

DELEGATURA UOKiK w KATOWICACH

Katowice, dnia 23.07.2008r.

RKT-410-01/07/MF/AW

DECYZJA Nr RKT-25/2008

I. Stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119; Nr 170, poz. 1217; Nr 249, poz. 1834) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172; ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm. Dz.U. z 2007r. Nr 99, poz. 660), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Kompanii Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach przeciwko „A.Weber” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, „Minova Ekochem” S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz „CarboTech – Polonia” Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. na podstawie art. 11 ust. 1 wymienionej na wstępie ustawy **nie stwierdza się stosowania** przez ww. przedsiębiorców **praktyki ograniczającej konkurencję**, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy wyrażającej się w zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych,
2. na podstawie art. 11 ust. 1 wymienionej na wstępie ustawy **nie stwierdza się stosowania** przez ww. przedsiębiorców **praktyki ograniczającej konkurencję**, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy wyrażającej się w zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert w zakresie ceny na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A.

II. Stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119; Nr 170, poz. 1217; Nr 249, poz. 1834) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172; ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm. Dz.U. z 2007r. Nr 99, poz. 660), na podstawie art. 69 ust. 1 i 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uwzględniając wynik postępowania antymonopolowego opisanego w pkt I sentencji niniejszej decyzji

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

obciąża się Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, kosztami opisanego na wstępie postępowania antymonopolowego i zobowiązuje do uiszczenia:

1. na rzecz „Minova Ekochem” S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich kwoty 360 zł

- (słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt),
2. na rzecz „CarboTech – Polonia” Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich kwoty 360 zł (słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt) oraz
 3. na rzecz „A.Weber” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach kwoty 360 zł (słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt)
- tytułem zwrotu kosztów postępowania w ww. sprawie.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Organem Antymonopolowym) w dniu 30.03.2007r. wpłynął wniosek Kompanii Węglowej S.A. o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko „A.Weber” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, „Minova Ekochem” S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz „CarboTech – Polonia” Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich pod zarzutem ograniczania konkurencji poprzez ustalanie cen sprzedaży towarów oraz uzgadniania warunków ofert, w szczególności ceny, składanych do przetargu przy negocjowaniu w trybie zamówienia nie objętego ustawą Prawo zamówień publicznych umowy na zakup pianek fenolowych dla Oddziału Kompanii Węglowej S.A. KWK „Halemba”, przez co naruszony został przepis art. 5 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119; Nr 170, poz. 1217; Nr 249, poz. 1834; zwanej dalej ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów).

W uzasadnieniu wniosku Kompania Węglowa S.A. podniosła, że Oddział KWK „Halemba” przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia nie objętego ustawą Prawo zamówień publicznych pt. „Zakup pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r.” w trybie przetargu nieograniczonego. W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu z dnia 16.11.2007r. wpłynęły cztery oferty. Były to - 3 oferty od ww. przedsiębiorców oraz oferta od „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. w Mikołowie. W dniu otwarcia ofert, tj. 12.12.2006r., ustalono, że wykonawcy spełnili wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji Komisja Przetargowa dopuściła oferty wszystkich wykonawców do negocjacji cenowych, których pierwszy etap odbył się w dniu 19.12.2006r. W trakcie negocjacji najkorzystniejsze warunki realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego 2 zadania - pianka fenolowa żywica i pianka fenolowa katalizator - przedstawiły „A.Weber” Sp. z o.o. (zwana dalej Spółką A.Weber), „Minova Ekochem” S.A. (zwana dalej Spółką Minowa) oraz „CarboTech – Polonia” Sp. z o.o. (zwana dalej Spółką CarboTech). Każdy z tych przedsiębiorców zaproponował cenę 13,35 zł/kg netto. Komisja Przetargowa zwróciła uwagę na wystąpienie sytuacji, w której trzech przedsiębiorcy określili ceny swych produktów na identycznym poziomie. Ponadto oceniając efekty postępowania w kontekście cen jednostkowych obowiązujących w 2006r. stwierdzono, że zaoferowane ceny są wyższe o ok. 1 %. W tym stanie rzeczy zaproponowano uczestnikom przetargu udział w ponownych negocjacjach w dniu 10.01.2007r., a następnie wezwano ich do siedziby Kompanii Węglowej S.A. na dodatkowe rozmowy w dniu 26.02.2007r. W trakcie tych rozmów Spółki A.Weber, Minowa i CarboTech podtrzymały swoją dotychczasową ofertę cenową (karty nr 1-3). Złożenie przez tych przedsiębiorców ofert sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych z identyczną ceną oraz odmowa podjęcia dodatkowych negocjacji w zakresie obniżenia ceny wskazuje zdaniem Kompanii Węglowej S.A. na fakt zawarcia przez nich porozumienia ograniczającego konkurencję (karta nr 44).

Organ Antymonopolowy, zgodnie z żądaniem Wnioskodawcy, w dniu 20.04.2007r. *Postanowieniem nr 1* wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez Spółkę A.Weber, Spółkę Minowa oraz Spółkę CarboTech porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
2. uzgadnianiu warunków składanych ofert w zakresie ceny na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A., co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Spółka A.Weber wniosła o wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania przez nią praktyki ograniczającej konkurencję (karty nr 91-93). Spółka A.Weber przyznała, iż przystępuje do wielu przetargów organizowanych przez Kompanię Węglową S.A. (dla poszczególnych kopalń do niej należących), które co do zasady odbywają się w trybie wyznaczonym wewnętrznym regulaminem określającym sposób postępowania w sprawach o udzielenie zamówień Kompanii Węglowej S.A., a nie w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dalej Spółka A.Weber wskazała, że ceny oferowane przez nią w poszczególnych przetargach były różne i podkreśliła, że cena zaoferowana w przetargu dla KWK „Halemba” – 13,35 zł/kg netto była jedną z najniższych, jakie oferuje w przetargach.

Ponadto Spółka A.Weber zauważyła, że Kompania Węglowa S.A. stosuje niedopuszczalną, jej zdaniem, praktykę cenową zmuszania swoich oferentów do obniżania cen proponowanych w poszczególnych przetargach polegającą na tym, że wykonawca, który zaoferował konkretną cenę w przetargu dla konkretnej kopalni, w przypadku gdy w kolejnym przetargu dla innej kopalni wynegocjuje cenę niższą, wówczas jest zobowiązany do obniżenia poprzednio zaoferowanej ceny tak, aby nie była ona wyższa od ceny z wcześniejszego przetargu. Stąd też w przetargu dla Kopalni „Halemba” Spółka A.Weber nie mogła zaoferować ceny niższej niż 13,35 zł/kg netto, albowiem spowodowałoby to konieczność obniżenia innych cen oferowanych w przetargach (karta nr 92).

Spółka A.Weber podniosła, że wykonawcy przystępujący do przetargu na sprzedaż pianek fenolowych dla Kopalni „Halemba” nie zawarli żadnego porozumienia w przedmiocie ustalenia ceny zaproponowanej w przetargu. Przedsiębiorcy ci nie pozostawali w zмовie co do zaoferowanej ceny. Spółka A.Weber nie zgodziła się ze stanowiskiem Kompanii Węglowej S.A., iż zastosowanie przez wykonawców w jednym przetargu takich samych cen wskazuje na istnienie między nimi zмовы co do zaoferowanej ceny, tym bardziej jeśli zważy się, że ceny oferowane przez nich we wszystkich innych przetargach były zróżnicowane. Zastosowanie w przetargu dla Kopalni „Halemba” takiej samej ceny było od wykonawców niezależne i wcześniej nieuzgodnione (karta nr 93).

Reakcją Spółki CarboTech na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego był wniosek o wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania przez nią praktyki ograniczającej konkurencję (karta nr 146). Spółka CarboTech zaprzeczyła jakoby uczestniczyła w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Ponadto podniosła, iż jest spółką zależną od Spółki Minova. Stan zależności prawnej nie ma jednak żadnego wpływu na sposób sprzedaży produktów. Zarówno Spółka CarboTech, jak i Spółka Minova, nie dokonują żadnych ustaleń co do cen katalogowych produktów, czy też cen oferowanych w przetargach. Uzgodnienia takie nigdy nie miały miejsca. Również w odniesieniu do przetargu dla Kopalni „Halemba” obie Spółki przedstawiły swoje oferty niezależnie, nie ustalając cen.

Następnie Spółka CarboTech zaznaczyła, że zbieżność oferowanych cen nie wynika z porozumienia między stronami, lecz jest następstwem polityki cenowej stosowanej przez zamawiającego. Kompania Węglowa S.A. przy zakupach środków chemicznych, w tym pianek izolacyjnych, stosuje „politykę jednolitych cen”. Polityka ta polega na tym, że Kompania organizuje odrębne przetargi na dostawy do różnych kopalń – oddziałów, niemniej

dąży do ustalenia identycznej ceny danego produktu dla wszystkich oddziałów. Czasami tendencja ta rozszerzana jest na dążenie do unifikacji cen na analogiczne produkty, pochodzące od różnych dostawców. Polityka taka prowadzona jest od 2005r. Spółka CarboTech zwróciła uwagę, że opisana powyżej polityka zamawiającego nie uwzględnia faktu, iż na wysokość oferowanej ceny produktu mają wpływ takie czynniki jak: wielkość planowanych zamówień, koszty transportu (wynikające z odległości od zakładu odbiorcy oraz wielkości jednostkowych dostaw), czy dodatkowe świadczenia na rzecz zamawiającego, np. nieodpłatne dostarczenie urządzeń i środków ochrony osobistej, monitorowanie narażenia pracowników zamawiającego na działanie substancji niebezpiecznych itp. Zdaniem Spółki CarboTech nie bez znaczenia jest fakt, że umowy dostawy z Kompanią Węglową S.A. zawierane są w oparciu o niepodlegające negocjacom wzorce, przewidujące liczne postanowienia ograniczające równowagę stron, co wymusza dużą ostrożność przy kalkulowaniu cen dla tego odbiorcy. Do tego rodzaju postanowień niekorzystnych dla dostawcy należy zaliczyć: brak gwarancji złożenia jakichkolwiek zamówień, brak możliwości indeksacji lub renegeacji cen w przypadku nieprzewidzianego wzrostu cen surowców lub zmiany kursów walut, zakaz przelewu wierzytelności względem zamawiającego bez jego zgody, ograniczenie możliwości dochodzenia odsetek za opóźnienie w zapłacie.

Przetargi na dostawy pianki izolacyjnej fenolowej dla Kompanii Węglowej S.A. w 2007r. organizowane były od listopada 2006r. Przetarg dotyczący dostaw dla Oddziału KWK „Halemba” odbywał się po analogicznych przetargach dotyczących innych kopalń Kompanii. Spółka CarboTech wskazała, że cena na piankę fenolową od kilku lat utrzymuje się na poziomie 13,00 zł/kg (plus/minus 0,50 zł/kg). Cena podana w ofercie przetargowej jest ceną wyjściową do spodziewanych negocjacji, gdzie zwykle postąpienie wyznaczone przez komisję przetargową wynosi 5-10 groszy. Przy ustalaniu ceny 13,50 zł/kg, która była pierwszą ceną zaproponowaną w przetargu dla KWK „Halemba”, wzięto pod uwagę ceny obowiązujące w 2006r., wskaźnik inflacji, wzrost kosztów, np. odbiór i utylizację zużytych opakowań, wzrost kosztów transportu do magazynu odbiorcy (w specyfikacji warunków zamówienia zastrzeżono, iż koszty transportu ponosi dostawca). Podczas negocjacji w grudniu 2006r. Spółka CarboTech obniżyła cenę do poziomu 13,35 zł/kg ponieważ była to cena wynegocjowana wcześniej dla Kopalni „Bobrek-Centrum”. Mając na uwadze obowiązującą w Kompanii Węglowej S.A. zasadę jednolitych cen, uznano, że cena 13,35 zł/kg jest ceną właściwą. Ponadto zdaniem Spółki CarboTech wzrost ceny w stosunku do ceny z 2006r. wynoszący 1,14% jest do zaakceptowania przez komisję przetargową KWK „Halemba”. Znajomość cen pianki fenolowej oferowanych w przetargach na 2007r. wynika z udziału w mających wcześniej miejsce negocjacjach. Zasadą jest bowiem, że po zakończeniu negocjacji przewodniczący komisji przetargowej ogłasza najkorzystniejszą, wynegocjowaną cenę produktu i wskazuje przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana (karta nr 149).

Spółka CarboTech podkreśliła, że pomimo rozstrzygnięcia przetargu, zamawiający wstrzymywał podpisanie umów na dostawy do czasu odbycia negocjacji dotyczących innych kopalń. Oznacza to, że dalsze obniżenie ceny KWK „Halemba” spowodowałoby konieczność renegeacji cen ustalonych na dostawę pianek fenolowych do innych kopalń. Stosowanie przez Kompanię Węglową S.A. polityki jednakowych cen znajduje potwierdzenie w protokole nr 3/1560338/2006 z dnia 10.01.2007r. gdzie stwierdzono: *„Podstawowym celem przeprowadzenia negocjacji cenowych było uzyskanie możliwie najniższych cen na oferowany asortyment materiałowy, przy równoczesnym zachowaniu kryterium ujednoczenia cen jednostkowych do cen minimalnych dla danego wyrobu w skali Kompanii Węglowej S.A. Analiza portalu e-LZ zawierającego wykaz cen, wykazała że ceny ustalone w trakcie postępowania przetargowej przeprowadzonego przez O/KWK „Halemba” w całym przekroju asortymentowym uzyskalaby status cen najniższych.”*

Pozostali uczestnicy postępowania antymonopolowego, którzy uczestniczyli w przetargach na dostawę pianek fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A. w 2007r., zdaniem Spółki CarboTech, nabyli analogiczne doświadczenie w zakresie poziomu cen, który umożliwia wygranę przetargu na dostawę pianek fenolowych. W konsekwencji wszystkie trzy podmioty niezależnie od siebie, zaproponowały tą samą cenę, czyli 13,35 zł/kg. Jednolita propozycja cenowa nie była jednak wynikiem ustaleń, czy uzgodnień pomiędzy tymi podmiotami, lecz naturalną konsekwencją polityki cenowej prowadzonej przez Kompanię Węglową S.A. (karta nr 150).

Spółka Minowa w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego również wniosła o wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Spółka Minowa stwierdziła, że nie zawarła ze Spółką A.Weber i Spółką CarboTech porozumienia ograniczającego lub naruszającego konkurencję. Ponadto wskazała, że Spółka CarboTech jest spółką od niej zależną, co nie ma jednak żadnego wpływu na sposób sprzedaży produktów, a w szczególności ww. Spółki nie dokonują żadnych ustaleń co do cen, w tym cen oferowanych w przetargach (karta nr 194).

Spółka Minowa wyraziła stanowisko, iż zbieżność oferowanych cen nie wynika z porozumienia między stronami, lecz jest następstwem polityki cenowej stosowanej przez Kompanię Węglową S.A. i w tym zakresie przedstawiła argumentację zbieżną z wypowiedziami Spółki CarboTech przytoczonymi powyżej (karta nr 148). Przetarg dotyczący dostaw dla Oddziału KWK „Halemba” odbywał się po analogicznych przetargach dotyczących kopalń Kompanii Węglowej S.A., m.in. KWK „Bielszowice”, KWK „Pokój”, KWK „Chwałowice”, KWK „Jankowice”, KWK „Szczygłowice”. W ocenie spółki Minova doświadczenie nabyte w toku tych wcześniejszych negocjacji wskazywało, że obniżenie ceny do 13,35 zł/kg jest z jednej strony konieczne, a z drugiej strony wystarczające, aby wybrać przetarg na dostawę pianki fenolowej. Wskazują na to jednoznacznie notatki z negocjacji w KWK „Jankowice” i KWK „Szczygłowice”, gdzie zaoferowane ceny (odpowiednio: 13,38 zł/kg i 13,40 zł/kg) okazały się zbyt wysokie; wystarczającą do wygrania przetargu okazała się natomiast cena 13,35 zł/kg zaoferowana w KWK „Bielszowice” (karta nr 196).

Spółka Minova, podobnie jak spółka CarboTech, podkreśliła, że pomimo rozstrzygnięcia przetargu, Kompania Węglowa S.A. wstrzymywała podpisanie umów na dostawy do czasu odbycia negocjacji dotyczących innych kopalń. W efekcie dalsze obniżenie ceny dla KWK „Halemba” spowodowałoby konieczność renegocjacji cen ustalonych na dostawę pianek fenolowych do pozostałych kopalń, a przetarg organizowany przez KWK „Halemba” dotyczył stosunkowo niewielkiej ilości towaru.

Na potwierdzenie wypowiedzi o stosowaniu przez Kompanię Węglową S.A. polityki jednolitych cen Spółka Minova przytoczyła fragment protokołu nr 3/1560338/2006 z dnia 10.01.2007r., ten sam, na który powołała się Spółka CarboTech. Zarazem Spółka Minova zwróciła uwagę, że w przetargach na dostawy pianek fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A. w 2007r., które odbyły się przed przetargiem dotyczącym KWK „Halemba” brali udział także pozostali uczestnicy postępowania antymonopolowego, czyli Spółka A.Weber i Spółka CarboTech. Można zatem zasadnie przypuszczać, że dostawcy ci nabyli analogiczne doświadczenie, jak Spółka Minova, co do poziomu cen, który umożliwia wygranę przetargu na dostawę pianek fenolowych. W konsekwencji wszystkie trzy Spółki niezależnie od siebie, zaproponowały tą samą cenę, czyli 13,35 zł/kg. Jednolita propozycja cenowa nie była jednak wynikiem ustaleń, czy uzgodnień pomiędzy tymi podmiotami, lecz naturalną konsekwencją polityki cenowej prowadzonej przez Kompanię Węglową S.A. (karta nr 197).

W wyniku przeprowadzonego postępowania administracyjnego Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.

Kompania Węglowa S.A. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000057506 (karty nr 388-394). Posiada 22 oddziały, z których 10 to kopalnie węgla kamiennego. Podstawowym przedmiotem działalności ww. przedsiębiorcy jest wydobywanie węgla kamiennego (karta nr 392).

Spółka A.Weber prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000027665 (karty nr 97-100). Przedmiot działania tego przedsiębiorcy obejmuje m.in. sprzedaż hurtową wyrobów chemicznych.

Spółka Minova prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000054434 (karty nr 203-207). Przedmiotem jej działalności jest m.in. produkowanie chemikaliów nieorganicznych i organicznych, produkcja klejów i żelatyn oraz sprzedaż hurtowa wyrobów chemicznych.

Spółka CarboTech jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000075255 (karty nr 156-162). Działalność tej Spółki obejmuje m.in. sprzedaż hurtową wyrobów chemicznych, paliw stałych, materiałów budowlanych. Właścicielem 100% udziałów w Spółce CarboTech jest Spółka Minova (karta nr 152).

Kompania Węglowa S.A. wskazała, że sprzedawcami pianek izolacyjnych fenolowych na terenie Polski są czterej przedsiębiorcy: Spółka A.Weber, Spółka Minova, Spółka CarboTech oraz „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. Właśnie ci przedsiębiorcy składają oferty w organizowanych przez nią postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy ww. materiału dla jej poszczególnych oddziałów (karta nr 386). W latach 2005-2007 do Kompanii Węglowej S.A. nie wpłynęła żadna oferta na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych spoza granic Polski (karta nr 386). W 2005r. Kompania Węglowa S.A. przeprowadziła 14 postępowań o udzielenie zamówienia na dostawy pianki izolacyjnej fenolowej, w 2006r. – 12, a w 2007r. – 16. Przedmiotem każdego z postępowań była dostawa pianki fenolowej izolacyjnej dla określonego oddziału – kopalni węgla kamiennego (karty nr 395-398). Postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych odbywały się przede wszystkim w trybie przetargu nieograniczonego.

Otwarcie ofert złożonych w przetargach na dostawy pianek fenolowych dla kopalń Kompanii Węglowej S.A. w 2007r. miało miejsce od listopada 2006r. do stycznia 2007r. Każda z kopalń wchodzących w struktury Kompanii Węglowej S.A. organizowała przetargi indywidualnie, a końcowy etap, mający na celu wyłonienie dostawcy, odbywał się w formie licytacji lub indywidualnych negocjacji z poszczególnymi dostawcami. Podstawowym kryterium wyboru oferentów była cena jednostkowa netto (karty nr 102, 196, 209).

W przypadku licytacji w gronie wszystkich dopuszczonych wykonawców, Komisja Przetargowa wyznacza określony postęp w PLN, następnie wykonawcy licytując ceny dochodzą do ceny minimalnej, która może zostać zaoferowana tylko przez jednego dostawcę. Natomiast w przypadku indywidualnych rozmów Komisji Przetargowej, poszczególni wykonawcy podają tylko jedną, najniższą cenę w sposób jawny tylko dla członków Komisji, a następnie Komisja Przetargowa wybiera dostawcę, który zaoferował najniższą cenę.

Wysokość cen zaoferowanych przez każdego z uczestników w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy pianki izolacyjnej fenolowej dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A., które odbyły się w 2005r., 2006r. i 2007r. przedstawiają *Tabele nr 1–3* zawarte w załączniku nr 2 do niniejszej decyzji, który zawiera dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy i został objęty ograniczeniem prawa wglądu na podstawie *Postanowienia nr 6* z dnia 15.01.2008r. (karty nr 395-398). Ceny po których

Kompania Węglowa S.A. nabywała pianki izolacyjne fenolowe, według przedstawionych przez nią danych, w latach 2005-2007 kształtowały się następująco:

- w 2005r. na poziomie 12,90 – 13,00 zł/kg netto,
- w 2006r. na poziomie 13,20 zł/kg netto,
- w 2007r. na poziomie 13,35 zł/kg netto (karta nr 2, 395-398).

W dniu 16.11.2006r. Kompania Węglowa S.A. ogłosiła przetarg nieograniczony, nieobjęty ustawą Prawo zamówień publicznych, na dostawę w 2007r. pianek izolacyjnych fenolowych (karta nr 424). Informacja o przetargu ukazała się w *Czasopiśmie Środowiska Górniczego* z dnia 16.11.2006r. Przedmiotem przetargu był zakup pianek izolacyjnych fenolowych (pianka fenolowa żywica i pianka fenolowa katalizator) dla Oddziału KWK „Halemba” (karta nr 567, 578).

Pianka izolacyjna fenolowa jest dwuskładnikowym spoiwem złożonym z żywicy i katalizatora. Oddziały Kompanii Węglowej S.A. wykorzystują pianki fenolowe do wypełnienia wyrw w stropie oraz dużych pustek w celu likwidacji zagrożenia metanowego i pożarowego, rekonsolidacji zrobów poeksploatacyjnych w celu zmniejszenia samozapłonu resztek węgla, likwidacji pustek po obwałach, konsolidacji górotworu silnie spękanego w celu likwidacji zagrożenia pożarowego, wypełniania pustek za obudową uszczelniania ociosów chodników w sąsiedztwie zrobów wykonania tam izolacyjnych i wentylacyjnych (karta nr 1). Stosowanie pianki fenolowej polega na wymieszaniu w miejscu stosowania obu komponentów (żywicy i katalizatora) w odpowiednim agregacie pompowym i wtłoczeniu do wykonanych otworów w górotworze z użyciem agregatu i osprzętu do tłoczenia pod ciśnieniem (karta nr 535). W toku postępowania Kompania Węglowa S.A. stwierdziła, że nie są jej znane substytuty pianek izolacyjnych fenolowych (karta nr 386). Pianki izolacyjne fenolowe od innych spoiw, takich jak: piany cementowe, piany mocznikowe, gips czy anhydryt, różnią się okresem trwałości wytworzonej substancji i czasem wytwarzania. Pianki izolacyjne fenolowe są najtrwalsze spośród wymienionych spoiw, a ich uzyskanie jest znacznie szybsze (karta nr 386).

W odpowiedzi na ww. ogłoszenie o przetargu na dostawę pianki izolacyjnej fenolowej dla KWK „Halemba” oferty złożyli czterej przedsiębiorcy:

- Spółka A.Weber (karty nr 589-639),
- Spółka Minova (karty nr 426-566),
- Spółka CarboTech (karty nr 640-708),
- „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. (karty nr 518-566).

Spółka A.Weber jest na mocy umowy dystrybucyjnej z dnia 01.07.1994r., aneksowanej w dniu 05.02.2005r., wyłącznym dystrybutorem pianek izolacyjnych fenolowych o nazwie Mariflex S/GE20 (żywica i katalizator) na obszar Polski, Federacji Rosyjskiej oraz państw Europy centralnej (karta nr 105). Spółka ta na ww. obszarze jest dostawcą pianek izolacyjnych fenolowych tylko do branży górniczej (karta nr 110). Sprzedawane przez nią spoiwo - Mariflex S/GE20 jest dwuskładnikowym produktem składającym się z żywicy fenolowej i kwasowego katalizatora. Reakcja powstała w wyniku mieszania się tych dwóch składników powoduje natychmiastowe spienienie i szybkie twardnienie produktu (karty nr 107, 116, 604).

Spółka A.Weber nie stosuje jednolitych cen pianek izolacyjnych fenolowych (karty nr 119-129). [tajemnica przedsiębiorcy – punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji] (karty nr 121-129).

Spółka Minova, podobnie jak Spółka A.Weber, nie stosuje jednolitych cen pianek izolacyjnych fenolowych (karta nr 208). [tajemnica przedsiębiorcy – punkt 2 załącznika nr 1

do decyzji]. Kryteria różnicowania cen stosowane przez tą Spółkę to m.in. spodziewana wielkość sprzedaży oraz wielkość jednorazowych dostaw z uwzględnieniem zróżnicowanych kosztów transportu, wiarygodność ekonomiczna kontrahenta, z uwzględnieniem umownych terminów płatności oraz przestrzegania terminów płatności i formy płatności. Spółka Minova wskazała, że średni umowny termin płatności w Kompanii Węglowej S.A. wynosi 60 dni, a średni rzeczywisty termin płatności wynosił 132 dni, natomiast w Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. zarówno umowny, jak i rzeczywisty termin płatności wynosi 30 dni (karta nr 208). Na wysokość zaoferowanej ceny ma również wpływ forma przetargu. W przetargu publicznym, czyli objętym ustawą Prawo zamówień publicznych, oferowane ceny są zwykle niższego rzędu ze względu na wielkość planowanych dostaw oraz fakt, że nie prowadzi się dodatkowych negocjacji, a podana cena jest ceną ostateczną. Sposób prowadzenia przetargów (licytacja lub negocjacje cenowe) również determinują wysokość ceny. Cena uzyskana podczas ustnych licytacji zwykle jest niższa, ze względu na posiadanie bezpośredniej wiedzy o cenach oferowanych przez konkurentów. Nie bez wpływu na cenę pozostają dodatkowe wymagania stawiane przez zamawiającego, a dotyczące np. serwisowania i zabezpieczenia sprzętu lub szkoleń. Spółka Minova do czynników wpływających na wysokość oferowanych cen zaliczyła także politykę cenową odbiorcy oraz politykę cenową dostawcy. W tym zakresie wskazała, że Kompania Węglowa S.A. wymaga od dostawców stosowania jednolitych cen na ten sam produkt dla dostaw do wszystkich zakładów, bez względu na wielkość dostaw, odległość od producenta, czy dodatkowe świadczenia. W latach 2005-2006 Spółka Minova została zobowiązana do wyrównywania cen do najniższej ceny wynegocjowanej (karty nr 217-222). Z kolei jako dostawca Spółka Minova w ramach własnej polityki cenowej przewiduje promocje, wprowadzanie nowych technologii (karta nr 208). Ponadto na wysokość oferowanej ceny ma wpływ dotychczasowy poziom cen oraz fakt, iż zamawiający zwykle wymaga stałości cen w całym okresie obowiązywania umowy bez względu na zmiany kosztów producenta. Zamawiający zwykle dopuszcza pewien poziom wzrostu cen, bez względu na wzrost kosztów produkcji i transportu producenta.

Spółka Minova oferuje piankę izolacyjną fenolową tylko do zastosowania w górnictwie (karta nr 210). Jej produkt o nazwie Ekoflex jest dwuskładnikowym, chemoutwardzalnym tworzywem otrzymywanym z żywicy fenolowo-formaldehidowej, składającym się z Żywicy Ekoflex i Katalizatora Ekoflex. Ekoflex w zależności od wersji może mieć postać tworzywa spienionego w szerokim zakresie gęstości lub tworzywa litego (karty nr 210, 450).

Spółka CarboTech również nie stosuje jednolitych cen pianek izolacyjnych fenolowych. [tajemnica przedsiębiorcy – punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji]. Na wysokość oferowanych przez nią cen mają wpływ takie czynniki, jak: sposób prowadzenia przetargu – negocjacje, licytacje, koszty transportu (według zamawiającego cena powinna zawierać koszty transportu materiału do loco magazyn odbiorcy, koszty odbioru zużytych opakowań), termin płatności, dodatkowe koszty związane z pompami oraz ich serwisem (warunek wynikający ze *Specyfikacji istotnych warunków zamówienia* i umowy w przypadku wygrania przetargu), ceny obowiązujące w roku poprzednim (inflacja) (karta nr 154).

Spółka CarboTech sprzedaje piankę izolacyjną fenolową wyłącznie odbiorcom z branży górniczej (karta nr 155). Oferowany przez nią preparat o nazwie Wilflex jest dwuskładnikowym, chemoutwardzalnym tworzywem otrzymywanym z żywicy fenolowo-formaldehidowej, składającym się z Żywicy Wilflex i Katalizatora Wilflex (karta nr 657). Pianki izolacyjne fenolowe sprzedawane przez Spółkę Carbo-Tech są produkowane przez Spółkę Minova (karta nr 368).

Oferty złożone przez Spółki A.Weber, Minova, CarboTech i „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. w przedmiotowym przetargu dla KWK „Halemba” zostały otwarte w dniu 12.12.2006r. (karta nr 424). Spółki Minova, CarboTech i „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o.

zapropowały w nich cenę w wysokości 13,50 zł/kg netto, a Spółka A.Weber w wysokości 13,35 zł/kg netto (karty nr 429, 520, 591, 642). Ponieważ każdy z ww. przedsiębiorców spełnił wymagania zawarte w *Specyfikacji istotnych warunków zamówienia* (karty nr 567-588) Komisja Przetargowa dopuściła wszystkich do negocjacji cenowych, które odbyły się w dniu 19.12.2006r. (karty nr 57-68). W trakcie negocjacji trzech przedsiębiorcy zdecydowali się na obniżenie ceny pianki izolacyjnej fenolowej. I tak Spółki Minova i CarboTech zaproponowały cenę 13,35 zł/kg netto, niższą o 15 groszy od pierwotnej oferty (karta nr 58, 67), a „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. zaoferowała cenę 13,40 zł/kg netto, niższą o 10 groszy od ceny wyjściowej (karta nr 61). Jedynie Spółka A.Weber utrzymała swoją propozycję cenową na niezmiennym poziomie 13,35 zł/kg netto (karta nr 64). Kolejnym krokiem Kompanii Węglowej S.A. było wystosowanie w dniu 09.01.2007r. do Spółek Minova, CarboTech i A.Weber, tj. przedsiębiorców oferujących najkorzystniejszą cenę, zaproszenia na licytację cenową, które miały odbyć się w dniu 10.01.2007r. (karty nr 74-76). W odpowiedzi ww. przedsiębiorcy powiadomili Kompanię Węglową S.A., iż podtrzymują ceny jednostkowe pianki izolacyjnej fenolowej - Spółka A.Weber - w wysokości wskazanej w ofercie przetargowej, a Spółki Minova i CarboTech – w wysokości wynegocjowanej w dniu 19.12.2006r. (karty nr 77-79).

Mając na względzie fakt, iż trzech przedsiębiorcy złożyli równorzędne oferty Komisja Przetargowa zaproponowała Dyrektorowi KWK „Halemba” podzielenie przedmiotu zamówienia poprzez:

- zakup 35% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Ekoflex” (żywica) oraz zakup 35% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Ekoflex” (katalizator) w Spółce Minova,
- zakup 35% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Wilflex” (żywica) oraz zakup 35% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Wilflex” (katalizator) w Spółce CarboTech,
- zakup 30% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Mariflex S/GE” (żywica) oraz zakup 30% potrzeb pianki izolacyjnej fenolowej o handlowej nazwie „Mariflex S/GE” (katalizator) w Spółce A.Weber (karty nr 51-53).

Jak stwierdziła Komisja Przetargowa w protokole z dnia 10.01.2007r. podstawowym celem przeprowadzenia negocjacji cenowych było uzyskanie możliwie najniższych cen na oferowany asortyment materiałowy, przy równoczesnym zachowaniu kryterium ujednoczenia cen jednostkowych do cen minimalnych dla danego wyrobu w skali Kompanii Węglowej S.A. Analiza portalu e-LZ zawierającego wykaz cen, wykazała że ceny ustalone w trakcie postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Oddział KWK „Halemba” w całym przekroju asortymentowym uzyskały status cen najniższych. Komisja rozpatrzyła efekty postępowania pod kątem wzrostu ceny jednostkowej i stwierdziła niewielki wzrost tej ceny wynoszący 1,14% w stosunku do ceny z roku poprzedniego, uznając zarazem efekty negocjacji za zadawalające (karta nr 55).

Niemniej Kompania Węglowa S.A. podjęła kolejną próbę wynegocjowania niższych cen pianki izolacyjnej fenolowej mając na względzie politykę zakupów zaopatrzeniowych polegającą na nabywaniu jednorodnego wyrobu od jednego kontrahenta (karta nr 2). W dniu 26.02.2007r. odbyły się bowiem rozmowy z udziałem Spółek A.Weber, Minova i CarboTech, w trakcie których przedstawiciele tych Spółek oświadczyli, iż cena jednostkowa ww. pianki w wysokości 13,35 zł/kg netto jest ceną ostateczną (karty nr 45-50).

Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy pianki izolacyjnej fenolowej w 2007r. dla Oddziału KWK „Halemba” przedstawia poniższa tabela.

Przedsiębiorca	Pianka fenolowa (żywica i katalizator) zł/kg netto				
	Otwarcie ofert 12.12.2006r.	Negocjacje 19.12.2006r.	Negocjacje 10.01.2007r.	Negocjacje 26.02.2007r.	Udzielenie zamówienia 15.03.2007
Spółka A.Weber (karta nr 591)	13,35	13,35	13,35	13,35	---
Spółka Minova (karta nr 429)	13,50	13,35	13,35	13,35	---
Spółka CarboTech (karta nr 642)	13,50	13,35	13,35	13,35	13,35
„Schaum Chemie Mikołów” (karta nr 520)	13,50	13,40	---	---	---

Do dnia 26.02.2007r., a więc trzeciego etapu negocjacji na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych dla Oddziału KWK „Halemba” w 2007r., zostały już otwarte oferty złożone w innych przetargach na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. do innych oddziałów - kopalni Kompanii Węglowej S.A. W większości przypadków otwarcie ofert miało miejsce w listopadzie i grudniu 2006r. Otwarcie ofert w przetargu na dostawy przedmiotowych pianek dla KWK „Halemba” (co miało miejsce w dniu 19.12.2006r.) zostało poprzedzone otwarciem ofert zgłoszonych m.in. w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy pianki dla Oddziałów KWK „Bielszowice”, KWK „Pokój”, KWK „Chwałowice”, KWK „Jankowice”, KWK „Szczygłowice (karty nr 196, 224-230). Ponadto do dnia 26.02.2007r. Kompania Węglowa S.A. zawarła z przedsiębiorcami, którzy zaoferowali najkorzystniejszą cenę, umowy na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. dla Oddziałów KWK „Chwałowice”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Knurów” i KWK „Szczygłowice” (karta nr 397-398).

Najniższa cena oferowana przez Spółkę A.Weber kopalni Kompanii, uzyskana w drodze różnych form negocjacji wynosiła 13,35 zł/kg. W przypadku oferowania takich samych cen przez oferentów uzyskanych w drodze indywidualnych negocjacji możliwe było podpisanie umowy na dostawy pian ze wszystkimi oferentami, którzy te ceny oferowali. Taka umowa została zawarta w dniu 20.03.2007r. na dostawy dla KWK „Sośnica Makoszowy”, a w dniu 22.03.2007r. dla KWK „Pokój”. W sytuacji wyłonienia dostawcy w drodze licytacji, kopalnie podpisywały umowy z jednym dostawcą (karta nr 103). Spółka A.Weber nie obniżyła ceny w drugim i trzecim etapie negocjacji dot. dostaw pianki izolacyjnej fenolowej dla KWK „Halemba”, ponieważ cena zaproponowana przez nią wcześniej w tym samym postępowaniu przetargowym była już ceną najniższą dla wszystkich kopalń Kompanii Węglowej S.A. i Spółka liczyła się z tym, iż Kompania może zażądać obniżenia wszystkich cen na poszczególne kopalnie (karta nr 103). Obawa ta była podyktowana polityką cenową Kompanii, zgodnie z którą celem negocjacji jest uzyskanie możliwie najniższych cen na oferowany asortyment materiałowy, przy równoczesnym kryterium ujednoczenia cen jednostkowych do cen minimalnych dla danego wyrobu w skali Kompanii Węglowej S.A. (karta nr 55). Polityka taka jest prowadzona przez Kompanię od 2005r., kiedy to Spółka Minova otrzymała od zamawiającego szereg pism wzywających do obniżenia wcześniej wynegocjowanych cen i zmiany zawartych już umów, których motywację stanowił fakt, iż ten sam produkt dostarczany jest do innych oddziałów Kompanii po niższej cenie (karty nr 195, 217-222).

Jak wskazano powyżej negocjacje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy pianek dla Oddziału KWK „Halemba” odbyły się po otwarciu ofert i analogicznych negocjacjach dotyczących dostaw dla innych kopalń Kompanii Węglowej S.A. Najniższa cena jaką oferowali dostawcy pianek wynosiła 13,35 zł/kg. Doświadczenie wynikające z udziału w tych postępowaniach wskazywało oferentom, że obniżenie ceny do 13,35 zł/kg netto z jednej strony jest niezbędne, a z drugiej strony może wystarczyć, do wygrania przedmiotowego przetargu na dostawę pianki fenolowej (karta nr 196).

W wyniku przeprowadzonego postępowania Kompania Węglowa S.A. w dniu 15.03.2007r. zawarła ze Spółką CarboTech umowę na zakup pianki izolacyjnej fenolowej dla Oddziału KWK „Halemba” na okres do dnia 31.12.2007r. Cena jednostkowa w tej umowie została ustalona na poziomie 13,35 zł/kg netto (karty nr 412-420).

Mając powyższe na uwadze Organ Antymonopolowy zważył, co następuje.

W dniu 21 kwietnia 2007r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331), która zastąpiła ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080; Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834). Przepis przejściowy zwarty w art. 131 ust. 1 tej ustawy stanowi, że do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie „nowej” ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Dlatego też, biorąc pod uwagę, że niniejsze postępowanie antymonopolowe wszczęte zostało pod rządami ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zastosowanie w przedmiotowej sprawie znajdują przepisy tej ustawy.

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy w jej okolicznościach mogło dojść do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego (obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska¹. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konkurencji chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego².

Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a zatem dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie³. Tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Jej istotą jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców,

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991r. sygn. akt XV Amr 8/90.

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 listopada 2003r. sygn. akt XVII Ama 105/02.

takich jak zmony przetargowe, czyli porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów, a więc wszelkie formy działań, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż ustalanie, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży towarów oraz uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie cen, a takie zachowania były przedmiotem zarzutów stawianych Spółkom A.Weber, Minova i CarboTech przez Kompanię Węglową S.A., godzą w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzą do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, wpływając tym samym na przebieg i wynik przetargu. Wskazane zachowania co do zasady rzutują na prawidłowość funkcjonowania mechanizmu konkurencji, który jest istotą każdego postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, że wymienione powyżej uzgadnianie cen oraz uzgadnianie warunków ofert składanych w przetargu stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która może skutkować w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraża zamawiającego na niekorzystne rozporządzanie środkami, których jest dysponentem.

Uznać zatem należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mógł zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadniało ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania uczestników niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 8 ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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. Pod pojęciem towarów rozumieć należy, w myśl art. 4 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

Pojęcie rynku właściwego odnosi się zatem 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 jakości⁴. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia asortymentowego, a także geograficznego.

W ocenie Organu Antymonopolowego zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia, na wykonanie którego zapotrzebowanie zgłosiła Kompania Węglowa S.A. w ramach

⁴ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 49.

postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nie objętego ustawą Prawo zamówień publicznych). Obejmowało ono zakup pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. dla Oddziału KWK „Halemba” spełniających wymagania określone w *Specyfikacji istotnych warunków zamówienia* (karty nr 576). Zdaniem Organu Antymonopolowego w ujęciu produktowym rynek właściwy obejmuje zatem pianki izolacyjne fenolowe, niepalne, możliwe do zastosowania w profilaktyce przeciw pożarowej i metanowej, uszczelniania wyrobisk, wykonywania i uszczelniania tam izolacyjnych i wentylacyjnych oraz uszczelniania zrobów poeksploatacyjnych. Pianki izolacyjne fenolowe z uwagi na swoje parametry techniczne, takie jak spienialność, wytrzymałość na ściskanie, trwałość oraz sposób aplikacji nie posiadają substytutów.

Zauważyć należy, iż dostawy pianek fenolowych miały być realizowane na zlecenie Kompanii Węglowej S.A. wyrażone w publicznej ofercie, ogłoszonej w *Czasopiśmie Środowiska Górniczego*. Potencjalnie oferta ta była zatem skierowana do wszystkich przedsiębiorców, którzy na terenie Polski zajmują się sprzedażą pianek izolacyjnych fenolowych na potrzeby górnictwa. Uczestnikami takiego rynku po stronie popytowej są przede wszystkim przedsiębiorcy z branży górniczej zajmujący się wydobywaniem węgla kamiennego. Z informacji przedstawionych przez Kompanię Węglową S.A. wynika, że po stronie podażowej jego uczestnikami są Spółki A.Weber, Minova i CarboTech oraz „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zdaniem Organu Antymonopolowego rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy. Uzasadnione jest to brakiem – na obszarze całego kraju – barier w dostępie do tego rynku i jednolitymi dla wszystkich przedsiębiorców warunkami konkurowania. Taki wniosek znajduje potwierdzenie w okoliczności, że przedsiębiorcy działający na rozpatrywanym rynku faktycznie prowadzą działalność w zakresie dostaw pianki izolacyjnej fenolowej dla górnictwa oraz są gotowi do spełnienia dodatkowych wymagań takich jak: wyposażenie użytkownika w pompę do wykonywania piany, dostarczenie zestawu pierwszej pomocy wyposażonego w środki medyczne oraz ochrony osobistej, wykonanie pomiarów na stanowiskach pracy w zakresie szkodliwości substancji oraz odbiór popłuczyn z czyszczenia pompy do utylizacji. Z drugiej strony nie jest uzasadnione dalsze rozszerzanie terytorialnego wymiaru przedmiotowego rynku np. na obszar krajów Unii Europejskiej. Wynika to między innymi ze specyfiki rynku, na którym zakupy realizowane są w dużej mierze w oparciu o procedury przetargowe oraz z faktu, iż w przetargach na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych organizowanych przez Kompanię Węglową S.A. nie wpłynęła w ostatnich latach żadna oferta przetargowa spoza granic kraju.

Podsumowując należy wskazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rynkiem właściwym jest krajowy rynek sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych.

W przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym Spółkom A.Weber, Minova i CarboTech postawiono zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającego na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych oraz porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert w zakresie ceny na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A. Zarzucane porozumienia odnoszą się do ustalania cen i mają charakter horyzontalny. Oba zarzuty dotyczą relacji pomiędzy przedsiębiorcami ubiegającymi się o uzyskanie konkretnego zamówienia, tj. zamówienia na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. dla KWK „Halemba”.

Stosownie do powołanego przepisu art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na:

- ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy),
- uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy).

Celem zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona konkurencji rozumianej jako współzawodnictwo niezależnie działających podmiotów zmierzających do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych, której nieodzownym elementem jest niezależne i powiązane z ryzykiem ustalanie przez przedsiębiorców własnej strategii rynkowej. Prawidłowe działanie mechanizmu stabilnej i efektywnej konkurencji wymaga zatem, aby uczestnicy rynku – posiadający niepełną wiedzę o przebiegu procesów rynkowych i działaniach swoich konkurentów – w samodzielny sposób, w oparciu o rachunek ekonomiczny, podejmowali decyzje odnośnie określania swoich zachowań na rynku, w tym warunków, na jakich zamierzają sprzedawać oferowane przez siebie towary. U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży więc postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest wykluczenie lub ograniczenie ryzyka związanego z suwerennym działaniem w warunkach konkurencji⁵. Dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, które mogą ograniczyć wolność działalności gospodarczej i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc tym samym do zniekształcenia konkurencji są zakazane i sprzeciwiają się założeniom gospodarki rynkowej.

Cena towaru stanowi jeden z podstawowych obszarów rywalizacji rynkowej między przedsiębiorcami. Stanowi ona tym samym zasadniczy czynnik wyznaczający warunki konkurencji. Konkurencja cenowa prowadzi do ich obniżania, co jest zjawiskiem korzystnym dla konsumentów, wymusza bowiem na przedsiębiorcach podnoszenie efektywności działania oraz redukowanie kosztów działalności tak, by było możliwe zaoferowanie towarów po cenach niższych niż konkurent. Stąd też porozumienie polegające na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen zostało wymienione przez Ustawodawcę jako pierwsze w katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję. W świetle art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem objęte są zarówno porozumienia między przedsiębiorcami reprezentującymi stronę podażową rynku (ustalenie cen sprzedaży), jak i stronę popytową rynku (ustalenie cen zakupu). Dla porozumienia cenowego nie jest przy tym istotne, aby zawarli je wszyscy uczestnicy danego rynku, wystarczy, że uczynią to co najmniej dwa podmioty. Ustawa zakazuje porozumień ustalających ceny w sposób bezpośredni, tzn. poprzez wskazanie konkretnej ceny towaru. Zakazem objęte są również porozumienia pośrednio ustalające ceny, które mają miejsce gdy przedsiębiorcy uzgodnili czynniki wpływające na wysokość ceny, np. ograniczenia w zakresie udzielania rabatów, ustalenie zasad kalkulacji ceny. W niniejszej sprawie zarzut oparty na art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy dotyczy ustalania przez Spółki A.Weber, Minova i CarboTech cen pianek izolacyjnych fenolowych i ściśle wiąże się z udziałem tych przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy tych towarów dla KWK „Halemba” oraz ze złożonymi przez nich ofertami.

Art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma za zadanie zapobieganie

⁵ M.A. Dausies, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 674.

i eliminowanie ograniczeń konkurencji w postępowaniach przetargowych. W każdym postępowaniu przetargowym, niezależnie od formy, musi być zachowana konkurencja. Istotą przetargu jest bowiem to, iż pomiędzy oferentami ubiegającymi się o zamówienie dochodzi do współzawodnictwa. Efektywna procedura przetargowa umożliwia wybór oferty najkorzystniejszej bądź to pod względem ceny, bądź też relacji ceny do innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu przetargu. Prowadzi to do racjonalizacji wydatków. Procesy konkurencji w trakcie postępowania przetargowego mogą jednak ulec zniekształceniu. To zniekształcenie konkurencji mające wpływ na wynik przetargu jest rezultatem uzgadniania przez przedsiębiorców warunków uczestnictwa w przetargu, w tym warunków składanych ofert, czyli tworzenia tzw. zmów przetargowych.

Porozumienie ograniczające konkurencję określone w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zwane w piśmiennictwie właśnie „zmową przetargową”, ma na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji tam, gdzie przedsiębiorca lub inny podmiot, rezygnując ze swobodnego doboru kontrahenta – bądź to dobrowolnie bądź wykonując obowiązki wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych – organizuje przetarg właśnie w celu zagwarantowania mechanizmu konkurencji w ubieganiu się o zlecenie. Porozumienie to niweczy pozytywne, oczekiwane efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej⁶. Zgodnie z brzmieniem art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzgodnieniu mogą podlegać dowolne warunki oferty, które objęte są postępowaniem przetargowym. Mogą to być warunki dotyczące ceny i zakresu prac, jak również inne parametry składanych ofert. Bez znaczenia jest, czy warunki te traktowane są przez organizatora przetargu jako kluczowe dla jego rozstrzygnięcia, czy też drugorzędne. Nie jest również istotne, czy i jakie skutki wywołało porozumienie; istotny jest zamiar przedsiębiorców wpłynięcia w niedozwolony sposób na rezultat przetargu⁷.

W przedmiotowej sprawie również zarzut oparty na art. 5 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy dotyczy cen, a mianowicie uzgodnienia cenowych warunków ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że ustalanie cen przez przedsiębiorców (tj. porozumienie poziome o koordynacji cen) uznawane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Ceny są bowiem, jak to już podnoszono powyżej, elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne między przedsiębiorcami, a zarazem wpływającym na wybór ofert przez odbiorców. Konkurencja cenowa między przedsiębiorcami pozwala na utrzymywanie cen na poziomie możliwym do zaakceptowania przez konkurentów i ich kontrahentów, a zarazem wymusza na tych pierwszych wzrost efektywności i redukcję kosztów⁸.

Podkreślenia wymaga również, że porozumienia, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zaliczone zostały przez ustawodawcę do jednych z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie korzystają one z wyłączenia w oparciu o tzw. zasadę *de minimis* określoną w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, który stanowi, że zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łącznych udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Jak już wskazano, zminy cenowe i przetargowe z powyższego wyłączenia nie korzystają. Oznacza to, że każde porozumienie tego rodzaju jest zakazane bez względu na udział rynkowy uczestniczących w nim przedsiębiorców.

⁶ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 85.

⁷ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 85.

⁸ *Ibidem*, s. 71.

Przechodząc do oceny zasadności postawionych w niniejszej sprawie zarzutów należy wskazać, że zawieranie porozumień ograniczających konkurencję, których generalny zakaz statuuje art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, może następować w sposób bezpośredni, na przykład pisemnie w umowie, bądź w następstwie uzgodnionego zachowania. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji przez porozumienia sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów należy rozumieć:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, 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.

W świetle powyższego porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, jak i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek innej formie. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma (pisemna, ustna), w jakiej zostało ono zawarte. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Porozumieniem może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów⁹.

Celem wyróżnienia praktyk uzgodnionych jako kategorii porozumień ograniczających konkurencję jest uniemożliwienie przedsiębiorcom obejścia zakazu zawartego w art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez stosowanie takich form koordynacji zachowań, które nie osiągnęły stadium umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej współpracy zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem¹⁰. Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹¹, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami¹². Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk¹³.

⁹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., s. 44.

¹⁰ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1972, 619) za: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, wpraw. T. Skoczny, W. Szpringer, Dom Wydawniczy ELIPSA, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

¹¹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., s. 45.

¹² S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa ...* – op.cit., s. 85.

¹³ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

Analizując okoliczności sprawy pod kątem ustalenia, czy pomiędzy Spółkami A.Weber, Minova i CarboTech doszło do zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w pierwszej kolejności należy rozważyć relację pomiędzy Spółkami Minova i CarboTech. Jak ustalono to w toku postępowania Spółka Minova jest właścicielem 100% udziałów w Spółce CarboTech. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Spółka Minova w chwili składania wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego była i nadal jest przedsiębiorcą dominującym w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a Spółka CarboTech jest przedsiębiorcą zależnym od tego przedsiębiorcy.

Mając powyższe na uwadze konieczne jest odwołanie się do orzecznictwa antymonopolowego, zgodnie z którym przez porozumienia należy rozumieć powiązania gospodarcze łączące niezależne (samodzielne) podmioty. Wynika to jasno z wypowiedzi Sądu Okręgowego w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził, że „na potrzeby stosowania ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym spółki zgrupowane w holdingu stanowią jeden organizm gospodarczy. Umowy zawierane pomiędzy spółkami zgrupowanymi w holdingu nie podlegają ocenie przepisów wspomnianej ustawy o zakazie zawierania porozumień monopolistycznych”.

„W niniejszej sprawie jest poza sporem, że założycielem holdingu (tzw. spółką – matką) jest spółka (...) posiadająca w podległych jej spółkach (spółki córki) 100% kapitału zakładowego. Z tej racji spółki (...) aczkolwiek posiadające tak jak wszystkie inne spółki prawa handlowego osobowość prawną i zdolność do czynności prawnych, nie są jednakże samodzielnymi podmiotami gospodarczymi. Zależą bowiem od spółki (...) która reprezentuje we wspomnianych spółkach zgromadzenie wspólników – najwyższy organ spółki, powołany m.in. do ustanowienia jej zarządu. Na kwestię samodzielności spółek – córek nie ma znaczenia zakres swobody jaki im pozostawia spółka – matka. Nawet bowiem nie wywieranie wpływu na działalność spółek w niczym nie zmienia ich charakteru, jako podległych spółce – matce. Z omawianych więc względów w prawie antymonopolowym obowiązuje zasada, że zgrupowane w holdingu spółki stanowią jeden organizm gospodarczy. (...) Innymi słowy na potrzeby stosowania ustawy antymonopolowej poza jej zainteresowaniem są wzajemne relacje pomiędzy spółkami zgrupowanymi w holdingu”¹⁴.

Również Sąd Najwyższy prezentuje stanowisko, iż „ograniczenia w stosowaniu ustawy dotyczą relacji pomiędzy firmą dominującą, z podmiotami zależnymi, czyli w ramach holdingu”¹⁵.

Tezy powyższe znajdują zarazem uznanie w poglądach doktryny.

„Mówiąc na gruncie ustawy antymonopolowej o porozumieniach należy mieć na uwadze, iż chodzi tutaj o powiązania gospodarcze łączące niezależne (samodzielne) podmioty, co w szczególności należy odnieść do przedsiębiorców. Zatem w umowach lub w innych formach powiązań gospodarczych ukierunkowanych na ograniczenie konkurencji, łączących zależnych przedsiębiorców podlegających wspólnemu podmiotowi dominującemu (...) lub zawieranych między podmiotem dominującym i podmiotem zależnym, co dotyczy zwłaszcza struktur holdingowych, nie należałoby upatrywać się znamion porozumienia. (...)”¹⁶.

„W doktrynie wypracowana została tzw. teoria „jednego przedsiębiorcy”, która formułuje podstawy do traktowania działań holdingów na gruncie prawa antymonopolowego. Zgodnie z tą teorią nie można przypisać porozumień ograniczających konkurencję przedsiębiorcom należącym do tej samej grupy kapitałowej”¹⁷.

¹⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 17.01.1995r., sygn. akt XVII Amr 54/95,

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.01.2001r.(sygn. akt I CKN 1036/98.

¹⁶ S. Gronowski Ustawa antymonopolowa – komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 1999r. str. 78.

¹⁷ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., str. 43.

„(...) jednostki zależne działające w grupie kapitałowej nie dysponują niezależnością (autonomią gospodarczą) – w stosunku do jednostki dominującej – nie mając swobody (pełnej swobody) decyzyjnej w zakresie kształtowania ich zachowań rynkowych. Brak takiej swobody wyklucza możliwość zakwalifikowania określonego zachowania jako porozumienia. (...) przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej – i tym samym będący uczestnikami („składnikami” jednego przedsiębiorstwa, z reguły nie konkurują między sobą. Z uwagi zaś na brak występowania stosunku konkurencji między nimi, nie jest możliwe naruszenie zakazu przewidzianego w art. 6 ust. 1 u.o.k.k.¹⁸ (...) Ponadto określone cele ekonomiczne (do których zmierza zawarte ze spółką – córką porozumienie), spółka dominująca może także osiągnąć poprzez wykonywania swych praw korporacyjnych posiadanych w tej pierwszej spółce.”¹⁹

Orzecznictwo w zakresie europejskiego prawa konkurencji także aprobuje przedmiotową tezę. Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że „*Chociaż art. 85 ust. 1 Traktatu nie stosuje się do porozumień i uzgodnionych praktyk między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy jako firma dominująca i firmy zależne, jeśli te przedsiębiorstwa tworzą jednostkę ekonomiczną, w ramach której firma zależna nie ma żadnej faktycznej samodzielności decydowania o działaniach na rynku, taka sytuacja nie zachodzi wówczas, gdy przedsiębiorstwo nie wykonuje nad innym żadnej kontroli innej, niż ta wynikająca z udziału w jego kapitale, który nie wystarcza na pokrycie większości udziałów.*”²⁰

W związku z tym porozumienia zawierane pomiędzy podmiotem dominującym, a podmiotem zależnym nie należą do kategorii porozumień, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i dlatego też nie powinny podlegać ocenie przepisów tej ustawy, zakazującej zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Spółki Minova i CarboTech w toku postępowania stwierdziły, że istniejący między nimi stan zależności prawnej nie ma żadnego wpływu na sposób sprzedaży produktów, a zarówno Spółki, jak i osoby odpowiedzialne za sprzedaż produktów, nie dokonują żadnych ustaleń ani co do cen katalogowych produktów, ani co do cen oferowanych w przetargach. Uzgodnienia takie nigdy nie miały miejsca i również w odniesieniu do przedmiotowego przetargu dla KWK „Halemba” obie Spółki przedstawiły swoje oferty niezależnie, nie ustalając cen (karty nr 147, 194). Twierdzenia powyższe nie stoją w sprzeczności z wyżej wyrażonym poglądem, iż porozumienia w ramach grupy kapitałowej nie podlegają ocenie w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wewnętrzna rywalizacja pomiędzy spółkami i podejmowane przez nie różniące się działania nie oznaczają, iż podmioty te samodzielnie funkcjonują na rynku. Oprócz powiązań kapitałowych przemawia za tym przede wszystkim fakt powiązań personalnych w ramach grupy kapitałowej. Minova jako spółka dominująca ma możliwość powoływania organów spółki zależnej, tj. zarządów i rad nadzorczych. Tym samym ma ona możliwość ingerencji w funkcjonowanie Spółki CarboTech, w tym na jej działania rynkowe takie jak np. polityka ustalania cen. Dodać również należy, że siedziby obu ww. Spółek znajdują się pod tym samym adresem.

Stąd też Spółki Minova i CarboTech należy traktować jako tworzące jeden organizm gospodarczy – jedną grupę kapitałową, co wyklucza ocenę ewentualnych porozumień między nimi, jako porozumień ograniczających konkurencję. Tym samym już tylko z tej przyczyny brak jest podstaw do uznania za porozumienie ograniczające konkurencję z art. 5 ust. 1 i 7

¹⁸ art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który jest odpowiednikiem art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów

¹⁹ K. Kohutek, M. Sieradzka „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2008, str. 259-260

²⁰ wyrok z dnia 6.04.1995r. w sprawie T-141/89 Trefileurope Sales SARL, wyrok z dnia 6.04.1995r. w sprawie T-145/89 Baustahlgewebe GmbH.

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zachowania ww. podmiotów w ramach przetargu na dostawę w 2007r. pianek izolacyjnych fenolowych dla KWK „Halemba”.

Miedzy uczestnikami postępowania antymonopolowego nie stwierdzono związków o charakterze obligacyjnym, zarówno przed, w trakcie, jak i po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla KWK „Halemba”. Przeprowadzone postępowanie dowodowe – nie wykazało też, aby Spółki A.Weber, Minova i CarboTech zawarły ze sobą jakiegokolwiek pisemne porozumienie odnoszące się do uczestnictwa w przedmiotowym przetargu. Tym samym brak jest bezpośrednich dowodów zawarcia przez ww. Spółki zarzucanego im porozumienia ograniczającego konkurencję.

Zdaniem Kompanii Węglowej S.A. o zawarciu porozumienia pomiędzy Spółkami A.Weber, Minova i CarboTech świadczy to, że przedsiębiorcy ci w ww. przetargu złożyli oferty sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych z identyczną ceną oraz odmówili podjęcia dodatkowych negocjacji w kierunku ich obniżenia.

Jak wskazano powyżej w celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa przez dokonywanie czynności nie spełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za porozumienia uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych²¹.

Innymi słowy warunkiem koniecznym do stwierdzenia, że doszło do zawarcia porozumienia, o jakim mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest udowodnienie, że kwestionowane zachowanie ma charakter skoordynowany, wynikający z uzgodnień między skarżonymi przedsiębiorcami. Analizując, czy w przedmiotowej sprawie mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, istotne znaczenie ma zatem to, w jaki sposób uczestnicy postępowania ustalali ceny w ofertach złożonych przez siebie w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę w 2007r. pianek izolacyjnych fenolowych dla KWK „Halemba”.

Jak wynika z dokumentów i wyjaśnień przedstawionych przez strony w toku postępowania antymonopolowego określając cenę pianki izolacyjnej fenolowej w ofertach złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu opierali się na sporządzonych przez siebie kalkulacjach kosztów. Kalkulacje te uwzględniały nie tylko koszty wytworzenia lub zakupu pianki, ale także wielkość jednorazowych dostaw z uwzględnieniem zróżnicowanych kosztów transportu i wymóg nieodpłatnego wypożyczenia sprzętu podającego produkt. Przy ustalaniu wysokości ceny pianki izolacyjnej fenolowej przedsiębiorcy mieli również na względzie wiarygodność ekonomiczną przyszłego kontrahenta. Bazując na wynikach dotychczasowej współpracy z Oddziałami Kompanii Węglowej S.A. liczyli się z tym, że termin płatności wynoszący 60 dni, może w praktyce ulec znacznemu wydłużeniu (nawet do 130 dni).

²¹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...* – op.cit., s. 45.

Spółki A.Weber, Minova i CarboTech uczestniczą w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych dla oddziałów Kompanii Węglowej S.A. od co najmniej kilku lat. Posiadają zatem doświadczenie i wynikającą z niego wiedzę co do poziomu cen, który umożliwi wygraną przetargu. Otwarcie ofert i negocjacje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy pianek dla KWK „Halemba” w 2007r. było poprzedzone otwarciem ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy tych materiałów w 2007r. dla innych oddziałów Kompanii Węglowej S.A., m.in. dla KWK „Bielszowice”, KWK „Pokój”, KWK „Chwałowice”, KWK „Jankowice”, KWK „Szczygłowice”. Wymienieni przedsiębiorcy uczestniczyli w każdym z nich. Do dnia 26.02.2007r., a więc trzeciego etapu negocjacji na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych dla Oddziału KWK „Halemba” w 2007r., zamawiający miał już pełny przegląd ofert złożonych przez dostawców w przetargach na dostawy tego materiału do jego oddziałów w 2007r. Większość ofert złożonych w poszczególnych postępowaniach została otwarta w listopadzie i grudniu 2006r., niemniej do dnia 26.02.2007r. Kompania Węglowa S.A. zawarła umowy na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. jedynie dla Oddziałów KWK „Chwałowice”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Knurów” i KWK „Szczygłowice” (karta nr 397-398).

Zarówno w ww. ofertach, jak i w umowach najniższą ceną było 13,35 zł/kg pianki. Doświadczenie nabyte przez Spółki A.Weber, Minova i CarboTech w toku postępowań o udzielenie zamówienia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. dla oddziałów Kompanii Węglowej S.A., których poszczególne etapy poprzedzały negocjacje dotyczące dostaw pianek dla KWK „Halemba”, wskazywało, że obniżenie ceny do 13,35 zł/kg jest z jednej strony konieczne, z drugiej zaś wystarczające do tego, aby zapewnić sobie realną szansę na zdobycie kontraktu. W konsekwencji Spółki A.Weber, Minova i CarboTech dysponując analogicznym doświadczeniem miały podstawy do tego, by niezależnie od siebie w toku negocjacji zaproponować dla KWK „Halemba” stawkę 13,35 zł/kg pianki izolacyjnej fenolowej. W świetle tych faktów cena przedmiotowego materiału zaoferowana przez ww. Spółki Kompanii Węglowej S.A. była wynikiem analizy kosztowej i wiedzy o poziomie ceny, który może wystarczyć do wygrania przetargu, a nie wzajemnych uzgodnień stron.

Organ Antymonopolowy nie dopatrył się koordynacji zachowań Spółek A.Weber, Minova i CarboTech w celu ograniczenia konkurencji w toku przedmiotowego przetargu. Takiemu wnioskowi przeczy przebieg tego przetargu. Przystąpili do niego czterej przedsiębiorcy. Spółka A.Weber zaproponowała stawkę 13,35 zł/kg, Spółki Minova i CarboTech oraz „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. – 13,50 zł/kg. W kolejnym etapie postępowania jedynie Spółka A.Weber nie obniżyła ceny. Pozostali uczestnicy przetargu obniżyli stawkę, Spółki Minova i CarboTech do 13,35 zł/kg, a „Schaum Chemie Mikołów” Sp. z o.o. do 13,40 zł/kg. Kompania Węglowa S.A. oczekiwała dalszego obniżenia ceny i przeprowadziła ponowne negocjacje. Uczestniczyli w nich już tylko ci przedsiębiorcy, którzy zaoferowali najkorzystniejszą stawkę, czyli Spółki A.Weber, Minova i CarboTech. Żaden z tych przedsiębiorców nie zareagował jednak pozytywnie na oczekiwania zamawiającego ponieważ dalsze postąpienie mogło spowodować konieczność obniżenia cen wcześniej wynegocjowanych dla innych oddziałów zamawiającego. Kompania Węglowa S.A. realizuje bowiem politykę cenową, zgodnie z którą dąży do uzyskania najniższej możliwej ceny przy równoczesnym zachowaniu kryterium ujednoczenia cen jednostkowych do cen minimalnych dla danego wyrobu w skali całej Kompanii. W konsekwencji oczekuje od dostawców stosowania jednolitych cen na ten sam produkt dla dostaw do jej wszystkich oddziałów, bez względu na wielkość dostaw, odległość i koszty transportu lub dodatkowe świadczenia. W tym miejscu trzeba również zauważyć, że stawka 13,35 zł/kg odpowiadała najniższej z dotychczas wynegocjowanych stawek cen za dostawę pianek izolacyjnych fenolowych w 2007r. Co więcej oferta ww. Spółek zyskała aprobatę Komisji Przetargowej. Komisja Przetargowa oceniła efekty postępowania pod kątem wzrostu ceny jednostkowej i stwierdziła

tylko niewielki wzrost tej ceny wynoszący 1,14% w stosunku do ceny z roku poprzedniego, uznając zarazem efekty negocjacji za zadawalające (karta nr 55).

Ustalenie cen na poziomie 13,35 zł/kg należy ocenić jako racjonalne zachowanie przedsiębiorców składających ofertę, oparte na kalkulacji kosztów związanych z realizacją zamówienia dla KWK „Halemba” i praktyce wynikającej z uczestnictwa w przetargach na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych do innych kopalń Kompanii Węglowej S.A., które zostały wszczęte przed przedmiotowym przetargiem i były prowadzone równoległe z nim lub zostały zakończone wcześniej, tzn. przed ostatnim etapem negocjacji, który miał miejsce w dniu 26.02.2007r. Brak woli Spółek A.Weber, Minova i CarboTech do dalszego obniżenia ceny zdaniem Kompanii Węglowej S.A. miał być wynikiem zмовы. Postawa ww. przedsiębiorców i ich odmowa zejścia z ceną poniżej stawki 13,35 zł/kg, nie budzi jednak wątpliwości jeśli uwzględni się w jej ocenie fakt, iż ww. stawka jest tylko nieznacznie, bo jedynie o 1,14%, wyższa od najlepszej ceny pianki izolacyjnej fenolowej wynegocjowanej przez Kompanię Węglową S.A. w 2006r. Jeśli porównać stawkę 13,35 zł/kg z najkorzystniejszą ceną pianki z 2005r., wynoszącą 12,90 zł/kg, to okazuje się, że na przestrzeni dwóch lat cena tego materiału wzrosła jedynie o 3,49%.

Istotą przetargu jest to, iż w trakcie jego trwania pomiędzy oferentami ubiegającymi się o zamówienie publiczne dochodzi do konkurencji, dzięki czemu osiąga się najniższą cenę kontraktu lub innych warunków przetargu, co prowadzi do racjonalizacji wydatków budżetowych. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą jednak ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert firm przystępujących do przetargów. Porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź kilku przetargów, co jest bardziej rozpowszechnione. Ciągłość istnienia jest charakterystyczną cechą większości zмów przetargowych. Ciągłość ta pozwala na wypracowanie taktyki działania kartelu.

Typową taktyką uzgadniania ofert w ramach zмовы przetargowej jest m.in.:

- a) rotacja ofert, polegająca na tym, że konkurenci umawiają się, że będą zwyciężać w przetargach na zmianę. W kolejnych przetargach tylko jeden z nich dostarcza – wcześniej uzgodnioną - ofertę „zwycięską”,
- b) podział rynku, polegający na umówieniu się przez oferentów, kto z nich wygra na danym rynku wg kryterium geograficznego lub innego,
- c) podział zysku, polegający na tym, iż oferenci umawiają się i wyznaczają z góry kto wygra przetarg, sami nie składając ofert albo składając oferty komplementarne (gorsze) w zamian za co wygrywający wypłaca pozostałym sumę pieniędzy która pochodzi z dodatkowych zysków, uzyskanych wskutek zawartego porozumienia.

Wysokość cen zaferowanych przez uczestników postępowań na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla poszczególnych Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2005r, w 2006r. i w 2007r. była zróżnicowana. Wynika to jasno z danych zawartych w *Tabelach nr 1-3* w załączniku nr 1 do niniejszej decyzji. I tak np. w 2005r. rozpiętość cen w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy pianki, w których uczestniczyły Spółki A.Weber, Minova i CarboTech, dla KWK „Piast” wynosiła 0,34 zł/kg (*Tabela nr 1*, kolumna 9) kolumna, a dla KWK „Jankowice” – 0,20 zł/kg (*Tabela nr 1*, kolumna 11). Podając przykłady postępowań zakończonych w 2006r. można wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy pianki dla KWK „Szczygłowice” ww. Spółki zaferowały ceny różniące się o 0,22 zł/kg (*Tabela nr 2*, kolumna 1), zaś ubiegając się o kontrakt na dostawy pianki w 2006r. dla KWK „Bielszowice” ww. Spółki zaproponowały ceny różniące się 0,23 zł/kg (*Tabela nr 2*, kolumna 3). Do podobnych wniosków prowadzi analiza cen zaferowanych przez Spółki A.Weber, Minova i CarboTech w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia zakończonych w 2007r. W tym okresie różnice w

cenach pianek izolacyjnych fenolowych ww. dostawców zaoferowanych w poszczególnych przetargach wynosiły od 0,05 zł/kg do 0,15 zł/kg (*Tabela nr 3*).

Należy zauważyć, iż również spółki należące do jednej grupy kapitałowej, tj. Minova i CarboTech, oferowały zróżnicowane ceny. Tytułem przykładu można wskazać postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych w 2005r. dla KWK „Piaś”, KWK „Bobrek-Centrum”, KWK „Brzeszcze-Silesia”, KWK „Jankowice”, ZG „Piekary” KWK „Bielszowice” (*Tabela nr 1* kolumny 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14). Podobnie rzecz się ma w 2006r. (*Tabela nr 2*). W ośmiu, spośród dziesięciu postępowań o udzielenie zamówienia zakończonych w tym okresie, w których uczestniczyły obie ww. Spółki, złożyły one zróżnicowane oferty cenowe. Do takich samych wniosków prowadzi ocena danych dotyczących przetargów zakończonych w 2007r. (*Tabela nr 3*). W ośmiu z dwunastu postępowań, w których ww. Spółki konkurowały o uzyskanie zlecenia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych, Spółki te zaproponowały odmienne stawki.

Dane ujęte w *Tabelach nr 1-3* wskazują także wyraźnie, iż Spółki A.Weber, Minova i CarboTech nie stosowały jednolitego cennika na pianki izolacyjne fenolowe. Ceny zaoferowane przez każdą z tych Spółek w poszczególnych przetargach były zróżnicowane, wahają się w górę bądź w dół, co wskazuje, jak to podnoszono powyżej, że ceny te były oparte na kalkulacjach kosztów oraz na doświadczeniu wyniesionemu z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy pianek, co do poziomu ceny, który może zagwarantować zdobycie kontraktu.

Dowody zebrane w sprawie, a zwłaszcza analiza wyników przetargów na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych na potrzeby kopalń Kompanii Węglowej S.A. w latach 2005-2007 nie dają podstaw do przyjęcia, że Spółki A.Weber, Minova i CarboTech zastosowały którąkolwiek z ww. taktyk. Ceny proponowane przez ww. przedsiębiorców w poszczególnych przetargach były zróżnicowane. Zamawiający wybierał ofertę najkorzystniejszą, i w zależności od przetargu była to oferta Spółki A.Weber, albo Spółki Minova, albo Spółki CarboTech. Wyniki postępowań o udzielenie zamówienia nie dają podstaw do stwierdzenia budzącej wątpliwość rotacji ofert, podziału rynku, czy też podziału zysku. Wyniki postępowań przetargowych nie wskazują na uzgadnianie przez ww. przedsiębiorców, uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia, warunków składanych ofert, w szczególności ceny. Tym bardziej brak argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że ww. przedsiębiorcy podjęli działania w ramach przetargów organizowanych przez Kompanię Węglową S.A., których celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

W tych okolicznościach nie można zasadnie twierdzić, że zamiarem oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy pianek izolacyjnych fenolowych dla KWK „Halemba” było wzajemne uzgodnienie złożonych ofert mających na celu wpłynięcie w niedozwolony sposób na rezultat przetargu.

W niniejszej sprawie podnieść także należy, iż stosownie do treści art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - do postępowania dowodowego przed Organem Antymonopolowym stosuje się odpowiednio przepisy art. 227 – 315 k.p.c. Powoduje to, że ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania antymonopolowego w stopniu większym, niż w postępowaniu dowodowym prowadzonym według przepisów k.p.a. Tymczasem Kompania Węglowa S.A. nie dostarczyła, ani nie wskazała do przeprowadzenia Organowi Antymonopolowemu żadnych dowodów - zarówno we wniosku i jego uzupełnieniu, z których mogłoby wynikać, że Spółki A.Weber, Minova i CarboTech świadomie współdziałały w celu ograniczenia konkurencji w toku przedmiotowego przetargu. Z kolei uczestnicy postępowania podkreślali, że zarzuty Kompanii Węglowej S.A. oparte zostały wyłącznie na stwierdzeniu

faktu zaoferowania przez nich w toku postępowania o udzielenie zamówienia takich samych cen za 1 kg pianki izolacyjnej fenolowej i wyprowadzeniu z niego błędnego wniosku o zawarciu przez nim porozumienia, przy braku jakichkolwiek dowodów na poparcie tej tezy. Podkreślić trzeba, iż również postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Organ Antymonopolowy nie dostarczyło dowodów pozwalających na uznanie zarzutów Kompanii Węglowej S.A. za zasadne, co zostało wykazane w uzasadnieniu niniejszej decyzji.

Mając powyższe na uwadze Organ Antymonopolowy – kierując się wymogami postępowania dowodowego – uznał, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie stanowi podstawy do zakwalifikowania działań uczestników postępowania, opisanych we wniosku Kompanii Węglowej S.A., jako porozumień ograniczających konkurencję polegających na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych, w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na uzgadnianiu warunków składanych ofert w zakresie ceny na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A., w sposób określony w art. 5 ust. 1 pkt 7 ww.

Stąd orzeczono jak w punkcie I sentencji decyzji.

II. Zgodnie z art. 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów Organ Antymonopolowy rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

Organ Antymonopolowy, wraz z zawiadomieniem o zakończeniu zbierania materiału dowodowego, poinformował strony postępowania, iż w świetle art. 76 ustawy o ochronie konkurencji roszczenie o zwrot kosztów wygasa, jeżeli w terminie 7 dni od daty otrzymania tego pisma, strony nie złożą spisu kosztów albo wniosku o przyznanie kosztów według przepisów odrębnych (karty nr 712, 713). W określonym powyżej terminie Spółki Minova i CarboTech wniosły o zwrot kosztów postępowania według norm przepisanych (karty nr 719, 720). Spółka A.Weber zwróciła się o przyznanie kosztów zgodnie ze złożonym spisem kosztów opiewającym na kwotę 1.180 zł (karta nr 723-724). Ww. Spółki były reprezentowane w postępowaniu przez pełnomocników – radców prawnych (karty nr 118, 152, 200).

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji nie stwierdzono aby Spółki A.Weber, Minova oraz CarboTech zawarły zarzucane im przez Kompanię Węglową S.A. porozumienie ograniczające konkurencję polegającego na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży pianek izolacyjnych fenolowych lub na uzgadnianiu warunków składanych ofert w zakresie ceny na dostawę pianek izolacyjnych fenolowych dla Kompanii Węglowej S.A.

Zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – w postępowaniu wszczętym na wniosek - strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić drugiej stronie, na jej żądanie, koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (...). Stosownie do art. 69 ust. 3 ww. ustawy, do niezbędnych kosztów postępowania strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się jego wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż wynikające ze stawek opłat określonych w odrębnych przepisach. Wymienione stawki opłat zawarte są w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.). Zgodnie z § 14 ust. 3 pkt 1 cytowanego rozporządzenia w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stawka minimalna wynosi 360 PLN. Natomiast § 2 ust. 1 stanowi, że zasądzając opłatę za czynności radcy prawnego z tytułu zastępstwa prawnego, sąd bierze pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocnika, a także charakter sprawy i wkład pracy pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i

rozstrzygnięcia. W myśl §2 ust. 2 podstawę zasadzenia opłaty stanowią stawki minimalne określone w rozdziałach 3-4. Opłata ta nie może być wyższa niż sześciokrotna stawka minimalna ani przekraczać wartości przedmiotu sprawy.

W związku z powyższym Organ Antymonopolowy postanowił przyznać Spółce Minova, Spółce CarboTech oraz Spółce A.Weber koszty w kwocie 360 zł dla każdej z nich. Decydując o wysokości przyznanych kosztów Organ Antymonopolowy wziął pod uwagę charakter i ilość pism złożonych przez każdą z ww. Spółek w toku postępowania, w tym pism podpisanych przez pełnomocnika, oraz fakt, iż pełnomocnicy ww. Spółek zapoznali się ze zgromadzonym materiałem dowodowym, w tym pełnomocnik Spółki Minova i Spółki CarboTech - dwukrotnie (karta nr 349, 718, 722).

Decydując o wysokości kosztów Organ Antymonopolowy uwzględnił także stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który stwierdził, że przyznanie opłaty wyższej od stawki minimalnej określonej w rozporządzeniu uzasadnione musi być rodzajem i stopniem zawłości sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy radcy prawnego (postanowienie z dnia 28.06.2005r. sygn. akt VI ACz 947/05). Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności Organ Antymonopolowy uznał, że w niniejszej sprawie zasadnym jest przyznanie każdej z ww. Spółek kosztów w wysokości stawki minimalnej.

Mając zatem na względzie wynik przeprowadzonego postępowania, które nie potwierdziło zasadności podniesionych przez Kompanię Węglową S.A. zarzutów, jak również wnioski dotyczące zwrotu kosztów, Organ Antymonopolowy postanowił, jak w punkcie II sentencji.

Na postanowienie zawarte w punkcie II niniejszej decyzji, na podstawie art. 78 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art.479²⁸ § 1 pkt 2 k.p.c. przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach, w terminie tygodnia od dnia doręczenia.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Maciej Fragsztajn