różni się w zależności od kopalni, mając doświadczenie i wiedzę na temat świadczenia usług



transportowych w KHW S.A. KWK Murcki-Staszic, osoby odpowiedzialne za kalkulację kosztów miały wiedzę, w jaki sposób, które ceny jednostkowe i do jakiej kwoty należy obniżyć w ofercie (dowód: karta nr 1227).

- (39) Stawki jednostkowe za godzinę jazdy z ofert dodatkowych Soltur i Trans-Jan złożonych w przetargu nr ZP/005/2016 ze wskazaniem wymaganego typu pojazdu przedstawia poniższa tabela.

Tabela nr 7

l.p.	Rodzaj usługi transportowej wraz z opisem zakresu czynności	Wymagany typ pojazdu	Ilość godzin jazdy	Stawki jednostkowe netto zł/godz. jazdy	
				Soltur	Trans-Jan
1	Przewóz drobnych elementów i komisji	Towarowo-osobowy (o parametrach nie mniejszych niż 5 osób + ładowność 0,5 t)	4 056	10,00	10,50
2	Przewóz materiałów i osób zgodnie z potrzebami kopalnia, na zmianie B i C w dyspozycji Dyspozytora Kopalni	Dostawczo-osobowy (o parametrach nie mniejszych niż 6 osób + ładowność 1,5 t)	5 952	23,00	23,00
3	Przewóz części maszyn i urządzeń + gazy techniczne	Dostawczy 1,5 tony z burtami i plandeką	4 056	25,00	24,50
4	Przewóz materiałów zgodnie z potrzebami kopalni	Samochód ciężarowy z wywrotem i otwieranymi burtami o ładowności do 12 t	4 056	47,00	47,00
5	Przewóz materiałów zgodnie z potrzebami kopalni	Samochód ciężarowy ład. 10-15 t z HDS	4 056	48,00	48,50
6	Przewóz maszyn i urządzeń + dostawy na kopalnie	Samochód ciężarowy o ład. 15 t, długość skrzyni ładunkowej	4 056	48,00	47,50
7	Przewóz długich i mat. masowych + obudowa ścianowa	Ciągnik siodłowy z naczepą o ład. 20-25 t (dłuższa)	3 048	48,00	48,00
8	Przewóz miątu węglowego i innych mat. sypkich zgodnie z bieżącymi potrzebami wewnątrz zakładu	Samochód samowyładowczy 3 lub 4 osiowy, o ład. 15-20 t	54 356	49,00	49,00
9	Przewóz miątu węglowego zgodnie z bieżącymi potrzebami wewnątrz zakładu	Ciągnik siodłowy z naczepą typu wanna o ład 20-25 t	13 680	49,00	49,00

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

- (40) Z powyższego zestawienia danych wynika, że stawki jednostkowe netto zł/godz. jazdy w ofertach dodatkowych Trans-Jan i Soltur były w przypadku obu spółek identyczne lub różniły się o 50 groszy. Odnośnie tego faktu Soltur stwierdziła, że każdy wlicza koszty pracy samochodu i widocznie są one podobne. Trans-Jan wyjaśniła, że zbliżone, choć nie identyczne ceny jednostkowe mogą wynikać z faktu wcześniejszej wspólnej realizacji identycznych prac, a więc z identycznego rozeznania co do specyfiki pracy, kosztów związanych z pracą i spodziewanych przychodów (dowód: karta nr 1225).
- (41) Jakkolwiek stosowanie cen jednostkowych netto zł/godz. jazdy zaokrąglonych do pełnych złotych lub do 50 groszy często występuje w cennikach usług przewozu materiałów oferowanych przez wykonawców spółkom węglowym, to żadna ze spółek, do których zwrócił się o informacje Prezes Urzędu (LW Bogdanka S.A., JSW S.A., KW S.A.) nie wskazała, że taki sposób kształtowania cen jednostkowych był narzucany wykonawcom w formie zapisów lub wytycznych, np. w formularzach ofertowych. Wykonawcy podawali stawki jednostkowe netto zł/t, zł/km, zł/godz. zgodnie z własnym uznaniem (dowód: karty nr 1130, 1139, 1263). Z zebranego materiału



dowodowego wyniku, że kopalnie otrzymywały oferty ze zróżnicowanymi cenami. Na przykład Soltur wykonując usługi dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła w 2015 r. przyjął jednostkową cenę netto za 1 godzinę pracy cztero-osioowego samochodu o ładowności 18-20 t wynoszącą 65,04 zł, a za 1 godzinę pracy samochodu o ładowności 8-12 t 50,39 zł. Inny wykonawca świadczył dla KW S.A. KWK Piast w 2014 r. usługi samochodem ciężarowym samowyładowczym o ładowności od 12 do 18 t za cenę jednostkową netto dyspozycyjnego czasu pracy 50,48 zł/h/szt. KW S.A. KWK Jankowice w 2014 r. zawarła umowę z wykonawcą na usługi transportowe samochodami samowyładowczymi, w której stawka w zł netto za godzinę pracy pod obciążeniem wynosiła 65,80 zł, a za godzinę pracy na biegu jałowym 52,64 zł. W 2015 r. KHW S.A. KWK Wujek korzystał z usług przewozu materiałów samochodami samowyładowczymi - w cenie 55,07 zł/godz. lub 56,47 zł/godz. W 2017 r. PGG Sp. z o.o. KWK Piast-Ziemowit zawarła umowę na usługi transportu samochodem samowyładowczym z kierowcą o ładowności 12 t, w której ustalono cenę jednostkową netto na kwotę 37,08 zł/godz. (dowód: karty nr 956, 975, 976, 991, 1024).

Unieważnienie przetargu nr ZP/005/2016 i zamówienia z wolnej ręki

- (42) Ponieważ w przetargu nr ZP/005/2016 złożone zostały oferty dodatkowe o takiej samej cenie zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³ unieważnił to postępowanie i 27 maja 2016 r. powiadomił wykonawców o tym fakcie (dowód: karty nr 23, 39).
- (43) Konsekwencją unieważnienia przetargu nr ZP/005/2016 pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” było ogłoszenie 17 czerwca 2016 r. nowego przetargu na usługi związane z przewozem towarów dla KWK Murcki-Staszic nr ZP/037/2016. W przetargu wpłynęło 5 ofert, w tym oferty Soltur i Trans-Jan.
- (44) 21 października 2016 r. w ramach ww. przetargu odbyła się aukcja elektroniczna. W toku aukcji dwaj wykonawcy wylicytowali identyczną cenę brutto 6.961.739,98 zł. Byli to Trans-Jan i Grabo-Trans. Obie oferty uzyskały 100 punktów i zamawiający postanowił zwrócić się do obu wykonawców o złożenie oferty dodatkowej na podstawie art. 91 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- (45) 28 października 2016 r. zamawiający otworzył oferty dodatkowe. Oferta Trans-Jan zawierała cenę brutto w wysokości 6.394.079,23 zł, a oferta Grabo-Trans cenę brutto w wysokości 6.064.943,04 zł. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Grabo-Trans i z tym wykonawcą zamawiający zawarł umowę z terminem realizacji przedmiotu umowy wynoszącym 24 miesiące.
- (46) KHW S.A. w sytuacji, wyczerpania się zakresu finansowego umowy, w ramach której realizowano usługi, lub gdy przetarg na udzielenie zamówienia na określone usługi został unieważniony, a zachodziła potrzeba zapewnienia tych usług, zawierał umowę

³ Art. 93 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie”.



w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki) z wykonawcą świadczącym dotychczas wymienione usługi. Zasady udzielania zamówień awaryjnych opisane były w *Regulaminie udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych*. Zgodnie z art. 25 ust. 2 c *Regulaminu* zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji udokumentowanego zagrożenia awarią, katastrofą lub udokumentowanego wystąpienia tych zdarzeń zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi lub grożących powstaniem szkody w znacznych rozmiarach związanej z utrzymaniem ciągłości ruchu zakładu górniczego. Regulamin był ogólnie dostępny na stronie internetowej KHW (dowód: karty nr 641, 646, 1265, 1280).

- (47) Już w trakcie trwającego przetargu nr ZP/005/2016 zakres finansowy umowy nr 251400475 zawartej przez KHW S.A. KWK Murcki-Staszic w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/032/2013 wyczerpał się i usługi związane z przewozem towarów zostały zabezpieczone poprzez zawarcie przez kopalnię w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki), krótkoterminowej **umowy nr 251600141** z 24 lutego 2016 r. z podmiotem świadczącym dotychczas wymienione usługi, tj. konsorcjum Soltur (lider) i Trans-Jan (wartość umowy do [...] zł) (dowód: karty nr 164-173). Zamówienie zostało udzielone zgodnie z *Regulaminem udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych* obowiązującym w KHW S.A., na podstawie zgody Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z 22 lutego 2016 r. oraz oferty wykonawcy z 18 lutego 2016 r. [...] % przedmiotu umowy zrealizowała Soltur, a [...] % - Trans-Jan. Soltur uzyskała wynagrodzenie w wysokości [...] zł netto, a Trans-Jan - [...] zł netto (dowód: karty nr 702, 709).
- (48) Z uwagi na unieważnienie przetargu nr ZP/005/2016 i trwającą procedurę wyboru wykonawcy oraz w związku z koniecznością zabezpieczenia ciągłości ruchu zakładu górniczego, kopalnia zawarła kolejną **umowę** w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki) **nr 251600367** z 14 czerwca 2016 r. z podmiotem świadczącym dotychczas wymienione usługi, tj. konsorcjum Soltur i Trans-Jan (wartość umowy netto do [...] zł) (dowód: karty nr 174-183). Zamówienie zostało udzielone zgodnie z ww. *Regulaminem*, na podstawie zgody Kierownika Ruchu Górniczego z 13 czerwca 2016 r. oraz oferty wykonawcy z 8 czerwca 2016 r. [...] % przedmiotu tej umowy zrealizowała Trans-Jan, a [...] % Soltur. Wynagrodzenie Trans-Jan wyniosło [...] zł netto. Soltur wystawiła faktury na [...] zł netto (dowód: karty nr 703, 709).
- (49) Następnie, 21 października 2016 r., KHW S.A. KWK Murcki-Staszic zawarła z konsorcjum Soltur i Trans-Jan jeszcze jedną umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki - **umowę nr 251600700**, która obowiązywała do 30 listopada 2016 r. Umowa opiewała na [...] zł netto. Wykorzystano z niej [...] zł, z czego Trans-Jan w październiku 2016 r. wykonał usługi o wartości [...] zł (dowód: karty nr 1209, 1225).
- (50) Umowy awaryjne zawarte zostały na warunkach określonych w umowie nr 251400475 z 13 lutego 2014 r., tj. umowie zawartej przez zamawiającego z konsorcjum tworzonym przez Soltur i Trans-Jan, którego oferta została wybrana w przetargu nr ZP/032/2013 przeprowadzonym przez KHW S.A. w 2013 r. Termin realizacji ww. umowy z 2014 r. wynosił 36 miesięcy od daty jej zawarcia (dowód: karty nr 184-189).



- (51) Stawki netto do rozliczania usług będących przedmiotem umów awaryjnych zostały przedstawione w poniższej tabeli. Dodatkowo w tabeli mniejszą czcionką zamieszczono stawki jednostkowe za takie same usługi (takimi samymi pojazdami) z ofert dodatkowych Soltur i Trans-Jan złożonych w przetargu ZP/005/2016 (dowód: karty nr 167, 177, 649):

Tabela nr 8

Lp.	Typ pojazdu	Stawki jednostkowe netto		
		zł/godz.	zł/godz. dyspozycji	zł/km
1	Samochód dostawczy o ład. do 0,5 tony	9,00 <small>10,00; 10,50</small>	x	1,37 <small>1,50; 1,50</small>
2	Samochód dostawczy o ładowności do 1,5 t i kabiną 6-cio osobową	27,00 <small>23,00; 23,00</small>	16,00 <small>15,00; 15,00</small>	
3	Samochód dostawczy o ład. do 3,5 t	32,50	x	x
4	Samochód ciężarowy z wywrotem i otwieranymi burtami o ład. do 12 ton	67,95 <small>47,00; 47,00</small>	x	x
5	Samochód ciężarowy z otwieranymi burtami o ład. 12 ton	68,00	x	x
6	Samochód ciężarowy typ dłużyca o ład. do 25 ton	60,00	x	x
7	Samochód wywrotka 3 lub 4 osiowa o ład. do 19 ton	81,00 <small>49,00; 49,00</small>	x	x
8	Samochód wywrotka 3 osiowa o ład. do 12 ton	70,00	x	x

Opracowanie własne na podstawie informacji zgromadzonych w trakcie postępowania.

Współpraca Soltur i Trans-Jan

- (52) Jak wskazano powyżej Soltur i Trans-Jan wspólnie jako **konsorcjum** wzięły udział w przetargu nr **ZP/032/2013** przeprowadzonym przez KHW S.A. na przełomie 2013 r. i 2014 r. na świadczenie usług dla KHW S.A. KWK Murcki-Staszic w zakresie przewozu towarów, w wyniku którego uzyskały zamówienie. 13 lutego 2014 r. ww. konsorcjum zawarło z KHW S.A. umowę nr 251400475 z terminem realizacji wynoszącym 36 miesięcy od daty jej zawarcia (dowód: karty nr 184-189, 244-252).
- (53) Soltur i Trans-Jan współpracowały ze sobą także w przetargu ogłoszonym przez KHW S.A. w maju 2013 r. na świadczenie usług przewozu materiałów dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła samochodami samowładowymi z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy (**4195/2013**). W przetargu wpłynęły 3 oferty, w tym oferta **konsorcjum** tworzonego przez Soltur i Trans-Jan. Oferta konsorcjum, której ostateczna wartość została ustalona w wyniku aukcji, została wybrana przez zamawiającego (dowód: karty nr 506-511, 626-633).
- (54) W toku postępowania ustalono również, że Soltur uczestniczyła w przetargu, którego przebieg i rezultat podobne były do opisanego powyżej przebiegu przetargu nr ZP/005/2016. Otóż w październiku 2013 r. zostało uruchomione postępowanie **ZP/040/2013** na świadczenie usług związanych z przewozem towarów w KHW S.A. KWK Wujek. W odpowiedzi na ogłoszenie wpłynęły 4 oferty, w tym oferta Soltur. W przetargu odbyła się aukcja elektroniczna, w której dwóch wykonawców zaoferowało taką samą najniższą cenę, a następnie oferty dodatkowe z taką samą ceną (konsorcjum Phoenix Business Sp. z o.o. i Trans-Speed oraz Usługi Transportowo-Sprzętowe



S.Kądziołka). Postępowanie zostało unieważnione ponieważ zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie, a Soltur złożyła błędne postąpienie w aukcji (dowód: karty nr 614-618).

- (55) Po unieważnieniu tego postępowania potrzeby KWK Wujek w zakresie przewozu towarów zostały zabezpieczone poprzez zawarcie aneksu do umowy łączącej KWK Wujek z dotychczasowym wykonawcą tej usługi, tj. konsorcjum złożonym z Phoenix Business Sp. z o.o. i Trans-Speed Tadeusz Patyk (dowód: karta nr 593).

Obrót osiągnięty przez strony postępowania

- (56) W 2018 r. Trans-Jan uzyskała obrót w wysokości 60.721.493,75 zł (dowód: karta nr 1321). Soltur w 2018 r. uzyskała obrót w wysokości 1.438.303.06 zł (dowód: karta nr 1378).

STANOWISKO STRON

- (57) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w piśmie z 7 lutego 2018 r. Trans-Jan Sp. z o.o. oświadczyła, że w związku z jej udziałem w przetargu nr ZP/005/2016 ani jej zamiarem, ani celem nie było ograniczenie konkurencji. Nie podejmowała żadnych zamierzonych umyślnych, czy nieumyślnych działań w porozumieniu z Soltur Sp. z o.o. Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Prezesa Urzędu za uprawdopodobnione naruszenia przez Trans-Jan zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, spółka wniosła o zobowiązanie jej na mocy decyzji, o której mowa w art. 12 ust. 1 ww. ustawy. do zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia konkurencji lub usunięcia skutków, tj. do:
- powstrzymania się od uczestnictwa w przetargach organizowanych przez KHW S.A. lub PGG S.A., których przedmiotem byłoby świadczenie usług związanych z przewozem towarów na przyszłość na okres dwu lat, licząc od daty wydania decyzji,
 - powstrzymania się przez stronę od współuczestnictwa w jakichkolwiek przetargach w ramach konsorcjum z Soltur na przyszłość na okres pięciu lat, licząc od daty wydania decyzji,
 - powstrzymania się od jakiegokolwiek kontaktu z Soltur lub innymi podmiotami po otwarciu ofert w ramach uczestniczenia w przetargach,
 - przedkładania Prezesowi Urzędu pisemnych informacji o fakcie uczestnictwa przez stronę w przetargach organizowanych na zasadach wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym w ramach konsorcjum, nie później niż w ciągu 14 dni od dnia złożenia oferty, wraz z wyszczególnieniem uczestników konsorcjum - w zakresie, w jakim nie narusza to tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałych członków konsorcjum.
- (58) Spółka wniosła również o odstąpienie od nakładania na nią kary, o której mowa w art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w trybie art. 12 ust. 4 tej ustawy po nałożeniu na nią ww. zobowiązań.



- (59) Trans-Jan podniosła, że na etapie przystępowania do spornego przetargu oraz składania ofert, w tym w ramach aukcji uzupełniającej, nie wiedziała i nie mogła wiedzieć, jak zachowa się zamawiający w przypadku ewentualnego unieważnienia przetargu. Spółka nie posiadała żadnej informacji o tym, jak w podobnych sytuacjach zachowuje się zamawiający, nie miała również żadnej wiedzy co do tego, że po unieważnieniu przetargu - w miejsce niezwłocznego rozpisania kolejnego - zamawiający zdecyduje się na tymczasowe powierzenia prac dotychczasowym wykonawcom. Podkreśliła, że możliwość złożenia tożsamyh ofert w toku teleinformatycznej aukcji uzupełniającej, która została dopuszczona przez zamawiającego, stworzyła ryzyko złożenia jednakowych ofert.
- (60) Trans-Jan chcąc zachować pełną transparentność działań oraz ugruntować opinię przedsiębiorcy dbającego o zasady otwartej i wolnej konkurencji, jest w stanie przyjąć na siebie zobowiązania, celem potwierdzenia, że zmierza do powstrzymania się od jakichkolwiek działań, których celem lub skutkiem byłoby naruszenie konkurencji. Jednocześnie na wypadek uznania przez Prezesa Urzędu, że przedstawione przez nią propozycje są niewystarczające lub niepewne - Trans-Jan wyraziła zgodę na podjęcie rokowań celem wypracowania wspólnego rozwiązania w tym celu (dowód: karty nr 662-665).
- (61) Soltur w odpowiedzi na postawiony zarzut w piśmie z 12 lutego 2018 r. wniosła o umorzenie postępowania antymonopolowego.
- (62) Soltur wskazała, że od 7 marca 2011 r. do 30 listopada 2016 r. usługi transportowe na rzecz kopalń były wykonywane w ramach konsorcjum spółek Soltur i Trans-Jan. Bezpośrednią przyczyną zawiązania konsorcjum przez tych przedsiębiorców była konieczność dostosowania się do wymagań przetargowych stawianych przez KHW S.A. (przede wszystkim brak zgody na podwykonawców). W 2016 r. przedsiębiorcy podjęli decyzję o zakończeniu współpracy i złożyli w kolejnym przetargu nr ZP/005/2016 konkurencyjne oferty. Zarówno Soltur, jak i Trans-Jan, były zainteresowane uzyskaniem całości zamówienia na swoją rzecz. Soltur podkreśliła, że gdyby ona i Trans-Jan były zainteresowane dalszym wspólnym realizowaniem usług na rzecz KWK Murcki-Staszic mogły złożyć wspólną ofertę również w ww. przetargu z 2016 r. jako konsorcjum. Wygrałyby ten przetarg już na etapie aukcji elektronicznej (oferty Soltur i Trans-Jan były korzystniejsze od ofert pozostałych wykonawców). Po co zatem spółki miałyby zadawać sobie trud zawierania porozumienia, które mogłoby zostać uznane za antykonkurencyjne, skoro ten sam efekt mogły osiągnąć po prostu kontynuując współpracę w ramach konsorcjum.
- (63) Ponadto uczestnicząc w przetargu ZP/005/2016 Soltur i Trans-Jan nadal realizowały zlecenia KWK Murcki-Staszic, dysponowały zatem możliwie pełnymi i wiarygodnymi informacjami na temat rzeczywistego zakresu usług i ich kosztowności, były zatem w stanie bardzo dokładnie określić próg rentowności tego zamówienia.
- (64) Zdaniem Soltur dopuszczenie przez zamawiającego możliwości złożenia w ramach aukcji elektronicznej ofert w takiej samej wysokości budzi zdziwienie i, w jej ocenie,



to właśnie wybór takiej formuły przez zamawiającego może być traktowany jako działanie na jego szkodę, nie zaś skorzystanie z takiej możliwości przez wykonawców.

- (65) W toku aukcji elektronicznej Soltur i Trans-Jan dokonywały kolejnych postąpień, dochodząc finalnie do kwoty stanowiącej w ocenie Soltur obiektywny próg rentowności zamówienia, tj. kwoty 5.700.000 zł brutto. Soltur zaznaczyła, że w aukcji uczestniczyli jeszcze trzej inni przedsiębiorcy, którzy jednak złożyli mniej korzystne oferty. W konsekwencji zamawiający wezwał Soltur i Trans-Jan do złożenia ofert dodatkowych.
- (66) Soltur zwróciła uwagę na art. 91 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - w ramach oferty dodatkowej - nie jest możliwe zaoferowanie wyższej ceny niż we wcześniejszej ofercie. Zarówno Soltur, jak i Trans-Jan, były zatem związane maksymalną kwotą w wysokości 5.700.000 zł brutto, przy czym wykonywanie usługi poniżej tej ceny wiązałoby się dla Soltur ze stratą. Konieczne stało się zatem złożenie takiej oferty, która w rozbiciu na poszczególne pozycje najbliżej odpowiada kwocie 5.700.000 zł brutto, jednocześnie jej nie przekraczając. Taką kwotą była kwota 5.699.982,36 zł brutto (4.634.132 zł netto). Soltur zwróciła uwagę, że podwyższenie stawki jednostkowej w ofercie dodatkowej w jednej tylko pozycji o 1 grosz doprowadziłoby do przekroczenia oferty złożonej w ramach aukcji elektronicznej, co skutkowałoby odrzuceniem oferty.
- (67) W ocenie Soltur przyczyną złożenia przez Soltur i Trans-Jan ofert w tej samej wysokości było: złożenie w aukcji elektronicznej równych ofert (co było możliwe na skutek błędnej polityki zamawiającego), a następnie konieczność dostosowania oferty dodatkowej w rozbiciu na poszczególne pozycje w kwocie netto do wysokości złożonej oferty w aukcji elektronicznej.
- (68) Soltur zdecydowanie zaprzeczyła jakoby na którymkolwiek etapie przetargu zawierała z Trans-Jan jakiegokolwiek porozumienie dotyczące składanych przez siebie ofert.
- (69) Spółka zwróciła uwagę, że po unieważnieniu przetargu nr ZP/005/2016 konsorcjum Soltur - Trans-Jan dwukrotnie uzyskało zamówienia z wolnej ręki na usługi objęte przedmiotem zamówienia w ww. przetargu. Konsorcjum w ramach tych zamówień wykonało usługi o wartości 2.207.687,99 zł netto. Wylicytowana wartość usług przewozu towarów to 4.634.146,30 zł netto. W wyniku realizacji umów zawartych w trybie awaryjnym konsorcjum uzyskało zatem mniej niż 50% tej kwoty (karty nr 677, 1375).
- (70) Ponadto Soltur podniosła, że zamawiający nie dopatrył się w przedmiotowym przetargu jakiegokolwiek naruszenia. Żaden z pozostałych wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej nie skorzystał z prawa wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (dowód: karty nr 668-678).
- (71) W piśmie z 15 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania *Szczegółowe uzasadnienie zarzutów (SUZ)*.
- (72) W piśmie z 30 kwietnia 2019 r. Trans-Jan odnosząc się do SUZ oświadczyła, że w chwili obecnej świadczy wyłącznie usługi polegające na wykonywaniu prac dołowych przy



użyciu własnego sprzętu. Nie świadczy usług transportowych na zewnątrz (wyłącznie usługi transportowe na własne potrzeby związane z przewozem załogi do pracy oraz własnych maszyn i urządzeń górniczych i części zamiennych do nich), jak również nie świadczy usług sprzętem ciężkim. W konsekwencji Trans-Jan nie oferuje usług przewozu towarów kopalniom i nie startuje w przetargach na te usługi organizowanych przez spółki węglowe.

- (73) Trans-Jan składając ofertę w przetargu nr ZP/005/2016 pierwotnie zaproponowała wysoką cenę, gdyż znając specyfikę rynku wiedziała, że złożona zostanie większa ilość ofert niż 3, a w konsekwencji powyższego cena ostateczna zostanie ustalona w wyniku aukcji elektronicznej. Była świadoma, że aby kontynuować prace w KWK Murcki-Staszic musi zaproponować ostateczną cenę niższą od obowiązującej w realizowanej umowie. Stawki zaproponowane w ofercie dodatkowej były najniższe, jakie była w stanie ustalić i najbardziej odpowiadały ostatecznej cenie uzyskanej w aukcji elektronicznej. Ceny jednostkowe zostały zaokrąglone do pełnych złotych lub 50 groszy ponieważ Trans-Jan w większości umów stosowała takie zaokrąglenia gdyż ułatwiają one rozliczanie usług.
- (74) Trans-Jan zwróciła uwagę, że nie miała możliwości „ustalić postąpienia z Soltur” ponieważ postąpienia w aukcji elektronicznej składane były w odstępach średnio 1-5 sekund w stosunku do postąpień Soltur. W tak krótkim czasie nie miała możliwości fizycznej ustalenia wspólnie kolejnego postąpienia oraz złożenia go wraz z podpisaniem za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego.
- (75) Dalej strona podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w toku postępowania, zgodnie z którym zbliżone (ale nie identyczne) ceny jednostkowe zaproponowane przez nią oraz Soltur wynikały z faktu wcześniejszej realizacji umowy w ramach konsorcjum, a w konsekwencji z poznania specyfiki świadczenia usług transportowych dla kopalni. Ponadto zdaniem Trans-Jan nie może ona ponosić odpowiedzialności za zaniechania zamawiającego - KHW S.A., który powinien przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w takim czasie, aby po zakończeniu umowy zawrzeć umowę z nowym wykonawcą wyłonionym w trakcie postępowania.
- (76) Trans-Jan zaznaczyła, że nie posiadała wiedzy i doświadczenia, wskazującego na to, że w przypadku unieważnienia przetargu KHW S.A. udzieli zamówienia z wolnej ręki wykonawcy świadczącemu dotychczas przedmiotowe usługi, tj. konsorcjum z jego udziałem. Zdaniem Trans-Jan zamawiający mógł udzielić zamówienia krótkoterminowego w innym trybie przewidzianym w *Regulaminie Udzielania Zamówień*, w szczególności w trybie zapytania ofertowego.
- (77) Zarazem Trans-Jan podkreśliła, że prowadzi działalność gospodarczą od 1991 r. Celem spółki jest świadczenie usług długoterminowych, wieloletnich, a unieważnienie przetargu i zawarcie umowy krótkoterminowej nie stanowi dla niej korzyści. Zamówienia krótkoterminowe rodzą więcej problemów niż korzyści. Umowy krótkoterminowe uniemożliwiają racjonalne gospodarowanie posiadanym sprzętem i zatrudnionymi pracownikami.



- (78) Trans-Jan nie zgodziła się z zaprezentowanym przez Prezesa Urzędu w SUZ ujęciem rynku właściwego w ujęciu produktowym. W jej ocenie rynek transportu drogowego o wymiarze krajowym jest pojęciem zbyt szerokim w stosunku do sytuacji analizowanej w toku przedmiotowego postępowania. Trans-Jan świadczyła usługi wyłącznie na terenie zakładu górniczego KWK Murcki-Staszic i samochody rzadko wyjeżdżały poza teren kopalni. Poza siedzibą kopalni usługi transportu towarów świadczone były w ograniczonym zakresie i miały charakter lokalny.
- (79) Podsumowując swoje stanowisko Trans-Jan stwierdziła, że Prezes Urzędu nie udowodnił, że w przedmiotowej sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego oraz nie zgodziła się z wysokością ewentualnej kary proponowanej przez Prezesa Urzędu na poziomie 1-3 % obrotu spółki.
- (80) Soltur odnosząc się do SUZ w piśmie z 7 maja 2019 r. wskazała, że nie wykonuje już żadnych usług transportowych i zaprzestała prowadzenia działalności.
- (81) Soltur podniosła, że postąpienia w aukcji elektronicznej w przetargu nr ZP/005/2015 w wysokości 10.000 zł były zgodne ze SIWZ. Ponadto ceny w ofertach składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu są zawsze zdecydowanie wyższe od cen proponowanych przez wykonawców na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Nie tylko Soltur w trakcie aukcji elektronicznej znacząco obniżyła cenę za usługę. Postąpił tak też inny licytujący, tj. ten który w licytacji dał trzecią najniższą cenę.
- (82) Soltur zakończyła udział w aukcji z ceną niższą od ceny ww. licytującego tylko o 6.666,35 zł. Licytujący ten mógł zatem wykonać kolejne postąpienie, lecz tego nie zrobił gdyż prawdopodobnie była to jego minimalna cena.
- (83) Strona podkreśliła, że zamawiający w aukcji sam stworzył ryzyko złożenia takich samych ofert przez jej uczestników. Po unieważnieniu przetargu nr ZP/005/2016 zamawiający mógł wystąpić zapytanie ofertowe do przedsiębiorców, którzy zgłosili się do tego zamówienia i wybrać najkorzystniejszą ofertę. Mógł również przystąpić do negocjacji cenowych z dotychczasowym wykonawcą.
- (84) Zamiarem Soltur nie było doprowadzenie do unieważnienia przetargu, lecz wylicytowanie maksymalnie korzystnej ceny. Soltur zwróciła uwagę, że w trakcie aukcji postąpienia następowały co kilka sekund więc „nie było możliwe sprawdzenie czyja to oferta oraz ustalenie kolejnego postąpienia”.
- (85) Odnosząc się do podniesionego w SUZ argumentu, że Soltur posiadała wiedzę i doświadczenie związane z uczestnictwem w unieważnionym przetargu ZP/040/2013 pozwalające na wyprowadzenie wniosku, iż zamawiający w sytuacji, gdy otrzyma oferty dodatkowe z taką samą ceną, umorzy postępowanie, Soltur stwierdziła, że nie ma wiedzy jak zakończyło się to postępowanie.
- (86) W ocenie Soltur Prezes Urzędu nie udowodnił, że między nią i Trans-Jan istniała jakakolwiek zmowa.



Określenie zarzutu

- (87) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia na krajowym rynku transportu drogowego towarów porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgodnieniu warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez KHW S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” nr ZP/005/2016. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

Interes publiczny

- (88) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego), a Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym; jest konkretyzowany w każdej sprawie.
- (89) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert przetargowych oraz zachowań w toku przetargu mogą powodować podwyższenie poziomu cen przedmiotu zamówienia oraz ograniczyć zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zmowy przetargowe mogą zniweczyć cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.
- (90) Z powyższych względów w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istnieją podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań Soltur i Trans-Jan w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Rynek właściwy



- (91) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym, który powinien zostać zdefiniowany w sprawie. Należy mieć przy tym na uwadze, że porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części niniejszej decyzji).
- (92) Ustawowe wyłączenie zastosowania przepisu art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy) oznacza, że dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w postaci zmowy przetargowej nie jest konieczna precyzyjna delimitacja rynku właściwego w sprawie oraz analiza udziałów rynkowych uczestników porozumienia. Przy analizie niniejszej sprawy, szersza bądź węższa definicja rynku właściwego nie będzie zatem miała istotnego znaczenia.
- (93) 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.
- (94) Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika, że rynek właściwy określa się w ujęciu produktowym (przedmiotowym) i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Określenie wymiaru geograficznego polega na wskazaniu 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) i geograficznego.
- (95) W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zawarte zostało niedozwolone porozumienie jest rynek transportu drogowego towarów. Za takim określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie tych usług oraz ich właściwości.
- (96) Podstawową cechą transportu drogowego jest szybkość i elastyczność wynikające z dużej dostępności infrastruktury - gęstej i spójnej sieci dróg transportowych. Zarazem



jest to podstawowa wada pozostałych rodzajów transportu. W przypadku transportu drogowego, w większości przypadków, dostawa towaru jest wykonywana z miejsca nadania bezpośrednio do miejsca odbioru bez konieczności realizacji czasochłonnych czynności przetadunkowych⁴.

- (97) Spośród innych rodzajów transportu, transport drogowy wyróżniają:
- korzystne dostosowanie sieci dróg do rozmieszczenia rynków zaopatrzenia i zbytu,
 - duża szybkość (szczególnie na krótkich i średnich odległościach) oraz elastyczność przewozu, wynikająca z dużej dostępności infrastruktury, co umożliwi dostawę towaru z miejsca nadania do miejsca przeznaczenia bez konieczności realizacji czynności przetadunkowych,
 - rozwój infrastruktury drogowej
a także
 - dyspozycyjność taboru oraz duża elastyczność w relacjach z klientem,
 - terminowość i punktualność wykonywania przewozów,
 - wysoka operatywność usługowa polegająca na dostępności dużej liczby taboru o pełnej specjalizacji.
- (98) W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługami transportowymi wykonywanymi samochodami dostawczymi i ciężarowymi dla spółki węglowej (przedsiębiorcy prowadzącego działalność polegającą na wydobywaniu węgla kamiennego) - KHW S.A.
- (99) Usługi związane z przewozem towarów świadczonych na rzecz spółek węglowych obejmują przewóz materiałów sypkich, części maszyn i urządzeń górniczych, materiałów wsadowych wewnątrz zakładu pracy i pomiędzy zakładem głównym a szybami kopalni zlokalizowanymi na terenie miasta. Są to też przewozy materiałów z magazynów kopalni na place załadownicze, przewozy urobku ze zwalowisk głównych węgla na składowiska rezerwowe z podziałem na klasy węgla oraz przewozy części zamiennych i maszyn górniczych do zakładów remontowych.
- (100) Duża część przewozów dla spółek węglowych to przewozy wewnątrzzakładowe i pomiędzy szybami kopalni. Przewozy mają zapewnić terminowe dostarczanie wszelkich materiałów, zarówno dla robót przygotowawczych, wydobywczych, jak i związanych z odbiorem wydobywania celem utrzymania ciągłości ruchu zakładu górniczego. Spółki węglowe korzystają również z usług transportowych, np. przewozu węgla, kruszyw, innych materiałów, wykraczającym poza ich własny teren.
- (101) Świadczone dla spółek węglowych usługi drogowego transportu towarów samochodami dostawczymi lub ciężarowymi, w żaden istotny sposób nie różnią się od usług transportu towarów wykonywanych dla innych podmiotów, w tym przedsiębiorców nie prowadzących działalności polegającej na wydobywaniu węgla kamiennego. Nie ma zatem podstaw, aby rynek produktowy zawęzić wyłącznie do tej grupy odbiorców usług.

⁴ Stajniak M. i in., 2008 *Transport i spedycja*. Instytut Logistyki i Magazynowania, Poznań, s. 14-15.



- (102) Analizując okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek transportu drogowego towarów ma wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na omawianym rynku istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na terenie Polski. Na obszarze całego kraju przedsiębiorcy mają co do zasady jednolite warunki konkurowania.
- (103) Jednocześnie nie wydaje się, aby rynek miał wymiar szerszy niż krajowy. Wskazuje na to w szczególności okoliczność, że w przedmiotowym przetargu, a także w przetargach na transport towarów organizowanych przez inne spółki węglowe nie wzięło udziału przedsiębiorca spoza terytorium Polski, pomimo zamieszczania ogłoszeń o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
- (104) Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał, że rynkiem na którym doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest krajowy rynek transportu drogowego towarów.
- (105) Analizując sprawę dodatkowo należy mieć na uwadze, że jej przedmiotem jest horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie porozumienia są zawsze zabronione i nie podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ww. ustawy, z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności (art. 7 ust. 3 ww. ustawy). Z tego względu szczególnie dokładna definicja rynku, a także analiza jego struktury, stanu konkurencji, czy udziału uczestników porozumienia w rynku nie jest konieczna.
- (106) Takie podejście jest zgodne z orzecznictwem unijnym, w którym wyraźnie różnicuje się znaczenie definiowania rynku właściwego w sprawach nadużywania pozycji dominującej i porozumień ograniczających konkurencję. W przypadku nadużycia pozycji dominującej zdefiniowanie rynku właściwego jest pierwszym, niezbędnym krokiem dla oceny ewentualnych naruszeń prawa antymonopolowego. Nie jest bowiem możliwe ustalenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą bez wcześniejszego zdefiniowania rynku właściwego. Z kolei w przypadku porozumień ograniczających konkurencję celem zdefiniowania rynku właściwego jest jedynie zbadanie tego, czy porozumienie może wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE i czy jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób⁵.

⁵ Taki pogląd został wyrażony w wyrokach Sądu I Instancji UE w sprawie T-62/98 Volkswagen AG przeciwko Komisji, pkt 230 oraz w sprawie T-29/92 SPO i inni przeciwko Komisji, pkt 74. *"Jeśli chodzi o zakres obowiązku Komisji zdefiniowania rynku właściwego przed stwierdzeniem naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji, należy zauważyć, że podejście do definiowania właściwego rynku różni się w zależności od tego, czy stosowany jest art. 85 czy art. 86 (obecnie art. 82 Traktatu WE). W przypadku art. 86 właściwa definicja rynku właściwego jest niezbędnym, wstępnym warunkiem dla jakiegokolwiek orzeczenia o rzekomo antykonkurencyjnym zachowaniu, ponieważ przed stwierdzeniem nadużycia pozycji dominującej konieczne jest ustalenie istnienia pozycji dominującej na danym rynku, co wymaga uprzedniego zdefiniowania rynku. Z drugiej strony, w celu zastosowania art. 85, powód określenia rynku właściwego, jeżeli w ogóle należy go określić, to ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, a jego celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczenie lub zaktócenie konkurencji w ramach wspólnego rynku (sprawa T-29/92 SPO i in. przeciwko Komisji [1995] ECR II-289, paragraf 74). W konsekwencji Komisja ma obowiązek zdefiniowania rynku w decyzji wydanej na podstawie art. 85 Traktatu,*



(107) Przy okazji rozważań dotyczących rynku właściwego Prezes Urzędu dokonał analizy porozumienia w kontekście możliwości wywierania przez nie wpływu transgranicznego. Ustalenie istnienia takiego wpływu uzasadniałoby zastosowanie, obok prawa krajowego, prawa unijnego. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 4 stycznia 2003 r. nr L 1) w celu zapewnienia skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji wynikających z TFUE organy ochrony konkurencji oraz sądy państw członkowskich UE zostały zobowiązane do stosowania art. 101 TFUE w sytuacji, gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE. W ocenie Prezesa Urzędu analizowane porozumienie nie spełniało przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi UE. Taka ocena uwzględnia takie czynniki jak charakter porozumienia, charakter produktów nim objętych oraz pozycję i znaczenie uczestników porozumienia. Jeżeli chodzi o charakter porozumienia, to Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że zachowanie stron niniejszego postępowania objęte zarzutem nie utrudniało przedsiębiorcom spoza Polski dostępu do rynku krajowego. Odnośnie do charakteru usług, tj. transportu drogowego towarów, uwzględniono, że obiorcą tych usług w okolicznościach sprawy była spółka węglowa, a większość usług była świadczona na terenie kopalni poza drogami publicznymi. Ze względów praktycznych jest zatem mało prawdopodobne, aby zamawiający przedmiotowe usługi zdecydował się na skorzystanie z usług przedsiębiorców mających swoje bazy poza terytorium Polski. Takie spostrzeżenie po stronie podaźowej potwierdza brak udziału w analizowanym przetargu przedsiębiorców spoza Polski. Prezes Urzędu uwzględnił także pozycję rynkową uczestników porozumienia i to, że żaden z nich nie jest znaczącym przedsiębiorcą na rynku transportu drogowego.

„Zmowa przetargowa” - definicja

(108) 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. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są zmwami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

- 1) zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,
- 2) celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,

jeżeli bez takiej definicji nie jest możliwe ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorców lub uzgodniona praktyka może wpływać na handel między państwami członkowskimi, a jej celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji w ramach wspólnego rynku (potączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 European Night Services i in. Przeciwno Komisji [1998] ECR II-3141, pkt 93-95 i 105)."



3) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

(109) Należy przy tym wyjaśnić, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona zmowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zawiązujących się, prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie „*przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania (...) lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się*”⁶. Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej w razie uzgodnienia co do nieuczestniczenia określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum⁷.

Status przedsiębiorców

(110) Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r., poz. 646 z późn. zm.). W myśl art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Działalność gospodarcza to zgodnie z art. 3 ww. ustawy zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje działalność gospodarczą.

(111) Strony niniejszego postępowania antymonopolowego jako spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzą działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo przedsiębiorców. W konsekwencji są one 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.

Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

⁶ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 6/09

⁷ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15



- (112) 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 konkurencji polegające 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.
- (113) Zmowy przetargowe mają na celu uzyskanie przez będących w porozumieniu wykonawców określonych zleceń oraz zapewnienia sobie większych zysków, niż w stanie skutecznej konkurencji. Strony porozumienia – zazwyczaj wykonawcy – dopuszczają się określonej manipulacji składanymi ofertami, tak aby osiągnąć pożądany wynik przetargu.
- (114) Formy porozumień definiuje art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznając za porozumienia:
- 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.
- (115) Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty.
- (116) Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem 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 konkurencji⁸.
- (117) Wprawdzie, w przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu, nie dysponuje bezpośrednimi dowodami zmowy w postaci sporządzonej na piśmie umowy, jednak dokonując oceny zachowania przedsiębiorców, na podstawie zgromadzonych dowodów pośrednich, za całkowicie uprawniony i logicznie uzasadniony Prezes Urzędu uznał wniosek, że zachowanie uczestników postępowania w analizowanym postępowaniu przetargowym nie miało cech przypadkowości, lecz wskazuje na uzgodnienie, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Warto przy tym zwrócić uwagę na pogląd reprezentowany w orzecznictwie⁹, że: „(...) wykazanie istnienia

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04

⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 17 kwietnia 2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 października 2011 r. sygn. akt XVII Ama 204/09



zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia umowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”. Przyniesione wyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

(118) W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE wielokrotnie wyrażany był natomiast pogląd o tym, że skoro zakaz udziału w antykonkurencyjnych porozumieniach oraz sankcje, które grożą podmiotom naruszającym prawo, są powszechnie znane, to normalne jest, iż działania, które te porozumienia obejmują takie jak spotkania odbywają się potajemnie, a dokumentacja z nimi związana jest ograniczona do minimum. Nawet jeżeli zostaną wykryte dokumenty świadczące o bezprawnym działaniu przedsiębiorców, to będą one zazwyczaj jedynie fragmentaryczne i odosobnione, i dlatego często będzie konieczna rekonstrukcja niektórych elementów w drodze dedukcji. W większości przypadków istnienie niedozwolonego porozumienia musi być wywnioskowane na podstawie szeregu zbieżnych okoliczności oraz przesłanek, które rozpatrywane łącznie mogą stanowić, w braku innego możliwego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji¹⁰.

(119) W niniejszej sprawie na zawarcie przez Soltur i Trans-Jan porozumienia ograniczającego konkurencję wskazują następujące fakty:

- 1) w trakcie aukcji elektronicznej, przeprowadzonej w maju 2016 r. w toku przetargu nr ZP/005/2016, w końcowej fazie aukcji, gdy oprócz Soltur i Trans-Jan pozostał w niej tylko jeden inny wykonawca, Soltur i Trans-Jan dawały postąpienia wynoszące 10 tys. zł, w wyniku których osiągały „remis” w aukcji,
- 2) obaj przedsiębiorcy zaprzestali dawania w toku ww. aukcji kolejnych postąpień tuż po ostatnim postąpieniu trzeciego wykonawcy składając identyczne oferty z ceną wynoszącą 5.700.000 zł brutto, które otrzymały 100 punktów od zamawiającego, co oznaczało, że były najkorzystniejszymi ofertami w aukcji,

¹⁰ wyrok w sprawie Knauf Gips KG przeciwko Komisji, C-407/08 P, pkt 49, wyrok w sprawach połączonych Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 55-57



- 3) w ofertach pisemnych Soltur i Trans-Jan, złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu stawki jednostkowe zł/godz. jazdy były zróżnicowane, a różnice te wynosiły od 2 zł do 14 zł, w ofertach dodatkowych ceny te były identyczne lub różniły się jedynie o 50 groszy,
 - 4) w ofertach dodatkowych Soltur i Trans-Jan stawki jednostkowe zł/godz. jazdy w 5 z 9 pozycji były jednakowe, a w przypadku 4 pozycji - o takiej samej ilości godzin - jazdy różniły się o 50 groszy, cena Trans-Jan w tych pozycjach była dwukrotnie niższa i dwukrotnie wyższa od ceny Soltur o 50 groszy, co, po przeliczeniu przy identycznych stawkach jednostkowych zł/godz. do dyspozycji i stawkach zł/km dawało taką samą wartość zł netto ofert obu wykonawców,
 - 5) cena w ofertach dodatkowych Soltur i Trans-Jan złożonych w tym przetargu była identyczna i wynosiła 5.699.982,36 zł brutto (4.634.132,00 zł netto),
 - 6) konsorcjum tworzone przez Soltur i Trans-Jan, w związku z wyczerpaniem się zakresu finansowego umowy na usługi przewozu towarów dla KWK Murcki-Staszic zawartej w wyniku przetargu ZP/032/2013, uzyskało zamówienie z wolnej ręki, umowa nr 251600141 o wartości netto do [...] zł została zawarta 24 lutego 2016 r. na podstawie oferty konsorcjum z 18 lutego 2016 r., miało to miejsce po ogłoszeniu 12 lutego 2016 r. przetargu nr ZP/005/2016, a przed otwarciem ofert w tym przetargu wyznaczonym na 25 marca 2016 r.,
 - 7) konsorcjum tworzone przez Soltur i Trans-Jan, w związku z koniecznością unieważnienia przez zamawiającego przetargu nr ZP/005/2016, uzyskało kolejne dwa zamówienia z wolnej ręki jako dotychczasowy wykonawca dla KWK Murcki-Staszic usług objętych przedmiotem zamówienia (umowa nr 251600367 z 14 czerwca 2016 r. o wartości netto do [...] zł, umowa nr 251600700 z 21 października 2016 r. o wartości netto do [...] zł),
 - 8) umowy awaryjne zawarte zostały z konsorcjum z udziałem Soltur i Trans-Jan na warunkach określonych w umowie z 13 lutego 2014 r. zawartej w wyniku przetargu ZP/032/2013, umowa ta przewidywała korzystne dla konsorcjum stawki jednostkowe netto, w większości pozycji wyższe od stawek jednostkowych z ofert dodatkowych złożonych w ostatnim etapie przetargu nr ZP/005/2016, czyli stawek za które Soltur i Trans-Jan gotowe były, jak twierdzą, realizować zamówienie dla KWK Murcki-Staszic,
 - 9) doświadczenie Soltur z udziału w przetargu nr ZP/040/2013 na świadczenie usług związanych z przewozem towarów w KHW S.A. KWK Wujek, który z powodu złożenia przez wykonawców ofert dodatkowych z taką samą ceną został unieważniony przez zamawiającego, co doprowadziło do przedłużenia przez KHW S.A. terminu obowiązywania umowy z dotychczasowym wykonawcą usług objętych przedmiotem tego przetargu.
- (120) Dodatkowo należy wskazać, że przedsiębiorcy, którym postawiono zarzut w niniejszym postępowaniu znali się i współpracowali ze sobą w przeszłości. Z dokonanych ustaleń wynika, że w ramach konsorcjów wykonywali usługi transportowe dla kopalń KHW S.A.,



w tym w latach 2014-2016 świadczyli usługi związane z przewozem towarów dla KWK Murcki-Staszic. Soltur i Trans-Jan łączyły zatem kontakty biznesowe i osobowe, które mogły być wykorzystywane również w związku z uczestnictwem w przetargu nr ZP/005/2016.

- (121) Zachowanie stron niniejszego postępowania w toku przetargu nr ZP/005/2016 prowadzi do wniosku, że współpracowały ze sobą. Soltur i Trans-Jan w końcowej fazie aukcji, nie przebijają swoich ofert, tylko wyrównywały wynik, a walka o zamówienie toczyła się między nimi a trzecim wykonawcą (tylko jego ofertę przebijali). I Soltur, i Trans-Jan zaprzestały dawania kolejnych postąpień wtedy, gdy swój udział w aukcji zakończył trzeci wykonawca. Będąc w stanie „remisu” i mając świadomość, że jeżeli ten stan rzeczy utrzyma się, to dojdzie do unieważnienia przetargu, ani Soltur, ani Trans-Jan nie zdecydowały się na kolejne postąpienie. W okolicznościach sprawy uwagę zwraca również to, że w pierwszych ofertach w przetargu ceny jednostkowe oferowane przez Soltur i Trans-Jan znacznie się od siebie różniły (nawet o kilkanaście złotych), a w ofertach dodatkowych złożonych po aukcji elektronicznej, różniły się od siebie jedynie o 50 groszy i to w 4 z 9 pozycji, do tego w taki sposób, że cena Soltur była dwukrotnie wyższa o 50 groszy i dwukrotnie niższa o 50 groszy od ceny Trans-Jan. Analiza stawek jednostkowych z ww. ofert dodatkowych Soltur i Trans-Jan wskazuje, że spółki ustaliły je w identycznej wysokości lub zróżnicowały o 50 groszy tak, aby różnice w stawkach jednostkowych zrównoważyły się i aby w efekcie uzyskać w obu ofertach identyczną cenę za wykonanie całego zamówienia.
- (122) Soltur w odpowiedzi na postawiony zarzut podniosła, że cena z oferty dodatkowej, tj. 5.699.982,36 zł brutto (4.634.132 zł netto) jest kwotą, która w rozbiciu na poszczególne pozycje najbliższej odpowiada cenie uzyskanej w aukcji, tj. 5.700.000 zł brutto. Podwyższenie stawki jednostkowej w ofercie o 1 grosz doprowadziłoby do przekroczenia oferty złożonej w ramach aukcji elektronicznej, co skutkowałoby odrzuceniem oferty.
- (123) Wbrew twierdzeniom spółki upust od ceny wylicytowanej w aukcji w wysokości 17,64 zł brutto nie jest najmniejszym z możliwych. Można dobrać ceny jednostkowe tak, aby uzyskać upust mniejszy od 17,64 zł brutto. Np. zwiększając cenę jednostkową przewozu drobnych elementów i komisji z oferty dodatkowej Soltur o 1 grosz (do 10,01 zł netto) oraz zmniejszając cenę przewozu długich i materiałów masowych o 1 grosz (do 47,99 zł) otrzymamy cenę wyższą o 10,08 zł netto (4.634.142,08 zł netto), czyli 12,40 zł brutto. Wówczas upust od ceny z aukcji wyniósłby 5,24 zł, czyli byłby mniejszy niż 17,64 zł. Ponadto Soltur oferując i wykonując usługi przewozu towarów dla KHW S.A. wcześniej stosował ceny jednostkowe z końcówkami wynoszącymi kilka groszy. W przedmiotowym przetargu nie zdecydował się jednak na takie rozwiązanie.
- (124) W okolicznościach sprawy istotne są konsekwencje unieważnienia przetargu nr ZP/005/2016. Strony niniejszego postępowania wiedziały, że kopalnia KWK Murcki-Staszic musi mieć zapewnione usługi przewozu towarów oraz, że w sytuacjach tego wymagających zamówienie takie zostanie udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy usług. *Regulamin udzielania zamówień nie objętych*



obowiązkiem stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych* obowiązujący w KHW S.A. przewidywał takie rozwiązanie, a Soltur uczestniczyła już w przetargu na świadczenie usług związanych z przewozem towarów w KHW S.A., który został unieważniony, co doprowadziło do przedłużenia przez KHW S.A. terminu obowiązywania umowy z dotychczasowym wykonawcą usług objętych przedmiotem tego przetargu. Ponadto tuż po ogłoszeniu przetargu, w związku z wyczerpaniem się zakresu finansowego dotychczasowej umowy na usługi przewozu dla KWK Murcki-Staszic łączącej KHW S.A. z konsorcjum Soltur (lider) i Trans-Jan, KHW S.A. udzieliło dotychczasowemu wykonawcy, czyli ww. konsorcjum, zamówienia z wolnej ręki. Wartość umowy netto wynosiła do [...] zł. Umowa ta obowiązywała do czasu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego nr ZP/005/2016.

- (125) Oczywistym zatem było, że unieważnienie przetargu zmusi KHW S.A. do udzielenia kolejnego zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy usług, i tak aż do wyłonienia wykonawcy usług przewozu towarów w drodze nowego przetargu. I tak też się stało - KHW S.A. zawarło z konsorcjum Soltur - Trans-Jan dwie, kolejne krótkoterminowe umowy na warunkach określonych w umowie z 2014 r., a zatem z uwzględnieniem stawek jednostkowych na poszczególne usługi przewidzianych w tej umowie, które w znacznej części były wyższe od stawek jednostkowych zawartych w ofertach dodatkowych Soltur i Trans-Jan złożonych w przetargu nr ZP/005/2016. Doprowadzając do unieważnienia postępowania strony niniejszego postępowania utrzymały zatem *status quo* i mogły wykonywać usługi przewozu towarów dla KWK Murcki-Staszic na korzystnych dla nich warunkach.
- (126) Trans-Jan w odpowiedzi na postawiony zarzut podniosła, że nie wiedziała i nie mogła wiedzieć, jak zachowa się zamawiający w przypadku ewentualnego unieważnienia przetargu. W toku postępowania ustalono jednak, że KHW S.A. w sytuacji, wyczerpania się zakresu finansowego umowy, w ramach której realizowano usługi, lub gdy przetarg na udzielenie zamówienia na określone usługi został unieważniony, a zachodziła potrzeba zapewnienia tych usług, zawierał umowę w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki) z wykonawcą świadczącym dotychczas wymienione usługi. Zasady udzielania zamówień awaryjnych opisane były w *Regulaminie udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych*, który był ogólnie dostępny na stronie internetowej KHW S.A. Poza tym, o czym była mowa powyżej, KHW S.A. jeszcze przed otwarciem ofert w przetargu ZP/005/2016 udzieliło dotychczasowemu wykonawcy, czyli konsorcjum Soltur - Trans-Jan, zamówienia z wolnej ręki na usługi transportowe dla KWK Murcki-Staszic. Soltur i Trans-Jan mogły zatem liczyć, że do ogłoszenia nowego przetargu i wyłonienia w jego wyniku wykonawcy usług transportowych dla KWK Murcki-Staszic, to właśnie tworzone przez nie konsorcjum, będzie realizować te usługi. Ponadto Soltur wiedzę o tym, że taki przebieg zdarzeń jest jak najbardziej realny, wyniosła z przetargu nr ZP/040/2013 na świadczenie usług przewozu towarów dla KHW S.A. KWK Wujek. W przetargu tym odbyła się aukcja elektroniczna, w której dwóch wykonawców zaoferowało taką samą najniższą cenę, a następnie oferty dodatkowe z taką samą ceną. Przetarg został



unieważniony, a realizację usług KHW S.A. powierzyło ich dotychczasowemu wykonawcy.

- (127) Soltur stwierdziła, że gdyby ona i Trans-Jan miały wolę kontynuować współpracę w zakresie usług transportowych na rzecz KWK Murcki-Staszic mogły zgłosić się do udziału w przetargu nr ZP/005/2016 jako konsorcjum, który to przetarg wygrałyby już na etapie aukcji elektronicznej (oferty Soltur i Trans-Jan były korzystniejsze niż oferty pozostałych wykonawców). Po co zatem spółki miałyby zadawać sobie trud zawierania porozumienia, które mogłoby zostać uznane za antykonkurencyjne, skoro ten sam efekt mogły osiągnąć po prostu kontynuując współpracę w ramach konsorcjum.
- (128) Odnosząc się do tej wypowiedzi w pierwszej kolejności należy podnieść, że również konsorcja, podobnie jak inne formy umownej kooperacji między przedsiębiorcami, stanowią porozumienia, których cele i skutki mogą być oceniane w aspekcie ograniczenia konkurencji. Zawarcie konsorcjum może stanowić naruszenie prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy w rzeczywistości są w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, dojdzie do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego (ograniczenie liczby uczestników przetargu, a tym samym realnego wyboru korzystniejszej oferty przez zamawiającego).
- (129) Ponadto, wbrew twierdzeniom spółki jej zachowanie i zachowanie Trans-Jan należy uznać za jak najbardziej racjonalne. Złożenie dwóch ofert dawało możliwość kontrolowania przebiegu aukcji elektronicznej, unieważnienia przetargu i uzyskania zamówienia z wolnej ręki. W przypadku złożenia przez nie wspólnej oferty w ramach konsorcjum istniało ryzyko, że inny wykonawca ją przebije i to z nim KHW S.A. podpisze umowę.
- (130) Rezygnację z konkurowania między sobą w toku aukcji elektronicznej i przebijanie w jej końcowej fazie jedynie oferty trzeciego wykonawcy dopóty, dopóki brał on czynny udział w aukcji, fakt zakończenia udziału w aukcji z taką samą ceną (będącą jednocześnie ceną najniższą), a następnie, złożenie ofert dodatkowych również z identyczną ceną, trudno wytłumaczyć inaczej aniżeli ścisłą współpracą Soltur i Trans-Jan obliczoną na uzyskanie efektu w postaci unieważnienia przetargu i doprowadzenie do zawarcia umów w trybie zamówienia z wolnej ręki na korzystnych warunkach z konsorcjum stworzonym przez te spółki.
- (131) Łączna ocena opisanych powyżej okoliczności prowadzi do wniosku, że zachowanie Soltur i Trans-Jan w przetargu nr ZP/005/2016 było wynikiem uzgodnienia spełniającego definicję porozumienia w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zaś celem tego porozumienia było ograniczenie konkurencji.

Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia



- (132) Zgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.
- (133) Z powyższego przepisu wynika, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, zaś efekt w postaci ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.
- (134) Zebrane dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom, wpływając na przebieg i wynik postępowania przetargowego, uzyskali możliwość wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia w przetargu nr ZP/005/2016 na warunkach, na których dotychczas je wykonywali (jako zwycięzcy poprzedniego przetargu nr ZP/032/2013). Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Zaniechanie stosowania praktyki

- (135) Praktyka będąca przedmiotem zarzutu postawionego przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu polegała na uzgodnieniu przez Soltur i Trans-Jan w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków składanych ofert. Co do zasady działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone do momentu ich złożenia, natomiast inne uzgodnione zachowania przedsiębiorców mające wpływ na przebieg i wynik postępowania mogą mieć miejsce także w okresie, w którym zamawiający dokonuje oceny i wyboru którejs z ofert złożonych przez wykonawców. Działania przedsiębiorców mogą być ukierunkowane na doprowadzenie zamawiającego do wyboru oferty jednego z nich, albo, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, na unieważnienie przetargu, w następstwie którego zamawiający, do czasu przeprowadzenia nowego przetargu na określone usługi, będzie musiał zapewnić sobie ich realizację zawierając z przedsiębiorcami umowę w innym trybie.
- (136) Za dzień zaniechania praktyki należy zatem uznać moment, w którym przedsiębiorcy osiągnęli cel porozumienia, to jest dzień w którym w wyniku uzgodnionych działań zawarli umowę z zamawiającym. W okolicznościach sprawy celem Soltur i Trans-Jan było zapewnienie sobie możliwości realizowania usług przewozu towarów dla KWK Murcki-Staszic po wyczerpaniu się zakresu finansowego umowy zawartej przez te spółki z KHW S.A. 13 lutego 2014 r., na warunkach określonych w tej umowie, przez kolejne miesiące. Cel ten udało się osiągnąć dzięki doprowadzeniu do unieważnienia przetargu nr ZP/005/2016 i zawarciu 14 czerwca 2016 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki



umowy nr 251600367. Zasadne jest zatem przyjęcie, że praktyka, o której mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji została zaniechana z dniem 14 czerwca 2016 r.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

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

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

(138) Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar 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, spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Wniosek Trans-Jan o wydanie decyzji zobowiązującej

- (139) Odnosząc się do wniosku Trans-Jan dotyczącego wydania w tej sprawie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 ustawy, której celem miałyby być usunięcie skutków porozumienia poprzez działania zaproponowane przez spółkę, Prezes Urzędu uznał za nieuzasadnione uwzględnienie powyższego wniosku. Mianowicie w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 12 ust. 1 zd. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą do wszczęcia postępowania z urzędu, że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 powołanej ustawy, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.
- (140) Należy wskazać, że celem wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów regulacji o jakiej mowa w art. 12 było, w przypadku uprawdopodobnienia określonej praktyki, doprowadzenie do szybkiego wyeliminowania nadużyć na rynku, czyli wycofania się przedsiębiorców ze stosowanej praktyki. Przesłankami pomocnymi do oceny zasadności wydania decyzji na podstawie art. 12 ww. ustawy jest przede wszystkim przesłanka ekonomiki postępowania jako okoliczność przemawiająca za lub przeciwko akceptacji propozycji zobowiązań przedłożonych jej przez przedsiębiorców. Im bardziej akceptacja zobowiązań umożliwi organowi zaoszczędzenie nakładów finansowych, czasu oraz pracy, tym większe jest prawdopodobieństwo przyjęcia tych zobowiązań oraz polubownego zakończenia postępowania. Podobne spojrzenie zawarte jest również w przewodniku Komisji Europejskiej dotyczącym stosowania art. 9 rozporządzenia nr 1/2003: Commitments decisions¹¹.
- (141) W doktrynie podkreśla się, że aby skutecznie zastosować przepis art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, konieczne jest, aby praktyka była na „*etapie*” uprawdopodobnienia, a nie udowodnienia. Gdy organ już jednoznacznie udowodni stosowanie praktyki, wówczas przyjęcie zobowiązań jest niemożliwe¹². Nawet w przypadku, gdy wszystkie przesłanki z art. 12 ustawy są spełnione, to do uznania organu należy decyzja o ewentualnym zastosowaniu tego przepisu¹³. Propozycje zobowiązań

¹¹ K. Kohutek, M. Sieradzka: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, 2008, str. 435.

¹² C. Banasiński, E. Piątek (pod red.): *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa, 2009, str. 310.

¹³ Ibidem, str. 314.



przedsiębiorcy nie są wiążące dla Prezesa Urzędu, a przyjęcie przeciwnego założenia mogłoby kolidować z należytą realizacją celów ustawy¹⁴.

- (142) Należy wskazać, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte w 23 stycznia 2018 r. Z kolei Postanowieniem nr 2 z tego samego dnia oraz Postanowieniem nr 3 z 23 marca 2018 r. zaliczono w poczet materiału dowodowego informacje i dokumenty zebrane w postępowaniu wyjaśniającym w tej sprawie, w zakresie wskazanym w tym postanowieniach, świadczące o zawarciu porozumienia. Dlatego też złożenie wniosku o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie skróciło w zasadniczy sposób czasu trwania tego postępowania, nie ograniczyło pracy Prezesowi Urzędu oraz nie zmniejszyło jego kosztów, czyli nie wpłynęło na skuteczność pracy tego organu.
- (143) Zarazem podkreślenia wymaga, że zmowy przetargowe w szczególności pomiędzy konkurentami na rynku uznawane są za jedno z najpoważniejszych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Nie stosuje się do nich wyłączenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (144) Tymczasem Trans-Jan zadeklarowała, że powstrzyma się od uczestnictwa w przetargach organizowanych przez KHW S.A. lub PGG S.A. na usługi związane z przewozem towarów, powstrzyma się od współuczestnictwa w przetargach w ramach konsorcjum z Soltur, nie będzie kontaktować się z Soltur lub innymi podmiotami po otwarciu ofert w przetargach, w których weźmie udział oraz, że będzie przedkładać Prezesowi Urzędu pisemne informacje o fakcie uczestnictwa w przetargach opartych na Prawie zamówień publicznych. Zauważyć należy, że treść tych zobowiązań nie przystaje do zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję. Zobowiązania te nie usuwają antykonkurencyjnych skutków zmowy przetargowej, które w okolicznościach niniejszej sprawy dokonały się.
- (145) Z zebranego materiału dowodowego wynika, że w opisanym przetargu ZP/005/2016 Soltur i Trans-Jan zawarły porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu warunków złożonych w nim ofert, którego celem było zapewnienie sobie możliwości realizowania usług przewozu towarów dla KWK Murcki-Staszic po wyczerpaniu się zakresu finansowego umowy zawartej przez te spółki z KHW S.A. 13 lutego 2014 r., na warunkach określonych w tej umowie, przez kolejne miesiące, co udało się osiągnąć dzięki doprowadzeniu do unieważnienia ww. przetargu. Doszło zatem do bardzo poważnego naruszenia reguł konkurencji, którego skutki były odczuwalne zarówno przez zamawiającego, jak i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie w tym przetargu.
- (146) Biorąc pod uwagę powyższe, a w szczególności wagę stwierdzonego naruszenia, oraz oceniając stan faktyczny sprawy, Prezes Urzędu nie wydał w tej sprawie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁴ K. Kohutek, M. Sieradzka, op. cit, str. 436.



- (147) Konkludując powyższe należy wskazać, że całokształt przedstawionych powyżej faktów i ich ocena prawna wskazują na zawarcie przez Soltur i Trans-Jan zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stąd należało orzec jak w punkcie I sentencji.

KARA PIENIĘŻNA

- (148) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.
- (149) Treść art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzależnia dopuszczalność nałożenia kary pieniężnej za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję od spełnienia przesłanki choćby nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Kara pieniężna może zostać nałożona, gdy przedsiębiorca „*choćby nieumyślnie*” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować świadomość bezprawności zachowania.
- (150) Jednocześnie z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.
- (151) Jako zasadę w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przyjęto, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Pojęcie „*obrotu*” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a



także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.

- (152) Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnił w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (153) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem zarzutu postawionego stronom niniejszego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaklasyfikował jako naruszenie bardzo poważne, bowiem jest nim zмова przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję. W związku z taką klasyfikacją naruszenia za kwotę wyjściową będącą podstawą dla ustalenia wysokości kary w przypadku obu stron postępowania przyjęto 1,1% obrotu, co w przypadku Soltur daje kwotę 15.821,33 zł, a w przypadku Trans-Jan - kwotę 667.936,43 zł.
- (154) Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że rynek krajowy rynek transportu drogowego jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców, a także to, że porozumienie zostało faktycznie wprowadzone w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, a także negatywne skutki dla zamawiającego, któremu w wyniku zachowania Soltur i Trans-Jan objętego zarzutem w przetargu nr ZP/005/2016 nie udało się wyłonić wykonawcy usług przewozu towarów dla KWK Murcki-Staszic i musiał skorzystać z rozwiązania awaryjnego, aby zabezpieczyć te usługi dla kopalni.
- (155) W dalszej kolejności Prezes Urzędu rozważył udział obrotu ze sprzedaży usług objętych porozumieniem w całkowitym obrocie osiągniętym przez przedsiębiorców.
- (156) W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że skala przychodu ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem (praktyką) może być jednym z kryteriów oceny proporcjonalności wysokości kary¹⁵. *„Odwołanie się do przychodu ze sprzedaży towarów objętych przypisaną przedsiębiorcy praktyką służy dostarczeniu kryterium, za pomocą którego można weryfikować dodatkowo realną dolegliwość kary pieniężnej nałożonej nawet w dolnych granicach (...), w przypadku przedsiębiorców wielobranżowych, o szerokim spektrum działalności, gdy przypisana mu praktyka dotyczy tylko wąskiego wycinka prowadzonej działalności. Wówczas bowiem kara pieniężna wymierzona w wysokości niskiej procentowo lecz istotnej kwotowo może*

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2016 r., III SK 24/14



*być nadmiernie dolegliwa dla karanego przedsiębiorcy, nawet przy uwzględnieniu funkcji represyjnej i prewencyjnej kary pieniężnej oraz podstawowych okoliczności obciążających*¹⁶. Sąd Najwyższy wskazuje także, że funkcje kar pieniężnych i inne względy mogą przemawiać za zignorowaniem omawianej okoliczności¹⁷. Sąd Najwyższy podkreśla, że aby zrealizować swoje funkcje, kara pieniężna musi być odczuwalna, a niekiedy wręcz bardzo dotkliwa. Obliczanie kary jako ułamka obrotu osiągniętego z tytułu sprzedaży towarów objętych porozumieniem spowodowałoby, że z reguły nie będzie ona spełniała swoich funkcji oraz nie będzie realizowała przesłanki proporcjonalności sankcji, gdyż będzie w oderwaniu od potencjału ekonomicznego naruszcyciela¹⁸.

- (157) W przedmiotowej sprawie według oświadczenia Trans-Jan jej obrót związany ze świadczeniem usług transportu towarów na rynku krajowym w 2018 r. stanowił ok. [...] % przychodu. W odniesieniu do całego obrotu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę był on zatem niewielki. Pozostała część obrotu została osiągnięta w związku ze sprzedażą towarów i świadczeniem usług należących do innych rynków produktowych. Mając zatem na uwadze tezy z orzecznictwa Sądu Najwyższego przytoczone w akapicie powyżej, Prezes Urzędu dokonał adekwatnego do okoliczności sprawy obniżenia kwoty bazowej kary nakładanej na Trans-Jan.
- (158) W przypadku Soltur nie dokonano takiej redukcji. Z dokonanych ustaleń wynika bowiem, że przedsiębiorca ten zajmował się wyłącznie świadczeniem usług przewozu towarów samochodami ciężarowymi, co oznacza, że obrót uzyskany przez niego w 2018 r. pochodzi w całości z działalności na rynku właściwym.
- (159) Podsumowując, na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców oraz skutków rynkowych naruszenia zostały uwzględnione następujące okoliczności: konkurencyjny charakter rynku, faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, negatywne skutki porozumienia dla zamawiającego oraz, wobec Trans-Jan, niewielki udział obrotu z towarów należących do rynku właściwego w obrocie przedsiębiorcy. Kwota bazowa na tym etapie kalkulacji została zmniejszona o 80% wobec Trans-Jan. Natomiast w przypadku Soltur kwota ta pozostała bez zmian.
- (160) Rozważając przesłankę okresu naruszenia Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że (jak wskazują okoliczności sprawy) porozumienie trwało krócej niż rok i miało jednorazowy charakter. Nie zalicza się zatem do porozumień długotrwałych, gdyż za takie uznawane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę Prezes Urzędu nie uznał za celowe, na tym etapie ustalania wysokości kary pieniężnej, jej podwyższenie.
- (161) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2014 r., III SK 34/13

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16



- (162) Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W ustalonym stanie faktycznym sprawy w ocenie Prezesa Urzędu okoliczności łagodzące nie występują.
- (163) Z kolei okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W przypadku stron niniejszego postępowania Prezes Urzędu uznał, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny.
- (164) Z materiału dowodowego wynika, że przedsiębiorcy realizowali z góry ustaloną taktykę. Taktyka ta polegała na zakończeniu udziału w aukcji elektronicznej w przetargu nr ZP/005/2016 w sytuacji, gdy ich oferty uzyskają taką samą najwyższą ilość punktów od zamawiającego i nie będą już przebijane przez innych uczestników aukcji, co zmusi zamawiającego do zwrócenia się do nich o oferty dodatkowe. Kolejnym krokiem było złożenie ofert dodatkowych z taką samą ceną, co oznaczało konieczność unieważnienia przetargu. Przedsiębiorcy działali z zamiarem unieważnienia przetargu nr ZP/005/2016, co świadczy o umyślności tego działania.
- (165) Ponadto Soltur i Trans-Jan są profesjonalistami w obrocie i wielokrotnymi uczestnikami postępowań przetargowych na usługi przewozu towarów. Przedsiębiorcy posiadają zatem znaczną wiedzę dotyczącą praktycznych aspektów procedury udzielania zamówień publicznych. Można zatem przyjąć, że byli świadomi skutków koordynacji swoich zachowań w toku przetargu nr ZP/005/2016 i do nich dążyli.
- (166) Tak więc uwzględniając brak okoliczności łagodzących oraz występującą w sprawie okoliczność obciążającą Prezes Urzędu postanowił, że na tym etapie kalkulacji kara w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców zostanie podwyższona o 10%.
- (167) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kryterium „*uprzedniego naruszenia przepisów ustawy*”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy. Strony niniejszego postępowania nie były dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.
- (168) Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu



postanowił zatem nałożyć na Soltur karę w wysokości 17.403 zł, a na Trans-Jan karę w wysokości 146.946 zł.

(169) Biorąc pod uwagę, że poza wysokością obrotu będącego podstawą obliczenia wysokości kary, w sprawie jedynie na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców występują okoliczności mające różny wpływ na kalkulację kary wymierzonej stronom przedmiotowego postępowania (tj. w przypadku Trans-Jan występuje niewielki udział obrotu z towarów należących do rynku właściwego w obrocie przedsiębiorcy) w niniejszej decyzji zrezygnowano z redakcyjnego wyodrębnienia w postaci oddzielnych punktów uzasadnienia kary nakładanej na Soltur i kary nakładanej na Trans-Jan. Przedstawione powyżej uzasadnienie obejmuje zarówno karę nałożoną na Soltur, jak i karę nałożoną na Trans-Jan.

(170) Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

(171) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

KOSZTY POSTĘPOWANIA

(172) Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W niniejszej sprawie wyliczone w ten sposób koszty związane z korespondencją ustalono na kwotę 140 zł. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć każdą ze stron niniejszego postępowania kwotą kosztów w wysokości 70 zł.

(173) W związku z powyższym orzeczono, jak w punkcie III sentencji.

(174) Ww. koszty należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na podany powyżej rachunek bankowy.

POUCZENIA

(175) Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 z późn. zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w



Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Katowicach, ul. Kościuszki 43, 40-048 Katowice.

- (176) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III sentencji decyzji, na podstawie art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 i art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 479³² § 1 i § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, stronie przysługuje prawo wniesienia zażalenia do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Katowicach ul. Kościuszki 43, 40-048 Katowice.
- (177) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 785), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu - w kwocie 500 zł.
- (178) Zgodnie z art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (179) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (180) Stosownie do treści art. 117 § 1, § 3 i § 4 zd. 1 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego.
- (181) Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (182) Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Maciej Frągsztajn



