



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE
Pl. Szczepański 5
31-011 Kraków
Tel./fax (0-12) 421-75-79, 421-74-98
E-mail: krakow@uokik.gov.pl

RKR-410-2/13/WJ-52/13

Kraków, dnia 30 grudnia 2013 r.

DECYZJA Nr RKR - 51/2013

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 5 i 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 - uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte na regionalnym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie, pomiędzy:
 - „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu oraz
 - Stanisławą Dziewit, prowadzącą działalność gospodarczą w Chorzelowie,polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców w ramach przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w roku 2012 przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz innych zachowań, takich jak rezygnacja z zawarcia umowy i doprowadzenia w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- i jednocześnie stwierdza się zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 8 czerwca 2012 r.
- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 5 i 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- nakłada się na wskazanych wyżej przedsiębiorców kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w zakresie opisanym w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji, w następujących wysokościach:

- „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu - karę w wysokości 88.067 zł (słownie: osiemdziesiąt osiem tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych) oraz
- Stanisławę Dziewit, prowadzącą działalność gospodarczą w Chorzelowie – karę w wysokości 1.308 zł (słownie: tysiąc trzysta osiem złotych),

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 *ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) w związku z art. 83 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści przepisów art. 33 ust. 5 i 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- obciąża się wskazanych wyżej przedsiębiorców kosztami niniejszego postępowania antymonopolowego oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji, do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania, w następujących kwotach:

- „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu - kosztów w kwocie 40 zł (słownie: czterdzieści złotych) oraz
- Stanisławę Dziewit, prowadzącą działalność gospodarczą w Chorzelowie - kosztów w kwocie 40 zł (słownie: czterdzieści złotych).

UZASADNIENIE

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Krakowie wpłynęło zawiadomienie Zespołu Opieki Zdrowotnej w Dębicy (zwanego dalej „Zawiadamiającym” lub „ZOZ w Dębicy”) dotyczące nieprawidłowości w trakcie prowadzonego przez niego w okresie od maja do lipca 2012 r. przetargu nieograniczonego na dostawę pieczywa pn. „Pieczywo w pakietach I – II dla kuchni szpitalnej w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy”. Zawiadamiający poinformował, że do przetargu tego przystąpili m.in. przedsiębiorcy:

- „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu (zwany dalej „Młyn Malinie”) oraz
- Stanisława Dziewit, prowadząca działalność gospodarczą w Chorzelowie (zwana dalej „Stanisława Dziewit”).

Oferty tych przedsiębiorców zajęły w przedmiotowym przetargu odpowiednio pierwsze i drugie miejsce, przy zastosowaniu kryteriów najniższej ceny oraz stabilności cen. Zobowiązany do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego „Młyn Malinie”,

bez podania przyczyn, zrezygnował z jej zawarcia. Natomiast zawarcia takiej umowy domagała się Stanisława Dziewit, w trybie art. 94 ust. 3 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (Dz. U z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm. – zwanej dalej „*Prawem zamówień publicznych*”). Zgodnie z tym przepisem – „*jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...), zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (...)*”. Zawiadamiający podkreślił, że Stanisława Dziewit dwukrotnie żądała zawarcia umowy o zamówienie publiczne, pomimo iż nie była przez niego informowana o odmowie zawarcia takiej umowy przez „Młyn Malinie”. Zawiadamiający wywnioskował więc, że informację o powyższej okoliczności wymienieni oferenci musieli sobie wzajemnie przekazać, co jego zdaniem świadczy o podjętym z góry zamiarze narzucenia wyższej ceny wykonania zamówienia. Zwłaszcza, że w przypadku konieczności zawarcia umowy o zamówienie publiczne ze Stanisławą Dziewit Zawiadamiający zmuszony byłby zapłacić 22.050 zł więcej, niż gdyby umowę taką miał zawrzeć z „Młyn Malinie”.

W celu zweryfikowania przedstawionych wyżej podejrzeń Zawiadamiającego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „Prezesem Urzędu”) przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie przetargów na dostawy pieczywa do jednostek budżetowych, m.in. takich jak: zakłady opieki zdrowotnej, szpitale, ośrodki (domy) pomocy społecznej, ośrodki szkolno wychowawcze, schroniska dla nieletnich, szkoły, przedszkola, zorganizowanych w latach 2010 - 2012. W toku przedmiotowego postępowania dokonano analizy dokumentacji zamówień publicznych, do których przystąpili jednocześnie obaj przedsiębiorcy, tj. „Młyn Malinie” oraz Stanisława Dziewit.

Mając na uwadze, że zebrany w ramach ww. postępowania materiał potwierdził możliwość naruszenia przepisów *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm. – zwanej dalej „*ustawą antymonopolową*”), postanowieniem Nr RKR – 110/2013 z dnia 18 kwietnia 2013 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez:

- „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu oraz

- Stanisławę Dziewit, prowadząca działalność gospodarczą w Chorzelowie,

praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w ramach przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w roku 2012 przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz innych zachowań, takich jak rezygnacja z zawarcia umowy i doprowadzenia w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia

- co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*, polegające na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na krajowym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych.

Jednocześnie z wszczęciem przedmiotowego postępowania antymonopolowego w poczet dowodów w tym postępowaniu zaliczono w całości materiał zebrany w trakcie ww. postępowania wyjaśniającego o sygnaturze RKR-400-20/12/WJ, wszczętego w sprawie przetargów na dostawy pieczywa do jednostek budżetowych, m.in. takich jak: zakłady opieki zdrowotnej, szpitale, ośrodki (domy) pomocy społecznej, ośrodki szkolno wychowawcze, schroniska dla nieletnich, szkoły, przedszkola, organizowanych w latach 2010 - 2012.

W dniu 18 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu skierował również do przedsiębiorców - „Młyn Malinie” oraz Stanisławy Dziewit zawiadomienie o wszczęciu ww. postępowania antymonopolowego, z wezwaniem do ustosunkowania się do zarzutów tego postępowania oraz przedłożenia dalszych wyjaśnień i dokumentów w sprawie.

Odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strony zaprzeczyły zarzutom stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Stanisława Dziewit zapewniła, że nigdy nie uzgadniała cen z „Młyn Malinie”, przyznając jednocześnie, iż w prowadzeniu działalności pomaga jej mąż oraz syn [...] – będący wraz z nią współnikiem „Młyn Malinie”, wyłącznie uprawnionym do jego reprezentacji. Podniosła jednak, że nie informują się wzajemnie o przetargach, do których przystępują, ponieważ prowadzą konkurencyjne wobec siebie działalności. W odniesieniu do przetargu zorganizowanego przez Zawiadamiającego Stanisława Dziewit poinformowała, że o niezawarcie umowy pomiędzy nim a „Młyn Malinie” dowiedziała się od pracowników tego pierwszego, w momencie kiedy kontaktowała się z nimi w celu ustalenia, czy prowadzone będą kolejne podobne przetargi. W jej ocenie nie mogła jednak na Zawiadamiającym wymusić zawarcia umowy o realizację zamówienia, ponieważ brak jest przepisów nakładających na niego taki obowiązek. Kolejne kontakty z Zawiadamiającym miały zatem jedynie na celu wykazanie mu, że naruszył prawo przekazując jej błędne informacje. Stanisława Dziewit nie wyjaśniła jednak o jakie błędne informacje chodzi. W zakresie pozostałych zarzutów objętych niniejszym postępowaniem antymonopolowym Stanisława Dziewit podniosła, że nie zawsze możliwa jest realizacja zamówienia publicznego, zwłaszcza w sytuacji, gdy oferty składa się w kilku przetargach, a wykonać można tylko jedno z nich. Wówczas wybiera się najbardziej opłacalne zamówienie, rezygnując z pozostałych i nie zwracając uwagi, jaka oferta była w danym przetargu na drugim miejscu. Zdaniem Stanisławy Dziewit takie analizowanie jakie oferty zajęły kolejne miejsca byłoby nielogiczne, bowiem zamawiający nie ma obowiązku zawarcia umowy z drugim podmiotem pod względem atrakcyjności oferty, lecz może zorganizować nowy przetarg. W ten sposób nikt z rzekomo zmawiających się nie uzyska zamówienia. Stanisława Dziewit podkreśliła, iż miała prawo zrezygnować z zawarcia umowy w wyniku wygrania przetargu, jeżeli uznała ją w świetle aktualnych okoliczności za niekorzystną, co wcale nie świadczy o istnieniu zmywy cenowej pomiędzy nią a innym przedsiębiorcą. Ponadto zwróciła uwagę, iż z reguły do przetargu przystępują także inni oferenci, aby więc zagwarantować sobie pewność, że oferty jej i „Młyn Malinie” zajmą kolejno 1 i 2 miejsce musiałyby one tylko nieznacznie różnić się od siebie, co również nie miało miejsca. Podobnie „Młyn Malinie” oświadczył, że nigdy nie uzgadniał ze Stanisławą Dziewit cen ofertowych w przetargach, do których przystępowali. „Młyn Malinie” wyjaśnił, iż nie wie od kogo Stanisława Dziewit uzyskała informację o odmowie zawarcia umowy pomiędzy nim a Zawiadamiającym. Jednocześnie przyznał, iż udzielił jej odpowiedzi dlatego nie doszło do podpisania tej umowy, gdyż postępowanie przetargowe jest jawne, nie orientuje się jednak jakie dalsze działania Stanisława Dziewit podjęła w przedmiotowej sprawie. „Młyn Malinie” podkreślił, że bierze udział w dużej ilości przetargów i nie zawsze ostatecznie podpisuje umowy, czasem okazuje się bowiem, że realizacja umowy jest dla niego niekorzystna, a czasem pojawia się lepsze zlecenie. Według zapewnień

„Młyn Malinie” jego decyzja w tym zakresie nie ma żadnego związku z okolicznością, że drugie miejsce w danym przetargu zajęła Stanisława Dziewit. Wobec powyższych wyjaśnień „Młyn Malinie” uznał, iż nie można mówić o zmywie cenowej pomiędzy nim a Stanisławą Dziewit.

Postanowieniem Nr RKR - 276/2013 z dnia 29 listopada 2013 r. organ antymonopolowy zmienił treść postanowienia Nr RKR - 110/2013 z 18 kwietnia 2013 r.,

modyfikując definicję rynku właściwego, który w tym zakresie winien być określony, jako „regionalny rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie”. W tym stanie rzeczy, od dnia 29 listopada 2013 r. postępowania antymonopolowe w niniejszej sprawie wciąż prowadzone było zatem pod dotychczasowym zarzutem stosowania przez:

- „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu oraz

- Stanisławę Dziewit, prowadząca działalność gospodarczą w Chorzelowie,

praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w ramach przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w roku 2012 przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz innych zachowań, takich jak rezygnacja z zawarcia umowy i doprowadzenia w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia

- co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegające na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na regionalnym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie.

Wyżej przedstawiony rynek właściwy oraz zarzut antymonopolowy znalazły odzwierciedlenie w sentencji niniejszej decyzji.

Zawiadomieniem z dnia 13 grudnia 2013 r. strony niniejszego postępowania poinformowane zostały o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz przysługującym im prawie do zapoznania się z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach postępowania antymonopolowego. Strony postępowania zrezygnowały z zapoznania się z aktami niniejszej sprawy.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Stanisława Dziewit prowadzi działalność gospodarczą pod własnym imieniem i nazwiskiem, na podstawie wpisu dokonanego w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Jak wynika z wpisu do CEIDG, główne miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez Stanisławę Dziewit znajduje się w Chorzelowie 84, natomiast dodatkowym miejscem jej wykonywania jest Malinie 375A. Stanisława Dziewit doprecyzowała dodatkowo, że działalność taką prowadzi również pod adresem Borowa 66 (jej pismo z dnia 17 maja 2013 r., karty 1228 – 1230 akt adm.). Z wpisu do CEIDG wynika, że Stanisława Dziewit prowadzi działalność gospodarczą od 1 sierpnia 1993 r. Przedmiotem tej działalności jest m.in. skup zboża (PKD 46.21.Z), wytwarzanie i sprzedaż produktów przemiału zbóż (PKD 10.61.Z), produkcja i sprzedaż pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek (PKD 10.71.Z) oraz transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z). Taką też działalność Stanisława Dziewit faktycznie realizuje (jej pismo z dnia 17 maja 2013 r., karty 1228 – 1230 akt adm.).

„Młyn Malinie” prowadzi działalność gospodarczą pod firmą „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu, na podstawie wpisu dokonanego w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000298907. Wykazanymi w KRS wspólnikami „Młyn Malinie” są: [...] Dziewit oraz Stanisława Dziewit. [...] Dziewit

jest współnikiem wyłącznie uprawnionym do reprezentowania spółki w zakresie wszystkich czynności sądowych i pozasądowych, natomiast Stanisława Dziewit jest współnikiem „Młyn Malinie”, bez prawa jego reprezentacji i prowadzenia spraw spółki. Zgodnie z odpisem z KRS, miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez „Młyn Malinie” znajduje się w Maliniu 375. „Młyn Malinie” doprecyzował dodatkowo, że działalność taką prowadzi również pod adresem Borowa 66 (jego pismo z dnia 17 maja 2013 r., karty 1220 – 1227 akt adm.). Z odpisu z KRS wynika, że „Młyn Malinie” prowadzi działalność gospodarczą od 11 lutego 2008 r. Przedmiotem tej działalności jest m.in. skup zboża (PKD 46.21.Z), wytwarzanie i sprzedaż produktów przemiału zbóż (PKD 10.61.Z), produkcja i sprzedaż pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek (PKD 10.71.Z) oraz transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z). Taką też działalność „Młyn Malinie” faktycznie wykonuje (jego pismo z dnia 17 maja 2013 r., karty 1220 – 1227 akt adm.).

Pismem z dnia 17 maja 2013 r. „Młyn Malinie” wyjaśnił, że wyżej określoną działalność gospodarczą prowadzi samodzielnie. Dla potrzeb jej wykonywania dzierżawi razem ze Stanisławą Dziewit piekarnię - zakład produkcyjny wyposażony w niezbędne zabudowania i urządzenia: pomieszczenia i linie produkcyjne, magazyny, instalacje, środki produkcji i łączności oraz wszelkie inne potrzebne wyposażenie - położoną w Borowej 66, której właścicielem jest „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu. „Młyn Malinie” dysponuje natomiast własnymi środkami transportu, których jest wyłącznym właścicielem oraz zatrudnia własnych pracowników, na podstawie umów o pracę. „Młyn Malinie” doprecyzował, że działalność jego i Stanisławy Dziewit są całkowicie niezależne, to znaczy każde z nich osobno dzierżawi piekarnię. Jednocześnie przyznał, że Stanisława Dziewit jest matką [...] Dziewita, wyłącznie uprawnionego do reprezentowania i prowadzenia wszystkich spraw spółki (wyjaśnienia „Młyn Malinie” z dnia 17 maja 2013 r., karty 1220 – 1221 akt adm.). Podobnie Stanisława Dziewit w piśmie z dnia 17 maja 2013 r. oświadczyła, że prowadzi działalność gospodarczą samodzielnie. W tym celu dzierżawi zlokalizowaną w Borowej 66 piekarnię, czyli zakład produkcyjny wyposażony w niezbędne zabudowania i urządzenia, w tym środki łączności oraz wynajmuje środki transportu, których właścicielem jest „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Wyjaśniła również, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej korzysta z pracowników zatrudnionych w „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Na wezwanie Prezesa Urzędu Stanisława Dziewit doprecyzowała, że z ww. piekarni i środków łączności korzysta razem z „Młyn Malinie”, natomiast środkami transportu dysponuje tylko jej firma. Podkreśliła także, iż działalność jej i „Młyn Malinie” są całkowicie niezależne, to znaczy nie korzystają ze wspólnych pracowników, lecz jedynie wspólnie dzierżawią piekarnię i środki łączności. Jednocześnie Stanisława Dziewit przyznała, że jest współnikiem „Młyn Malinie”, bez prawa reprezentacji i prowadzenia spraw spółki, a jej udział w zyskach i stratach „Młyn Malinie” wynosi 3 % (pismo Stanisławy Dziewit z dnia 17 maja 2013 r., karty 1228 – 1230 akt adm.).

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu, wpisany do KRS pod numerem 0000353000, prowadzi działalność gospodarczą od 31 marca 2010 r. Wykazanymi w KRS współnikami „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. są: [...] Dziewit, który dysponuje 60 udziałami o łącznej wartości 3.000 zł oraz Stanisława Dziewit, która posiada 40 udziałów o łącznej wartości 2.000 zł. Z odpisu KRS wynika, iż do składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu spółki uprawnieni są dwaj członkowie zarządu wspólnie, członek zarządu wraz prokurentem lub prokurent samodzielnie. Przy czym „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. posiada jednoosobowy zarząd, którego jedynym członkiem jest [...], będący mężem Stanisławy Dziewit oraz ojcem [...] Dziewita. Natomiast prokurentem samoistnym

w Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. jest [...] Dziewit. Uwzględniając zatem wpisany do KRS sposób reprezentacji spółki, faktycznie uprawnionymi do składania wszelkich oświadczeń woli w jej imieniu są: Stanisław Dziewit samodzielnie - jako jedyny członek jednoosobowego zarządu spółki, [...] Dziewit samodzielnie – jako jedyny prokurent. Zgodnie z odpisem z KRS, miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. znajduje się w Maliniu 375A. Przedsiębiorca ten doprecyzował dodatkowo, że prowadzi działalność również pod adresami: Malinie 375 oraz Borowa 66 (jego pismo z dnia 11 czerwca 2013 r., karta 1239 akt adm.). Na wezwanie Prezesa Urzędu wyjaśnił także, że jest właścicielem piekarni zlokalizowanej w Borowej 66, którą częściowo dzierżawi Stanisław Dziewit i „Młyn Malinie” oraz, iż wszystkich ich „łączy umowy dotyczące korzystania z rzeczy związanych z produkcją” (jego pismo z dnia 11 czerwca 2013 r., karta 1239 akt adm.).

Jak z powyższego wynika, strony niniejszego postępowania łączy ściśle więzy biznesowe, ale także rodzinne. Stanisława Dziewit poza własną działalnością gospodarczą, prowadzoną samodzielnie pod jej własnym imieniem i nazwiskiem, jest również współnikiem „Młyn Malinie” oraz „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Ponadto Stanisława Dziewit jest matką [...] Dziewita, który wraz z nią jest jedynym współnikiem „Młyn Malinie” oraz „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Co więcej, [...] Dziewit jest wyłącznie uprawniony do reprezentowania i prowadzenia wszystkich spraw „Młyn Malinie”, a także jest prokurentem samoistnym, umocowanym do składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. W znacznej części tożsame są miejsca prowadzenia działalności przez obie strony, które bądź znajdują się pod tym samym adresem, tj. Borowa 66, 39 – 305 Borowa, bądź są położone w bezpośrednim sąsiedztwie: Malinie 375A, 39 – 331 Chorzelów – w przypadku Stanisławy Dziewit oraz Malinie 375, 39 – 331 Chorzelów - w przypadku „Młyn Malinie”. Obie strony niniejszego postępowania prowadzą tożsamą działalność gospodarczą w zakresie: skupu zboża, wytwarzania i sprzedaży produktów zbożowych, produkcji i sprzedaży pieczywa oraz transportu drogowego towarów. Wprawdzie strony postępowania deklarują, że działalność tę prowadzą samodzielnie, jednak korzystają z tej samej piekarni - tj. zakładu produkcyjnego wyposażonego w niezbędne zabudowania i urządzenia: pomieszczenia i linie produkcyjne, magazyny, instalacje, środki produkcji i łączności oraz wszelkie inne potrzebne wyposażenie - położonej w Borowej 66 i będącej własnością „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o., którego są wyłącznymi współnikami. Ponadto Stanisława Dziewit nie posiada własnego parku samochodowego i pracowników, korzysta więc ze środków transportu i pracowników zatrudnionych w „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Niezależnie od powyższego - na podstawie pieczętek jakimi posługują się Stanisława Dziewit oraz „Młyn Malinie” - ustalono, że w prowadzonej działalności gospodarczej obie strony niniejszego postępowania używają jednakowego numeru telefonu komórkowego: 0 603 205 112.

W ramach wykonywanej przez siebie działalności, zarówno Stanisława Dziewit, jak i „Młyn Malinie” uczestniczą w przetargach publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych przez podmioty instytucjonalne, w tym głównie jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej. Z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy wynika, że Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” przestąpili jednocześnie co najmniej do 14 przetargów nieograniczonych na dostawę pieczywa, przeprowadzonych w roku 2012 przez następujące podmioty: Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy (Zawiadamiającego), Dom Pomocy Społecznej w Górnicy, dwukrotnie przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Skarżysku – Kamiennej, Dom Pomocy Społecznej w Jarosławiu, Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie, dwukrotnie przez Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Gliniku Dolnym, Dom Pomocy Społecznej „Pod Modrzewiami” w Szczebrzeszynie,

Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu, Wojewódzki Szpital im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu, Specjalny Ośrodek Szkolno – Wychowawczy w Kielcach, Schronisko dla Nieletnich w Dominowie oraz Centrum Rehabilitacji Rolników Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Iwoniczu – Zdroju. Przedsiębiorcy ci przystępowali samodzielnie, a być może i wspólnie również do innych przetargów na przestrzeni lat 2011 - 2013. Jednak na wezwanie Prezesa Urzędu zmierzające do określenia postępowań przetargowych, w tym dotyczących dostaw pieczywa, do których przystąpili oni w latach 2011 - 2013, Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” odpowiedzieli dokładnie w taki sam lakoniczny sposób: „*Po ogłoszeniu wyników przetargowych nie przechowujemy dokumentacji przetargowej*”. Natomiast z zasygnalizowanych wyżej przetargów dotyczących dostaw pieczywa wynika, że Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” przystępowali do przetargów w różnych częściach południowej, wschodniej i środkowej Polski, w szczególności zaś na terenie województw podkarpackiego, świętokrzyskiego i lubelskiego.

Zarzutem postępowania przeprowadzonego w sprawie, a tym samym niniejszej decyzji objęto 3 spośród ww. 14 przetargów nieograniczonych na dostawę pieczywa, do których przystąpili jednocześnie Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie”, a mianowicie następujące przetargi i ich części:

- 1) „Pieczywo w pakietach I – II dla kuchni szpitalnej w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy” (znak: ZP-PN-61/2012), w zakresie dotyczącym części I – „Pieczywo”, zorganizowany przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy;
- 2) „Dostawa artykułów spożywczych z podziałem na 4 pakiety” (znak: ZOZ.ZP-382-10/2012), w zakresie dotyczącym części 1 – „Pieczywo i wyroby piekarskie”, zorganizowany przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie;
- 3) „Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej w Gliniku Dolnym” (znak: DPS-III.270.3.2012), w zakresie dotyczącym części 2 – „Dostawa pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich”, zorganizowany przez Dom Pomocy Społecznej dla Osób Dorosłych Niepełnosprawnych Intelktualnie im. Jana Pawła II w Gliniku Dolnym.

Pierwszy z ww. przetargów pod nazwą „Pieczywo w pakietach I – II dla kuchni szpitalnej w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy” (znak: ZP-PN-61/2012) został ogłoszony przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy w dniu 14 maja 2012 r. i przeprowadzony na podstawie przepisów *Prawa zamówień publicznych*. Przedmiot zamówienia objętego tym przetargiem nieograniczonym podzielony został na 2 części: Pakiet I – „Pieczywo” i Pakiet II – „Suchary pszenne bez cukru”. W przedmiotowym przetargu zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, którym nadał następujące znaczenie: 1) najniższa cena – 0,800 oraz 2) stabilność oferowanych cen (bez ich podwyższania) od daty zawarcia umowy – 0,200 (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismem ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r., karty 51 – 104 oraz akt adm.).

Zarówno Stanisława Dziewit, jak i „Młyn Malinie” przystąpili wyłącznie do 1 części analizowanego przetargu, składając oferty na dostawę pieczywa w ramach Pakietu I. Zaoferowali oni dostawę pieczywa w ilości wymaganej przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na następujących warunkach:

- „Młyn Malinie” za cenę 207.270 zł brutto,
- Stanisława Dziewit za cenę 229.320 zł brutto,

- obaj oferenci zagwarantowali również taki sam okres stabilności oferowanych cen, wynoszący 6 miesięcy od daty zawarcia umowy.

A zatem różnica pomiędzy podanymi wyżej cenami ofertowymi zaproponowanymi przez strony niniejszej decyzji wyniosła ok. 9,6 %.

Poza nimi do ww. przetargu, tej samej jego części, przystąpił jeszcze jeden przedsiębiorca, którego oferta została jednak odrzucona, ponieważ nie odpowiadała treści SIWZ, z powodu braku części dokumentacji ofertowej oraz nieokreślenia warunków realizacji poszczególnych dostaw. Wobec tego, że obie oferty Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” zostały złożone w terminie i spełniały wszystkie wymagania wynikające z treści SIWZ zamawiający dokonał oceny wyłącznie tych ofert, przyznając im następującą punktację:

- „Młyn Malinie” uzyskał 1,000 pkt, w tym kryterium ceny = 0,800 pkt, a kryterium stabilności cen = 0,200 pkt;
- Stanisława Dziewit uzyskała 0,922 pkt, w tym kryterium ceny = 0,722 pkt, a kryterium stabilności cen = 0,200 pkt.

Ponieważ oferta „Młyn Malinie” przedstawiała najkorzystniejszy bilans kryteriów ceny i stabilności cen, uzyskując największą liczbę punktów, zamawiający dokonał wyboru tej właśnie oferty. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Stanisławy Dziewit, jako jedyna – obok zwycięskiej - ważnie złożona oferta (wyjaśnienia ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: zawiadomień o wyniku postępowania skierowanych do poszczególnych oferentów oraz protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, karty 1 – 3, 20 – 26 oraz 38 - 44 akt adm.).

Mając na uwadze wyniki postępowania przetargowego, w dniu 30 maja 2012 r. ZOZ w Dębicy wysłał do wszystkich oferentów informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś do „Młyn Malinie” przesłał również umowę o realizację zamówienia publicznego, z prośbą o jej podpisanie. W odpowiedzi z dnia 8 czerwca 2012 r. „Młyn Malinie” uchylił się od zawarcia umowy, nie podając żadnej przyczyny odmowy. Zamawiający powziął wątpliwości, czy za wykonawcę działała uprawniona do tego osoba, zwrócił się więc do niego o potwierdzenie, kto podpisał oświadczenie o rezygnacji z zawarcia umowy. W odpowiedzi z dnia 26 czerwca 2012 r., podpisanej przez [...] Dziewita - Prezesa „Młyn Malinie” potwierdził on, że podpisał przedmiotowe oświadczenie jako uprawniona osoba. W ślad za rezygnacją z zawarcia umowy przez „Młyn Malinie”, ZOZ w Dębicy otrzymał od Stanisławy Dziewit pismo z dnia 3 lipca 2012 r., w którym domaga się ona podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego w trybie art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych*. Zgodnie z tym przepisem – „jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...), zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (...)”. Żądanie zawarcia umowy zostało następnie powtórzone w piśmie pełnomocnika Stanisławy Dziewit z 9 lipca 2012 r., z zagrożeniem skierowania sprawy do organów ścigania (wyjaśnienia ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r. oraz załączone do nich dokumenty w postaci: zawiadomień o wyniku postępowania skierowanych do poszczególnych oferentów, pism „Młyn Malinie” z 8 i 26 czerwca 2012 r., pism Stanisławy Dziewit z 3 i 9 lipca 2012 r. oraz pisma ZOZ w Dębicy z 20 czerwca 2012 r., karty 1 – 3, 5 – 15 oraz 38 - 44 akt adm.).

Taki sposób działania oferentów wywołał zastrzeżenia ZOZ w Dębicy, przekazane Prezesowi Urzędu w zawiadomieniu z dnia 16 lipca 2012 r., które zainicjowało postępowanie wyjaśniające w niniejszej sprawie. Na uwagę zasługują zwłaszcza następujące zastrzeżenia przedstawione przez Zawiadamiającego (ZOZ w Dębicy):

- Stanisława Dziewit zażądała zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, pomimo, że zamawiający (ZOZ w Dębicy) nie informował jej o odmowie zawarcia takiej umowy przez „Młyn Malinie”. Świadczy to zdaniem Zawiadamiającego o tym, że informację w powyższym zakresie wymienieni oferenci musieli sobie wzajemnie przekazywać, co wskazuje na z góry powzięty zamiar ustalenia wyników przetargu w sposób niekorzystny dla zamawiającego;
- w przypadku zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego ze Stanisławą Dziewit ZOZ w Dębicy zmuszony byłby zapłacić 22.050 zł więcej, niż gdyby umowę taką zawarł z „Młyn Malinie”;
- podpisy złożone na ofercie „Młyn Malinie” oraz na jego oświadczeniu z 8 czerwca 2012 r. o odmowie zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego są uderzająco podobne do podpisów na ofercie i dalszych pismach Stanisławy Dziewit kierowanych w trakcie analizowanego przetargu do ZOZ w Dębicy, co jego zdaniem wskazuje na to, iż pochodzą one od tej samej osoby. Zwłaszcza, że podpis [...] Dziewita – uprawnionego do reprezentowania „Młyn Malinie” - na piśmie z 26 czerwca 2012 r. potwierdzającym, że przedmiotowe oświadczenie o odmowie zawarcia umowy złożyła uprawniona osoba jest całkowicie odmienny od podpisów opisanych wyżej (wyjaśnienia ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r., karty 1 – 3 akt adm.).

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w postaci ofert Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” oraz korespondencji prowadzonej przez nich z ZOZ w Dębicy, w całości potwierdziła zastrzeżenia Zawiadamiającego. Poza opisanymi już wyżej okolicznościami ustalono bowiem, że rzeczywiście Stanisława Dziewit nie była informowana przez zamawiającego o fakcie odmowy zawarcia ww. umowy przez „Młyn Malinie”, który mógł być jedynym źródłem przekazania jej przedmiotowej informacji. Przy czym Stanisława Dziewit zaoferowała w ramach analizowanego przetargu wyższą ofertę cenową, a zatem uzyskanie przez nią zamówienia było bardziej korzystne z punktu widzenia oferentów. Istotnie również wszystkie podpisy złożone na ofertach Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”, załącznikach do tych ofert oraz korespondencji prowadzonej przez nich z ZOZ w Dębicy są całkowicie do siebie podobne i wnioskować można, że zostały złożone przez jedną i tę samą osobę. Zupełnie od nich odmienny jest natomiast jedyny podpis osoby wyłącznie uprawnionej do reprezentowania „Młyn Malinie”, złożony przez [...] Dziewita na ww. piśmie z 26 czerwca 2012 r.

Dodatkowo zauważyć należy w tym miejscu, że obie oferty złożone przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” sporządzone zostały tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Pierwsze strony obu formularzy ofertowych – opracowanych wcześniej przez ZOZ w Dębicy - uzupełnione zostały odręcznie, bez użycia pieczętek firmowych, które są powszechnie stosowane we wszystkich innych miejscach tych ofert oraz zamieszczono na nich ten sam nr faksu: 17 581-77-66, wew. 17. Na marginesie zaznaczyć należy, że na ten właśnie numer faksu zamawiający kierował do obu oferentów zawiadomienie o wynikach przetargu i wyborze najkorzystniejszej oferty (raporty transmisji dwóch faksów z zawiadomieniami, wysłanych do stron niniejszej decyzji na podany numer faksu, załączone do pisma ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r., karty 40 i 41 akt adm.). Identycznie wypełnione zostały formularze cenowe – m.in. te same znaki interpunkcyjne, brak oznaczenia „%”, w tych samych miejscach pieczętki firmowe. Na wszystkich formularzach i załącznikach składających się na obie analizowane oferty widnieją te same daty i identyczne podpisy - chociaż złożone na różnych pieczętkach firmowych służących oznaczeniu odpowiednio Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”. Koperty, w których wysłano przedmiotowe oferty do zamawiającego (ZOZ w Dębicy) opisane zostały w identyczny sposób, m.in. zamieszczono na nich taką samą informację o treści: „Oferta na dostawę

pieczywa. Nie otwierać przed 22.05.2012 god 10¹⁵". Z analizy kopert z ofertami wynika również, że zostały one wysłane 16 maja 2012 r. i dotarły do ZOZ w Dębicy 17 maja 2012 r. dokładnie w tym samym czasie, bowiem na pieczęci wpływu tych ofert widnieją następujące po sobie oznaczenia „L.dz. 215/05/12” oraz „L.dz. 216/05/12”. Istotne jest przy tym jednocześnie, że oferta trzeciego z oferentów przystępującego do przedmiotowego przetargu, w tym składające się na nią formularze, załączniki i koperta zostały wypełnione lub sporządzone w zupełnie odmienny sposób. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów w ramach ww. postępowania przetargowego, które przedłożone zostały za pismem ZOZ w Dębicy z dnia 16 lipca 2012 r. (karty 116 i 157 akt adm.).

Podobnie w jednakowy sposób sporządzone zostały ww. pisma: Stanisławy Dziewit z 3 lipca 2012 r. – z żądaniem podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego oraz „Młyn Malinie” z 8 czerwca 2012 r. – informujące o odmowie zawarcia tej umowy i z 26 czerwca 2012 r. – potwierdzające odmowę jej zawarcia. W szczególności przy ich sporządzaniu zastosowano ten sam rodzaj i wielkość czcionki, jednakowe odległości pomiędzy poszczególnymi wierszami, rozmieszczenie tekstu na stronie oraz identyczne podpisy na dwóch pierwszych pismach (pomimo, że widnieją na nich pieczętki firmowe odpowiednio Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”), całkowicie odmienne od podpisu[...] Dziewit na trzecim z nich. Warto również zaznaczyć w tym miejscu, że „Młyn Malinie” stosuje inną pieczętkę firmową - z właściwym oznaczeniem firmy, jej nazwą i adresem (lecz inny jest jej wygląd, rozmieszczenie liter i układ czcionki na pieczętce), gdy pismo podpisuje [...] Dziewit, a inną gdy podpis składa ta sama osoba, która czyni to również na ofertach i korespondencji przygotowywanych przez Stanisławę Dziewit (korespondencja pomiędzy Stanisławą Dziewit i „Młyn Malinie” a ZOZ w Dębicy, załączona do pisma tego ostatniego z dnia 16 lipca 2012 r., karty 5 i 18 akt adm.).

Drugi z wymienionych wyżej przetargów pod nazwą „Dostawa artykułów spożywczych z podziałem na 4 pakiety” (znak: ZOZ.ZP-382-10/2012) został ogłoszony przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie w dniu 11 maja 2012 r. i przeprowadzony na podstawie przepisów *Prawa zamówień publicznych*. Przedmiot zamówienia objętego tym przetargiem nieograniczonym podzielony został na 4 części: Pakiet 1 – „Pieczywo i wyroby piekarskie”, Pakiet 2 – „Mięso i wyroby wołowe”, Pakiet 3 – „Mięso i wyroby wieprzowe” i Pakiet 4 – „Artykuły mleczarskie”. Kryterium oceny ofert w całym przedmiotowym przetargu była najniższa cena, której przyznano rangę 100 % (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismami ZOZ w Strzyżowie z dnia 3 września i 4 października 2012 r., karty 304 – 309 oraz 1126 - 1148 akt adm.).

Zarówno Stanisława Dziewit, jak i „Młyn Malinie” przystąpili wyłącznie do 1 części analizowanego przetargu, składając oferty na dostawę pieczywa w ramach Pakietu 1. Oferta „Młyn Malinie” została złożona jako pierwsza, natomiast oferta Stanisławy Dziewit jako druga, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 1 oraz 2. Poza nimi do tej samej części przedmiotowego przetargu przystąpiło jeszcze dwóch oferentów: Piekarnia Tradycyjna Józef Franczak w Strzyżowie i Piekarnia „Zaneta” Władysława Krasowska w Bajdach. Poszczególni przedsiębiorcy zaoferowali następujące całkowite ceny brutto za dostawę pieczywa w ilości wymaganej przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

- „Młyn Malinie”: 13.115,03 zł,
- Stanisława Dziewit: 14.119,88 zł,

- Piekarnia Tradycyjna Józef Franczak: 20.875,05 zł,
- Piekarnia „Żaneta” Władysława Krasowska: 21.012,08.

A zatem różnica pomiędzy podanymi wyżej cenami ofertowymi zaproponowanymi przez strony niniejszej decyzji wyniosła ok. 7,1 %.

Wobec tego, że oferty Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” oraz pozostałych dwóch przedsiębiorców zostały złożone w terminie i spełniały wszystkie wymagania wynikające z treści SIWZ, zamawiający dokonał oceny wszystkich tych ofert przyznając im następującą punktację:

- „Młyn Malinie”: 3,00 pkt,
- Stanisława Dziewit: 2,79 pkt,
- Piekarnia Tradycyjna Józef Franczak: 1,885 pkt,
- Piekarnia „Żaneta” Władysława Krasowska: 1,872 pkt.

Ponieważ „Młyn Malinie” zaoferował najniższą cenę, uzyskując największą liczbę punktów, zamawiający dokonał wyboru tej właśnie oferty. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Stanisławy Dziewit, na kolejnych miejscach następane dwie z ww. ofert (dokumenty załączone do pisma ZOZ w Strzyżowie z dnia 3 września 2012 r., w postaci: zbiorczych zestawień ofert, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty skierowanego do poszczególnych oferentów, karty 302 – 310 oraz 316 - 319 akt adm.).

Mając na uwadze wyniki postępowania przetargowego, w dniu 23 maja 2012 r. ZOZ w Strzyżowie wysłał do wszystkich oferentów zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś „Młyn Malinie” dodatkowo wyznaczył również termin zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. W odpowiedzi z dnia 24 maja 2012 r.

„Młyn Malinie” – reprezentowany przez [...] Dziewita - uchylił się od zawarcia umowy, nie podając żadnej przyczyny odmowy. Wobec tego zamawiający (ZOZ w Strzyżowie) – działając na podstawie ww. art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych* – dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Następnie zaś w dniu 24 maja 2012 r. ponownie wysłał do wszystkich przedsiębiorców przystępujących do ww. przetargu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując, że jest nią oferta Stanisławy Dziewit. W przedstawionym stanie faktycznym, w dniu 25 maja 2012 r. ZOZ w Strzyżowie zawarł umowę na dostawę pieczywa ze Stanisławą Dziewit (dokumenty załączone do pisma ZOZ w Strzyżowie z dnia 3 września 2012 r., w postaci: zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 maja 2012 r., pisma ZOZ w Strzyżowie wysłanego do „Młyn Malinie” w dniu 23 maja 2012 r., pisma – odpowiedzi „Młyn Malinie” z 24 maja 2012 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2012 r. oraz protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, karty 302 – 310 oraz 316 - 319 akt adm.).

Uzupełniając przedstawiony powyższej stan faktyczny zauważyć należy, że w trakcie analizowanego postępowania przetargowego zamawiający (ZOZ w Strzyżowie) wezwał Stanisławę Dziewit do przedłożenia załączników do jej oferty, przewidzianych *Prawem zamówień publicznych* oraz SIWZ. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego Stanisława Dziewit uzupełniła załączniki w postaci: oświadczenia o spełnieniu wymagań zawartych w art. 22 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych* oraz dwóch oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania przetargowego, wskazanych w art. 24 ust. 1 tej ustawy. Na szczególną uwagę zasługuje jednak fakt, że wszystkie trzy ww. oświadczenia podpisał – na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Stanisławę Dziewit

–[...] Dziewit, wyłącznie uprawniony do reprezentowania „Młyn Malinie”, a więc innego przedsiębiorcy składającego konkurencyjną ofertę w tym przetargu. Podkreślić należy, że na każdym z tych oświadczeń widnieje wyraźny podpis „[...] Dziewit” oraz pieczętki firmowe Stanisławy Dziewit. W celu skutecznego uzupełnienia oferty o ww. oświadczenia, Stanisława Dziewit (lub [...] Dziewit) przesłała wraz z nimi do ZOZ w Strzyżowie również pełnomocnictwo upoważniające [...] Dziewit (cyt.:) „do prowadzenia w moim imieniu wyżej wymienionej firmy, reprezentowania mnie przed wszystkimi urzędami, instytucjami, sądami w jakimkolwiek bądź charakterze, do podpisywania w moim imieniu wszelkich dokumentów związanych z prowadzeniem firmy”. Na uwagę zasługuje również fakt, iż przedmiotowe dokumenty, tj. trzy ww. oświadczenia przetargowe oraz pełnomocnictwo Stanisławy Dziewit udzielone [...] Dziewitowi, wysłane zostały do ZOZ w Strzyżowie z następującego adresu – [...], a więc z poczty elektronicznej „Młyn Malinie”. Co więcej pod mailem, którym przesłano te dokumenty widnieje podpis pracownika „Młyn Malinie”, z wyraźnym oznaczeniem wszystkich danych tele - adresowych tego przedsiębiorcy (dokumenty załączone do pism ZOZ w Strzyżowie z dnia 3 września i 4 października 2012 r., w postaci: ww. trzech oświadczeń, pełnomocnictwa Stanisławy Dziewit udzielonego [...] Dziewitowi, maila z dnia 22 maja 2012 r. przesyłającego ww. dokumenty do ZOZ w Strzyżowie oraz protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, karty 304 – 309, 311 - 314 oraz 1149 -1154 akt adm.).

Podkreślić należy ponadto, że [...]Dziewit złożył swój podpis nie tylko na ww. trzech oświadczeniach stanowiących załączniki do oferty Stanisławy Dziewit, ale również na piśmie „Młyn Malinie” z 24 maja 2012 r., którym uchylił się od zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego (dokumenty załączone do pisma ZOZ w Strzyżowie z dnia 3 września 2012 r., w postaci: ww. trzech oświadczeń oraz pisma „Młyn Malinie” z 24 maja 2012 r., karty 311 – 313 oraz 318 akt adm.).

Dodatkowo zauważyć należy w tym miejscu, że obie oferty złożone przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” sporządzone zostały tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Oba formularze ofertowe – opracowane wcześniej przez ZOZ w Strzyżowie - uzupełnione zostały odręcznie, bez użycia pieczętek firmowych, które są powszechnie stosowane we wszystkich innych miejscach tych ofert oraz zamieszczono na nich ten sam nr faksu: 17 581-77-66. Na pierwszej stronie obu formularzy ofert umieszczono dane dotyczące cen netto, podatku VAT i cen brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia – opisując je w jednakowy sposób (m.in. taki sam opis słowny podanych kwot). Identycznie wypełnione zostały formularze cenowe w obu ofertach – m.in. te same znaki interpunkcyjne, brak oznaczenia „%”, w tych samych miejscach jednakowy opis słowny producenta. Na wszystkich formularzach i załącznikach składających się na obie analizowane oferty widnieją identyczne podpisy - chociaż złożone na różnych pieczętkach firmowych służących oznaczeniu odpowiednio Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”. Na wszystkich załącznikach, na których wymagane jest podanie dat ich wypełnienia, w obu ofertach konsekwentnie nie zostały one zamieszczone. Istotne jest przy tym jednocześnie, że oferty dwóch pozostałych oferentów przystępujących do przedmiotowego przetargu, w tym składające się na nie formularze i załączniki zostały wypełnione lub sporządzone w zupełnie odmienny sposób. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów w ramach ww. postępowania przetargowego, które przedłożone zostały za pismem ZOZ w Strzyżowie z dnia 4 października 2012 r. (karty 1157 – 1200 akt adm.).

Trzeci z określonych wyżej przetargów pod nazwą „Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej w Gliniku Dolnym”

(znak: DPS-III.270.3.2012) został ogłoszony przez Dom Pomocy Społecznej dla Osób Dorosłych Niepełnosprawnych Intelktualnie im. Jana Pawła II w Gliniku Dolnym w dniu 16 marca 2012 r. i przeprowadzony na podstawie przepisów *Prawa zamówień publicznych*. Przedmiot zamówienia objętego tym przetargiem nieograniczonym podzielony został na 6 części: Część 1 – „Dostawa różnych artykułów spożywczych”, Część 2 – „Dostawa pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich”, Część 3 – „Dostawa produktów mleczarskich”, Część 4 – „Dostawa produktów zwierzęcych, mięsa i produktów mięsnych”, Część 5 – „Dostawa produktów mrożonych” i Część 6 – „Dostawa owoców i warzyw”. Kryterium oceny ofert w całym przedmiotowym przetargu była najniższa cena, której przyznano rangę 100 % (ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotyczące tego przetargu, przedłożone za pismem DPS w Gliniku Dolnym z dnia 4 września 2012 r., karty 776 – 802 akt adm.).

Zarówno Stanisława Dziewit, jak i „Młyn Malinie” przystąpili wyłącznie do jednej części analizowanego przetargu, składając oferty na dostawę pieczywa w ramach Części 2. Oferta „Młyn Malinie” została złożona jako druga, natomiast oferta Stanisławy Dziewit jako trzecia, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 2 oraz 3. Poza nimi do tej samej części przedmiotowego przetargu przystąpił jeszcze jeden oferent: Gminna Spółdzielnia „Samopomoc Chłopska” w Wiśniowej. Poszczególni przedsiębiorcy zaoferowali następujące całkowite ceny brutto za dostawę pieczywa w ilości wymaganej przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

- Stanisława Dziewit: 9.059,48 zł,
- „Młyn Malinie”: 9.637,08 zł,
- Gminna Spółdzielnia „Samopomoc Chłopska”: 11.855,99 zł.

A zatem różnica pomiędzy podanymi wyżej cenami ofertowymi zaproponowanymi przez strony niniejszej decyzji wyniosła ok. 6 %.

Wobec tego, że oferty Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” oraz trzeciego z ww. przedsiębiorców zostały złożone w terminie i spełniały wszystkie wymagania wynikające z treści SIWZ, zamawiający dokonał oceny wszystkich tych ofert przyznając im następującą punktację:

- Stanisława Dziewit: 100 pkt,
- „Młyn Malinie”: 94,01 pkt,
- Gminna Spółdzielnia „Samopomoc Chłopska”: 76,41 pkt.

Ponieważ Stanisława Dziewit zaoferowała najniższą cenę, uzyskując największą liczbę punktów, zamawiający dokonał wyboru tej właśnie oferty. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta „Młyn Malinie”, a na trzecim GS „Samopomoc Chłopska” (dokumenty załączone do pisma DPS w Gliniku Dolnym z dnia 4 września 2012 r., w postaci: protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty skierowanego do poszczególnych oferentów oraz streszczenia i porównania ofert, karty 736 – 743, 803 – 806 akt adm.).

W oparciu o przedstawione wyżej wyniki postępowania przetargowego, w dniu 23 marca 2012 r. DPS w Gliniku Dolnym wysłał do wszystkich oferentów zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie pismem z 28 marca 2012 r. wyznaczył Stanisławie Dziewit termin zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego do dnia 30 marca 2012 r., zwracając się o podanie dokładnej daty stawienia się w tym celu w siedzibie zamawiającego. Stanisława Dziewit nie odpowiedziała na to pismo i w ogóle

nie wykazała zainteresowania zawarciem umowy. W dokumentach przedmiotowego postępowania przetargowego znajduje się notatka podpisana przez członków komisji przetargowej, z której wynika, że w celu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą próbowano kontaktować się ze Stanisławą Dziewit telefonicznie. Za każdym razem była ona nieobecna, a rozmowy prowadzone były z [...] Dziewinem. Ostatecznie w dniu 29 marca 2012 r. z żądaniem zawarcia umowy zwrócił się mailowo do DPS w Gliniku Dolnym „Młyn Malinie”. W mailu tym podpisanym przez [...] Dziewita poinformowano, że Stanisława Dziewit zrezygnowała z zawarcia umowy, wobec czego do jej podpisania zgodnie z prawem przystępuje „Młyn Malinie”, jako kolejny przedsiębiorca z najkorzystniejszą ofertą. Jednocześnie [...] Dziewit zwrócił się o przygotowanie stosownej umowy o realizację zamówienia, w celu jej podpisania przez „Młyn Malinie”. W tym stanie rzeczy zamawiający (DPS w Gliniku Dolnym) – działając na podstawie ww. art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych* – dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych, tj. oferty „Młyn Malinie”. Ostatecznie w dniu 30 marca 2012 r. DPS w Gliniku Dolnym zawarł umowę o realizację zamówienia polegającego na dostawie pieczywa z „Młyn Malinie” (dokumenty załączone do pisma DPS w Gliniku Dolnym z dnia 4 września 2012 r., w postaci: zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 maja 2012 r., pisma DPS w Gliniku Dolnym wysłanego do Stanisławy Dziewit 28 marca 2012 r., notatki członków komisji przetargowej, maila „Młyn Malinie” z 29 marca 2012 r., protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz umowy z 30 marca 2012 r., karty 736 – 746 oraz 803 – 811 akt adm.).

Niezależnie od powyższego zauważyć należy w tym miejscu, że obie oferty złożone przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” sporządzone zostały tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Pierwsze strony obu formularzy ofertowych – opracowanych wcześniej przez DPS w Gliniku Dolnym - uzupełnione zostały odręcznie, bez użycia pieczętek firmowych, które są powszechnie stosowane we wszystkich innych miejscach tych ofert. Dokładanie w taki sam sposób zamieszczono na pierwszych stronach tych formularzy dane dotyczące cen netto, różnych stawek podatku VAT i cen brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia – m.in. zastosowano identyczne znaki interpunkcyjne, jednakowy opis stawek podatku VAT oraz słowny opis podanych cen brutto. Identycznie wypełnione zostały także szczegółowe formularze cenowe w obu ofertach – m.in. te same znaki interpunkcyjne oraz brak oznaczenia „%”. Na wszystkich formularzach i załącznikach składających się na obie analizowane oferty widnieją te same daty i identyczne podpisy - chociaż złożone na różnych pieczętkach firmowych służących oznaczeniu odpowiednio Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”. Istotne jest przy tym jednocześnie, że oferta trzeciego z ww. oferentów - GS „Samopomoc Chłopska”, w tym składające się na nią formularze i załączniki zostały wypełnione lub sporządzone w zupełnie odmienny sposób. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, które przedłożone zostały za pismem DPS w Gliniku Dolnym z dnia 4 września 2012 r. (karty 820 – 861 akt adm.).

W pewnym stopniu podobny sposób działania Stanisławy Dziewit oraz „Młyn Malinie” miał miejsce także w trakcie pozostałych 11 publicznych przetargów nieograniczonych na dostawę pieczywa, przeprowadzonych w roku 2012 przez wymienione wyżej podmioty instytucjonalne. Z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy wynika, że Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” w każdym z tych przetargów składają następujące po sobie czasowo oferty. Podobnie w każdym z tych przetargów strony niniejszego postępowania składają oferty sporządzone w jednakowy sposób, tj. wypełnione tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert, a jednocześnie

w sposób zupełnie odmienny od ofert wszystkich pozostałych oferentów przystępujących do tych samych postępowań przetargowych. Niemniej jednak w każdym z tych 11 przetargów oferty odpowiednio Stanisławy Dziewit lub „Młyn Malinie” nie były uznawane za najkorzystniejsze, względnie były one odrzucane, albo też oferenci ci byli wykluczani z postępowań przetargowych - za każdym razem z przyczyn innych niż podejrzenie o składanie uzgodnionych wcześniej ofert lub inne formy uzgodnionych działań. W jednym tylko przetargu, przeprowadzonym przez Centrum Rehabilitacji Rolników Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Iwoniczu – Zdroju zamówienie uzyskała Stanisława Dziewit - oferując najniższą cenę dostawy pieczywa, przy czym „Młyn Malinie” sklasyfikowany został w tym przetargu dopiero na trzecim miejscu. W tym przypadku Stanisława Dziewit nie zrezygnowała z realizacji zamówienia i zawarła umowę z zamawiającym. Przedstawione powyżej ustalenia i wnioski wynikają z analizy ofert złożonych przez poszczególnych oferentów, w tym Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” oraz dokumentacji przetargowej opracowanej przez zamawiających w ramach określonych wyżej postępowań przetargowych, które przedłożone zostały Prezesowi Urzędu wraz z pismami tychże zamawiających - ankietowanych w trakcie postępowania przeprowadzonego w niniejszej sprawie (karty 734 – 993 akt adm.).

Wart odnotowania jest natomiast przypadek, jaki miał miejsce w trakcie publicznego przetargu nieograniczonego m.in. na dostawę pieczywa dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Skarżysku – Kamiennej. W toku przeprowadzonego w niniejszej sprawie postępowania ustalono bowiem, iż w przetargu tym pod nazwą „Dostawa produktów spożywczych do Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Skarżysku – Kamiennej” (znak: PS.III.341/02/3/2012), w zakresie dotyczącym części 4 – „Pieczywo”, oferty Stanisławy Dziewit oraz „Młyn Malinie” zostały odrzucone. Powodem odrzucenia tych ofert było ich podpisanie nieczytelnym pismem przez tą samą osobę. MOPS w Skarżysku – Kamiennej dokonując odrzucenia przedmiotowych ofert wskazał, co następuje: *„ze złożonych ofert wynikało, że do podpisania oferty Nr 1, upoważniony był Pan [...] Dziewit, a z oferty Nr 2 – Pani Stanisława Dziewit. Zamawiający wezwał oferentów do uzupełnienia dokumentów z których wynikałoby kto jest umocowany do podpisania oferty. Wymaganych dokumentów nie złożono w wymaganym terminie”*. Natomiast w wezwaniach do uzupełnienia dokumentów, wysłanych do Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” w dniu 29 maja 2012 r., komisja przetargowa MOPS w Skarżysku – Kamiennej stwierdziła odpowiednio (cyt.): *„Oferta Nr 1, została podpisana nieczytelnym podpisem przez tą samą osobę co oferta Nr 2, złożona przez: Stanisława Dziewit, 39 – 331 Chorzelów 84” oraz „Oferta Nr 2, została podpisana nieczytelnym podpisem przez tą samą osobę co oferta Nr 1, złożona przez: „MŁYN MALINIE” Sp. J., 39 – 331 Chorzelów, Malinie 375”* (dokumenty załączone do pism MOPS w Skarżysku – Kamiennej z 30 sierpnia i 1 października 2012 r., w postaci: informacji o wynikach przetargu z 1 czerwca 2012 r. skierowanej do wszystkich oferentów, wezwań do uzupełnienia dokumentów wysłanych 29 maja 2012 r. przez MOPS w Skarżysku – Kamiennej do Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz ofert Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” złożonych w przedmiotowym przetargu, karty 370 – 391 oraz 1098 – 1106 akt adm.). Zatem udział Stanisławy Dziewit oraz „Młyn Malinie” w tym postępowaniu przetargowym pośrednio również może wskazywać na uzgadnianie przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert, a nade wszystko potwierdza, że kolejny podmiot zwrócił uwagę na jednakowy charakter pisma (w tym przypadku identyczne podpisy) znajdujący się na ofertach zarówno Stanisławy Dziewit, jak również „Młyn Malinie”.

2. Interes publicznoprawny

Stosownie do treści z art. 1 ust. 1 *ustawy antymonopolowej - „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”*. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu *ustawy antymonopolowej* i kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (noszącego dawniej nazwę Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego).

W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej w skrócie „SOKiK”) – *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.”* (tak: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00). Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”* (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98).

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07). Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08).

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy powinny być surowo karane (por.: decyzja Prezesa Urzędu Nr RPZ - 26/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.).

Horyzontalne porozumienia cenowe należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zawsze wywołują one niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01). Ustalenie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowanie w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet

eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej mógł zostać naruszony interes publicznoprawny, polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron tego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów *ustawy antymonopolowej*. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „*zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji*” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Wobec powyższego, w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. *Ustawa antymonopolowa* zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw - w szczególności *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.) - nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

Stanisława Dziewit prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna - w rozumieniu przepisów *ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* - pod własnym imieniem i nazwiskiem, na podstawie wpisu dokonanego w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Ewidencja ta jest spisem przedsiębiorców, będących osobami fizycznymi, działających na terenie Polski, prowadzonym w systemie teleinformatycznym, na podstawie przepisów *ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*. Przedmiotem działalności Stanisławy Dziewit jest m.in. skup zboża, wytwarzanie i sprzedaż produktów przemiału zbóż, produkcja i sprzedaż

pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek oraz transport drogowy towarów. Taką też działalność Stanisława Dziewit faktycznie wykonuje.

„Młyn Malinie” jest spółką prawa handlowego, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu, na podstawie wpisu dokonanego w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000298907. Przedmiotem jej działalności jest m.in. skup zboża, wytwarzanie i sprzedaż produktów przemiału zbóż, produkcja i sprzedaż pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek oraz transport drogowy towarów. Taką też działalność „Młyn Malinie” faktycznie wykonuje.

Jak z powyższego wynika, wymienione podmioty prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą i posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów *ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*. W konsekwencji dysponują także statusem przedsiębiorcy na gruncie unormowania art. 4 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*.

Z tych względów mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, iż żadna ze stron niniejszego postępowania nie kwestionowała faktu posiadania statusu przedsiębiorcy.

4. Rynek właściwy - przedmiot porozumienia

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego istotne znaczenie ma zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. *Ustawa antymonopolowa* definiuje rynek właściwy jako „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” (tak: art. 4 pkt 9 tej ustawy).

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane.

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

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

Stałe dostawy w dłuższym okresie czasu pieczywa (wyrobów piekarniczych) są niewątpliwie bardzo ważnym czynnikiem codziennego funkcjonowania takich podmiotów jak placówki (jednostki) służby zdrowia i pomocy społecznej, gdzie konieczny jest niezakłócony i prawidłowy przebieg procesu zbiorowego żywienia pacjentów lub pensjonariuszy. Charakterystyczna jest w takich przypadkach konieczność ciągłych dostaw świeżych produktów piekarniczych, których z kolei wytwarzanie wymaga dysponowania określonym zakładem produkcyjnym – piekarnią wyposażoną w niezbędne zabudowania i urządzenia: pomieszczenia i linie produkcyjne, magazyny, instalacje, środki produkcji, transportu i łączności oraz wszelkie inne potrzebne wyposażenie. To z kolei powoduje, że zamówienia tego rodzaju mogą być realizowane wyłącznie przez przedsiębiorców posiadających nie tylko możliwości produkcyjne (technologiczne), ale również logistyczne (organizacyjne i transportowe). Stąd inna jest specyfika realizacji pojedynczych lub niewielkich (jednorazowych) zamówień dla klientów indywidualnych, a inna realizacji zamówień cyklicznych (z góry określonych np. dzienną wielkością

maksymalną lub minimalną dostawy) dla większych podmiotów – klientów instytucjonalnych, często będących podmiotami prawa publicznego, takich jak na przykład wymienione w niniejszej decyzji jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej.

Tym co wyróżnia ten tryb dostaw produktów (pieczywa) jest przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Specyficzną cechą tego rodzaju usługi dostawy pieczywa jest także prawo kontroli jej wykonywania przez zamawiającego w zakresie spełniania wszystkich wymagań formalnych, jakościowych i sanitarnych odnoszących się do procesu produkcyjnego i transportu, posiadania odpowiedniej dokumentacji, w tym certyfikatów i zaświadczeń oraz wykwalifikowanych pracowników, a także możliwość zrealizowania przez zamawiającego na koszt wykonawcy niezbędnych dostaw pieczywa, w określonej ilości i jakości – w przypadku niewywiązania się ze świadczonej usługi przez wykonawcę. Wynagrodzenie za wykonywanie opisanej wyżej usługi dostawy pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych ustalane jest w stałej wysokości na cały okres jej świadczenia i wypłacane z dołu, po wykonaniu usługi, w dłuższych okresach rozliczeniowych. Jak zatem z powyższego wynika, właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zapotrzebowanie zgłosili zamawiający

- placówki służby zdrowia i pomocy społecznej, w ramach organizowanych przez nie zamówień publicznych. Jest to działalność specyficzna, którą należy odróżnić od pozostałych rodzajów dostaw np. o charakterze powszechnym. Dostawy, o których mowa najogólniej rzecz ujmując różnią się od opisanej wyżej usługi dostawy pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych następującymi cechami: znacznie większą niezależnością wykonawcy (dostawcy) od świadczeniobiorcy (zamawiającego) co do sposobu ich wykonywania, mniejszym zakresem i złożonością świadczeń wchodzących w skład usługi dostawy, większą anonimowością odbiorców usługi oraz sposobem zapłaty.

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfikę realizacji zamówienia należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw hurtowych pieczywa (wyrobów piekarniczych) dla klientów (odbiorców) instytucjonalnych. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że taki stopień ogólności w definiowaniu rynku właściwego jest wystarczający dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* nie jest wymagane ustalanie udziałów uczestników porozumienia w rynku. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału ich uczestników w rynku.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r. (sygn. akt: XVII Ama 130/04), przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu towarowego, tj. zbyt, hurt lub detal. Przeanalizowane w niniejszej decyzji przetargi organizowane były dla potrzeb dostawy bardzo dużych ilości pieczywa, dlatego uznać należy, iż rynkiem właściwym produktowo w tej sprawie jest rynek hurtowy, a nie rynek detaliczny. Wyżej wymienione towary (wyroby piekarnicze) oferowane były bezpośrednio odbiorcy końcowemu i to odbiorcy szczególnemu, jakim jest jednostka instytucjonalna (publiczna) przeprowadzająca przetarg publiczny. Uwzględniając dokonane wyżej ustalenia i przedstawione wnioski należy przyjąć, że nie ma innych rodzajów dostaw, które mogłyby zostać uznać za substytut dla usługi hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych. A zatem towar ten nie ma żadnych substytutów.

Określając zasięg geograficzny rynku właściwego należy - zdaniem Prezesa Urzędu – podkreślić, że w niniejszej sprawie konkurencja polegała na rywalizacji o zdobycie określonych zamówień publicznych. W przedmiotowej sprawie rynek właściwy wyznaczony

jest więc nie tylko przez rodzaj, ale także zasięg usług organizowanych odrębnie przez poszczególne jednostki (placówki) służby zdrowia i pomocy społecznej. W ocenie Prezesa Urzędu rynkiem właściwym geograficznie w niniejszej sprawie jest rynek regionalny województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie. Prawdopodobność takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt, iż strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych częściach Polski południowej, wschodniej i środkowej, przede wszystkich jednak na terenie następujących województw: podkarpackiego (gdzie znajdują się siedziby stron postępowania), świętokrzyskiego i lubelskiego. Wyżej określony zasięg działania przedsiębiorców – przede wszystkim z uwagi na specyfikę produktów żywnościowych – z natury rzeczy ogranicza się do pewnych regionów Polski, na przykład w odniesieniu do niniejszej sprawy do województw położonych na terenie południowej, wschodniej i środkowej części kraju.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu uznał ostatecznie, że oceniane w niniejszej decyzji porozumienie zawarto na regionalnym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie, jako rynku właściwym w niniejszej sprawie. Ponownie podkreślenia w tym miejscu wymaga, że taki stopień ogólności w definiowaniu rynku właściwego jest wystarczający dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* nie jest wymagane ustalanie udziałów uczestników porozumienia w rynku. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału ich uczestników w rynku

Na tak określonym regionalnym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie działa wielu przedsiębiorców, o czym świadczy m.in. ilość i różnorodność podmiotów biorących udział w analizowanych wyżej przetargach publicznych. Jednocześnie ponownie podnieść należy, iż w niniejszej sprawie nie jest wymagane ustalanie udziałów uczestników porozumienia w rynku właściwym. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 7 ust. 2 *ustawy antymonopolowej*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

5. Naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*

Stosowanie do treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej* – „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”.

Zgodnie natomiast z dyspozycją przepisu art. 4 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*, przez porozumienie rozumie się:

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

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zasadnie podnosi się, iż: *„zakazane jest już samo porozumienie określone w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art. 4 pkt 4 b Ustawy wprowadził definicję porozumienia, zgodnie którą przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki”*. Z orzecznictwa tego jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (por.: wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 53/07 oraz wyrok SOKiK z dnia 13 września 2006 r., sygn. akt: XVI ACa 185/06, publikowany w Dz. Urz. UOKiK Nr 2007/1/12).

„Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt: VI ACa 1146/04).

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

Materiał dowodowy zebrany w trakcie niniejszego postępowania antymonopolowego nie potwierdził, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa cywilnoprawna regulująca zasady działania w przetargach, w których strony te biorą udział. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami: Stanisławą Dziewit i „Młyn Malinie” miało charakter uzgodnień dokonanych w jakiegokolwiek formie, określonych w art. 4 pkt 5 lit b) ustawy antymonopolowej.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, iż: *„wykazanie istnienia złą 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 zmywy 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” (tak: wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 117/05).

Przywołane powyżej stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Stosowanie bowiem do treści przepisu art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy antymonopolowej, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Zaprezentowaną wyżej linię orzecznictwa SOKiK potwierdza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który wywiódł m.in., że: „W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie nie tylko istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego z naruszeniem reguł konkurencji” (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/5 z 2 grudnia 2006 r.; cyt. za: Z. Jurczyk, *Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych*, (w:) *Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej*, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68)/2009, str. 142 - 143).

Tak więc dla oceny danego zachowanie pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji wystarczająca jest analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny, bez założenia wcześniejszej koordynacji działań, bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (por.: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie tego rodzaju praktyk uzgodnionych może być rzecz jasna 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 praktyk (por.: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679), cyt. 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.). Takich dowodów strony niniejszej decyzji jednak nie przedstawiły.

Należy zauważyć w tym miejscu, że fakt odstąpienia przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu, jest trudny do wytłumaczenia przez podmiot kierujący się racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi. Oczywiście jest przecież, że głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie

zamówienia. Natomiast wycofanie się z zawarcia umowy o realizację zamówienia w przypadku wygrania przetargu może być podyktowane tylko przyczynami obiektywnymi, ważnymi, niespodziewanymi i nagłymi.

W tym miejscu należy przywołać stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 142/07), zgodnie z którym: *„(...) tak jak uznanie faktów za niewytłumaczalne bez wcześniejszej zmowy, musi następować na podstawie całokształtu okoliczności, a nie pojedynczej, choćby najistotniejszej przesłanki, tak też zadowalające ich wyjaśnienie w oderwaniu od zmowy musi odnosić się do całokształtu okoliczności. (...) Wszystkie możliwe wyjaśnienia zaistniałych okoliczności należy oceniać w kontekście całokształtu okoliczności związanych z zachowaniami podmiotów, a nie w oderwaniu, bo właśnie analizowanie pojedynczej okoliczności z perspektywy jej samej bez umiejscowienia w całokształcie zdarzeń może prowadzić do nierzetelnych wniosków. Tak więc, o ile po dokonaniu oceny dowodów pośrednich okaże się, w kontekście całokształtu tych okoliczności, że wniosek o zawarciu niedozwolonego porozumienia jest jedynym możliwym do wprowadzenia, należy przyjąć zawarcie porozumienia za udowodnione”.*

Na wstępie zauważyć należy, iż we wszystkich trzech przetargach przeanalizowanych w niniejszej decyzji funkcjonował ten sam mechanizm współpracy pomiędzy Stanisławą Dziewit a „Młyn Malinie”, a mianowicie:

- a) obaj przedsiębiorcy składali swoje oferty w tym samym przetargu;
- b) oferty te wysyłane były w tym samym dniu (prawdopodobnie w tym samym czasie i przez tę samą osobę) i docierały do zamawiającego również w tym samym dniu, w jednakowym czasie, bowiem zawsze były rejestrowane jako następujące po sobie oferty (1 i 2 lub 2 i 3), a nawet pod kolejnymi numerami („L.dz. 215/05/12” i „L.dz. 216/05/12”);
- c) rozpiętość wartości ich ofert (różnica pomiędzy cenami ofertowymi proponowanymi przez strony niniejszej decyzji) w poszczególnych przetargach zawierała się w stosunkowo niewielkim przedziale od 6 % do 9,6 %, podczas gdy pozostali oferenci przystępujący do tych samych przetargów proponowali znacznie wyższe ceny wykonania zamówienia;
- d) w sytuacji gdy oferty tych przedsiębiorców zajmowały dwa pierwsze miejsca w danym przetargu, jeden z nich będący zwycięzcą przetargu - po otrzymaniu informacji o uzyskaniu zamówienia – składał zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy, bądź w ogóle nie wyrażał zainteresowania jej zawarciem, w wyniku czego pojawiała się możliwość zawarcia takiej umowy z drugim z tych przedsiębiorców, który zaoferował drugą w kolejności ofertę cenową;
- e) w każdym z tych przetargów zwycięski przedsiębiorca (składający najkorzystniejszą ofertę) nigdy nie określał przyczyn rezygnacji z realizacji zamówienia, zaś drugi z nich (który zajmował w przetargu drugie miejsce) domagał się od zamawianego zawarcia umowy, pomimo, że nie był przez niego informowany o rezygnacji przedsiębiorcy z najkorzystniejszą ofertą.

We wszystkich trzech przetargach ocenianych w niniejszej decyzji bez wątpienia wystąpił zasygnalizowany wyżej ciąg zdarzeń:

- 1) W ramach przetargu zorganizowanego przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy oferty Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” wysłane zostały do zamawiającego w tym samym dniu, tj. 16 maja 2012 r. i dotarły do niego 17 maja 2012 r. dokładnie w tym samym czasie, bowiem na pieczęci wpływu tych ofert widnieją następujące po sobie oznaczenia „L.dz. 215/05/12” oraz „L.dz. 216/05/12”. Oferty tych przedsiębiorców zajęły

w przedmiotowym przetargu dwa pierwsze miejsca, a mianowicie za najkorzystniejszą uznana została oferta „Młyn Malinie”, zaś na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Stanisławy Dziewit. Różnica pomiędzy cenami wskazanymi w ofertach tych przedsiębiorców wyniosła ok. 9,6 %. Przedsiębiorcy zostali powiadomieni o wynikach tego przetargu 30 maja 2012 r. Natomiast 8 czerwca 2012 r. zwycięzca przetargu - „Młyn Malinie” przesłał do zamawiającego oświadczenie, w którym uchylił się od zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego, nie podając jednocześnie żadnej przyczyny odmowy. Szansę na realizację zamówienia uzyskała w ten sposób Stanisława Dziewit, która złożyła drugą w kolejności ofertę cenową. W ślad za rezygnacją z zawarcia umowy przez „Młyn Malinie”, ZOZ w Dębicy otrzymał od Stanisławy Dziewit pismo z 3 lipca 2012 r., w którym domaga się ona podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego w trybie art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych*. Żądanie zawarcia umowy zostało następnie powtórzone w piśmie pełnomocnika Stanisławy Dziewit z 9 lipca 2012 r., z zagrożeniem skierowania sprawy do organów ścigania. Podkreślenia wymaga przy tym, że Stanisława Dziewit zażądała zawarcia ww. umowy, pomimo, że ZOZ w Dębicy nie informował jej o odmowie jej zawarcia przez „Młyn Malinie”.

- 2) W ramach przetargu zorganizowanego przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie strony niniejszej decyzji złożyły swoje oferty w tym samym czasie. Jako pierwszą zamawiający zarejestrował ofertę „Młyn Malinie”, natomiast jako drugą ofertę Stanisławy Dziewit, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 1 oraz 2. Oferty tych przedsiębiorców zajęły w przedmiotowym przetargu dwa pierwsze miejsca, a mianowicie za najkorzystniejszą uznana została oferta „Młyn Malinie”, zaś na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Stanisławy Dziewit. Różnica pomiędzy cenami wskazanymi w ofertach tych przedsiębiorców wyniosła ok. 7,1 %. Przedsiębiorcy powiadomieni zostali o wynikach tego przetargu 23 maja 2012 r. W odpowiedzi z 24 maja 2012 r. zwycięzca przetargu - „Młyn Malinie” przesłał do zamawiającego oświadczenie, w którym uchylił się od zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego, nie podając jednocześnie żadnej przyczyny odmowy. Wobec tego 24 maja 2012 r. ZOZ w Strzyżowie – działając na podstawie art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych* – dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, uznając, że jest nią oferta Stanisławy Dziewit. W tym stanie rzeczy, w dniu 25 maja 2012 r. ZOZ w Strzyżowie zawarł umowę o wykonanie zamówienia polegające na dostawie pieczywa ze Stanisławą Dziewit.
- 3) W przetargu zorganizowanym przez Dom Pomocy Społecznej w Gliniku Dolnym strony niniejszej decyzji złożyły swoje oferty w tym samym czasie. Jako drugą w kolejności zamawiający zarejestrował ofertę „Młyn Malinie”, natomiast jako trzecią ofertę Stanisławy Dziewit, wobec czego ofertom tym nadano odpowiednio numery 2 oraz 3. Oferty tych przedsiębiorców zajęły w przedmiotowym przetargu dwa pierwsze miejsca, a mianowicie za najkorzystniejszą uznana została oferta Stanisławy Dziewit, zaś na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta „Młyn Malinie”. Różnica pomiędzy cenami wskazanymi w ofertach tych przedsiębiorców wyniosła ok. 6 %. Przedsiębiorcy powiadomieni zostali o wynikach tego przetargu 23 marca 2012 r., zaś 28 marca 2012 r. DPS w Gliniku Dolnym wyznaczył Stanisławie Dziewit termin zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego najpóźniej do dnia 30 marca 2012 r. Stanisława Dziewit nie odpowiadała na pisma i telefony ze strony zamawiającego i w żaden inny sposób nie wykazała zainteresowania zawarciem z nim umowy. Natomiast 29 marca 2012 r. z żądaniem zawarcia umowy zwrócił się do DPS w Gliniku Dolnym „Młyn Malinie”, informując, iż Stanisława Dziewit zrezygnowała z jej zawarcia,

więc on jest kolejnym przedsiębiorcą z najkorzystniejszą ofertą uprawnionym do podpisania umowy. Wynika z tego, że „Młyn Malinie” dowiedział się o rezygnacji z zawarcia ww. umowy bezpośrednio od Stanisławy Dziewit, bowiem DPS w Gliniku Dolnym nie informował go o tym fakcie, wręcz przeciwnie dowiedział się o nim właśnie od „Młyn Malinie”. W tym stanie rzeczy zamawiający – działając na podstawie art. 94 ust. 3 *Prawa zamówień publicznych* – dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych, tj. oferty „Młyn Malinie”. Natomiast w dniu 30 marca 2012 r. DPS w Gliniku Dolnym zawarł umowę o realizację zamówienia polegającego na dostawie pieczywa z „Młyn Malinie”.

Podkreślenia wymaga, że we wszystkich 11 pozostałych publicznych przetargach nieograniczonych na dostawę pieczywa, przeprowadzonych w roku 2012 przez wymienione w niniejszej decyzji podmioty instytucjonalne, do których przystąpili jednocześnie Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie”, nie odnotowano opisanego wyżej sposobu (mechanizmu) ich działania. Wynika to z faktu, że w każdym z tych 11 przetargów oferty odpowiednio Stanisławy Dziewit lub „Młyn Malinie” nie były uznawane za najkorzystniejsze, względnie były one odrzucane, albo też oferenci ci byli wykluczani z postępowań przetargowych. Wyjątkiem w tym zakresie jest przetarg przeprowadzony przez Centrum Rehabilitacji Rolników Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Iwoniczu – Zdroju, w którym zamówienie uzyskała Stanisława Dziewit - oferując najniższą cenę dostawy pieczywa. Znamienne jest przy tym, że w przypadku tego przetargu Stanisława Dziewit nie zrezygnowała z realizacji zamówienia i zawarła umowę z zamawiającym. Mogło to być spowodowane faktem, iż oferta „Młyn Malinie” sklasyfikowana została w przedmiotowym przetargu dopiero na trzecim miejscu. Przy tej okazji zauważyć należy jednak, że zasadniczo odmienny jest sposób postępowania stron niniejszej decyzji w sytuacji, gdy wygrywają one dany przetarg zajmując w nim kolejno pierwsze i drugie miejsca, inny zaś w przypadku gdy w przetargu zajmują dalsze miejsca lub pomiędzy nimi znajduje się oferta konkurencyjnego przedsiębiorcy.

Mając na uwadze łączne zestawienie powyższych zdarzeń zachodzących w ww. trzech przetargach i pozostałych ustaleń stanu faktycznego - w ocenie Prezesa Urzędu - o tym, iż przedsiębiorcy Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” dokonali uzgodnień w zakresie samego udziału w tych przetargach i warunków składanych w nich ofert oraz zachowania w toku tych przetargów, świadczą następujące okoliczności:

- 1) Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” łączą ściśle powiązania osobowe, rodzinne i biznesowe. Stanisława Dziewit poza własną działalnością gospodarczą, prowadzoną samodzielnie pod jej własnym imieniem i nazwiskiem, jest bowiem również współnikiem „Młyn Malinie” oraz „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Ponadto Stanisława Dziewit jest matką [...] Dziewita, który wraz z nią jest jedynym współnikiem „Młyn Malinie” oraz „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Co więcej, [...] Dziewit jest wyłącznie uprawniony do reprezentowania i prowadzenia wszystkich spraw „Młyn Malinie”, a także jest prokurentem samoistnym, umocowanym do składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o.;
- 2) Strony niniejszej decyzji prowadzą formalnie odrębną działalność gospodarczą, jednak w znacznej części tożsame są miejsca prowadzenia tej działalności, które bądź znajdują się pod tym samym adresem, tj. Borowa 66, 39 – 305 Borowa, bądź są położone w bezpośrednim sąsiedztwie: Malinie 375A, 39 – 331 Chorzelów – w przypadku Stanisławy Dziewit oraz Malinie 375, 39 – 331 Chorzelów - w przypadku „Młyn Malinie”. Przedsiębiorcy będący stronami niniejszej decyzji nie uregulowali zasad współpracy w ramach prowadzonej działalności, którą jako

przedsiębiorcy posiadający odrębność prawną powinni prowadzić w sposób samodzielny, z zachowaniem autonomii decyzyjnej;

- 3) Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” prowadzą tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą w zakresie: skupu zboża, wytwarzania i sprzedaży produktów zbożowych, produkcji i sprzedaży pieczywa oraz transportu drogowego towarów. Strony niniejszej decyzji deklarują wprawdzie, że działalność tę prowadzą samodzielnie, jednakże korzystają z tej samej piekarni - tj. zakładu produkcyjnego wyposażonego w niezbędne zabudowania i urządzenia: pomieszczenia i linie produkcyjne, magazyny, instalacje, środki produkcji i łączności oraz wszelkie inne potrzebne wyposażenie - położonej w Borowej 66 i będącej własnością „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o., której są wyłącznymi wspólnikami. Ponadto Stanisława Dziewit nie posiada własnego parku samochodowego i pracowników, korzysta więc ze środków transportu i pracowników zatrudnionych w „Młyn Malinie” Dziewit Sp. z o.o. Wskazany wyżej zakład produkcyjny (piekarnia) oraz park samochodowy i pracownicy są wykorzystywane(i) w pełnym zakresie w prowadzonej przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” działalności gospodarczej, w tym również w trakcie realizacji uzyskanych przez strony niniejszej decyzji zamówień publicznych. A zatem pomiędzy Stanisławą Dziewit i „Młyn Malinie” występują ścisłe powiązania gospodarcze;
- 4) W prowadzonej przez strony niniejszej decyzji działalności gospodarczej występują pomiędzy nimi pewne powiązania organizacyjne, posługują się w niej bowiem wspólnym numerem telefonu komórkowego: [...] lub tym samym faksem ze wskazaniem dodatkowo nr wew. 17, które służą m.in. do kontaktów z organizatorami przetargów, w tym wysyłania do nich i odbierania faksów (pieczętka jakimi posługują się Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” w prowadzonej działalności gospodarczej oraz nr faksu podawany na wypełnionych przez nich formularzach ofertowych, na który strony decyzji otrzymały m.in. zawiadomienia o wynikach przetargu i wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z tym każda ze stron niniejszej decyzji, co najmniej w analizowanym tu zakresie ma swobodny dostęp do informacji gospodarczych drugiego przedsiębiorcy, działającego na tym samym poziomie rynku;
- 5) Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, iż Stanisława Dziewit udzielała [...] Dziewitowi pełnomocnictwa, które upoważniało go do prowadzenia w imieniu Stanisławy Dziewit jej firmy, reprezentowania jej przed wszystkimi urzędami, instytucjami, sądami w dowolnym charakterze oraz do podpisywania w imieniu Stanisławy Dziewit wszelkich dokumentów związanych z prowadzeniem jej firmy – a zatem pełnomocnictwa o bardzo szerokim zakresie. Na podstawie tego pełnomocnictwa [...] Dziewit - wyłącznie uprawniony do reprezentowania „Młyn Malinie”, a więc innego przedsiębiorcy składającego konkurencyjne oferty w poszczególnych przetargach - podpisywał w imieniu Stanisławy Dziewit m.in. dokumenty (oświadczenia) składane w trakcie postępowań przetargowych, do których przystępowały jednocześnie strony niniejszej decyzji. Legitymowanie się przez [...] Dziewita pełnomocnictwem o takim charakterze z pewnością świadczy o daleko idącej integracji działalności gospodarczej wykonywanej przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie” oraz ścisłej współpracy pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Mając zaś na uwadze okoliczność, że na podstawie tego pełnomocnictwa [...] Dziewit faktycznie uzupełniał dokumentację przetargową Stanisławy Dziewit przynajmniej w ramach przetargu na dostawę pieczywa dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie, przyjęć należy, że taka ścisła współpracy tych przedsiębiorców miała miejsce również w trakcie postępowań przetargowych, do których przystępowali jednocześnie

Stanisława Dziewit oraz „Młyn Malinie”. Działanie takie jest szczególnie naganne uwzględniając fakt, iż w ramach przedmiotowego przetargu [...] Dziewit złożył swoje podpisy nie tylko na trzech oświadczeniach stanowiących załączniki do oferty Stanisławy Dziewit (widnieje na nich wyraźny podpis „[...] Dziewit” oraz pieczętki firmowe Stanisławy Dziewit), ale również na piśmie „Młyn Malinie” z 24 maja 2012 r., którym uchylił się od zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

- 6) Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” uczestniczyli wspólnie, składając konkurencyjne oferty, w sumie co najmniej w 14 publicznych przetargach nieograniczonych, których przedmiotem była dostawa pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, takich jak jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej (dokładna liczba tych przetargów nie jest znana z uwagi na brak prowadzenia w tym zakresie ewidencji przez strony niniejszej decyzji). Charakterystyczne jest przy tym to, iż w każdym z tych 14 przetargów przedsiębiorcy ci składali oferty następujące po sobie pod względem daty wpływu na dziennik podawczy zamawiającego. A więc jeśli na przykład oferta Stanisławy Dziewit rejestrowana była z numerem 1, to oferta „Młyn Malinie” miała numer 2, w każdym razie oferty te wzajemnie się poprzedzały (następowały po sobie);
- 7) We wszystkich ww. przetargach Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” składali oferty o niewielkiej rozpiętości cenowej, czyli takie, w których różnica pomiędzy oferowanymi przez nich cenami zawierała się w stosunkowo niewielkim przedziale od 6 % do 9,6 %, podczas gdy pozostali oferenci przystępujący do tych samych przetargów proponowali ceny bardziej zróżnicowane. W wyniku zastosowania takiej metody działania stron niniejszej decyzji w większości wymienionych wyżej przetargów oferty te sąsiadowały ze sobą w ciągu ofert uporządkowanych według kryterium najniższej ceny;
- 8) Ponadto również we wszystkich ww. przetargach Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” składali jednakowo wypełnione lub sporządzone oferty, tzn. uzupełnione tym samym charakterem pisma i według tego samego porządku i układu ofert. Identycznie wypełniane były przez obu przedsiębiorców formularze ofertowe i formularze cenowe – opracowywane wcześniej przez organizatorów przetargów – oraz wszelkie ich uzupełnienia i wymagane przez zamawiających załączniki do nich, w jednakowy sposób nieuzupełniano pewnych danych, stosowano na nich tożsame dopiski. Na wszystkich formularzach i załącznikach składających się na obie analizowane oferty widnieją te same daty i identyczne podpisy - chociaż złożone na różnych pieczętkach firmowych służących oznaczeniu odpowiednio Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”. Przy czy zupełnie odmiennie wypełniane i sporządzone były formularze ofertowe, ich uzupełnienia i załączniki do nich składane przez innych oferentów, którzy przystępowali do tych samych przetargów;
- 9) W przetargach na dostawę pieczywa dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Dębicy oraz Zespołu Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie - do których przystępowali zarówno Stanisława Dziewit, jak i „Młyn Malinie”, zajmując pierwsze dwa miejsca zgodnie z kryterium najniższej ceny - „Młyn Malinie” zajmujący pierwsze miejsca w obu przetargach uchylił się od zawarcia umowy o realizację zamówienia (bez podania jakichkolwiek przyczyn swojej decyzji w tym zakresie), a w konsekwencji wybierane były jako drugie oferty Stanisławy Dziewit, zawierające wyższe ceny. Podstawowe znaczenie ma przy tym okoliczność, że rezygnując z zawarcia umów „Młyn Malinie” znał wartości wszystkich pozostałych ofert złożonych w tych przetargach przez innych wykonawców, w obu przetargach rezygnacja następowała bowiem już po ogłoszeniu wyników przetargów i zawiadomieniu wszystkich oferentów o wyborze najkorzystniejszych ofert. W przetargu zorganizowanym przez ZOZ w Dębicy

takie zawiadomienie miało miejsce 30 maja 2012 r., a rezygnacja „Młyn Malinie” nastąpiła 8 czerwca 2012 r.; zaś w przetargu przeprowadzonym przez ZOZ w Strzyżowie ogłoszenia jego wyników dokonano 23 maja 2012 r., a „Młyn Malinie” uchylił się od zawarcia umowy 24 maja 2012 r. A zatem w obu ww. przetargach „Młyn Malinie” miał absolutną pewność, iż pod względem kryterium najniższej ceny oferta jego i Stanisława Dziewit zajmują odpowiednio pierwsze i drugie miejsce, więc umowa o wykonanie zamówienia zawarta zostanie z tą ostatnią;

- 10) W przypadku trzeciego przetargu na dostawę pieczywa, zorganizowanego przez Dom Pomocy Społecznej w Gliniku Dolnym - do którego również przystąpili Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie”, zajmując pierwsze dwa miejsca zgodnie z kryterium najniższej ceny - Stanisława Dziewit zajmująca pierwsze miejsce nie odpowiadała na pisma i telefony zamawiającego i nie wyrażała zainteresowania zawarciem umowy także w inny sposób, a w konsekwencji wybrana została jako druga oferta „Młyn Malinie”, zawierająca wyższą cenę. Podstawowe znaczenia ma przy tym okoliczność, że nie wyrażając zainteresowania zawarciem umowy o zamówienie publiczne, Stanisława Dziewit znała wartości wszystkich pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym przetargu przez innych wykonawców, jej beczynność miała bowiem miejsce już po ogłoszeniu wyników przetargu i zawiadomieniu wszystkich oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty. Albowiem DPS w Gliniku Dolnym poinformował oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty 23 marca 2012 r., a Stanisława Dziewit nie podejmowała żadnych kontaktów z zamawiającym aż do 29 marca 2012 r., kiedy to z żądaniem zawarcia umowy zwrócił się do niego „Młyn Malinie”, informując o rezygnacji z jej zawarcia przez Stanisławę Dziewit. A zatem w przedmiotowym przetargu Stanisława Dziewit miała absolutną pewność, iż pod względem kryterium najniższej ceny oferta jej i „Młyn Malinie” zajmują odpowiednio pierwsze i drugie miejsce, więc umowa o wykonanie zamówienia zawarta zostanie z tym ostatnim;
- 11) Wskazane w dwóch punktach poprzednich zachowania stron postępowania antymonopolowego nie były odosobnione, lecz miały charakter powtarzalny. Jak bowiem z tych punktów wynika, miały one miejsce aż trzykrotnie w niewielkich odstępach czasu;
- 12) Znamienne jest przy tym również to, że w dwóch z analizowanych wyżej przetargów na dostawę pieczywa dla ZOZ w Dębicy oraz DPS w Gliniku Dolnym odpowiednio Stanisława Dziewit oraz „Młyn Malinie” sami – z własnej inicjatywy - wystąpili do zamawiających z żądaniem zawarcia umowy, pomimo, że nie byli przez nich informowani o rezygnacji przedsiębiorcy z najkorzystniejszą ofertą. Informacje w tym zakresie musieli sobie zatem wzajemnie przekazywać - dysponując wiedzą, że ich oferty zajmują w tych przetargach dwa pierwsze miejsca mogli w ten sposób wymuszać na zawiadamiających zawarcie umów za wyższą cenę (z droższym z tych wykonawców). Identyczny zresztą mechanizm działania Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” miał miejsce również w trakcie trzeciego z analizowanych przetargów na dostawę pieczywa dla ZOZ w Strzyżowie, z tą różnicą, że z uwagi na szybką reakcję zamawiającego nie musieli oni wymuszać na nim zawarcia umowy. ZOZ w Strzyżowie sam bowiem dokonał wyboru Stanisławy Dziewit, jako składającej ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, jeszcze 24 maja 2012 r., a więc w tym samym dniu, w którym „Młyn Malinie” uchylił się od zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

Zauważyć należy ponadto, że opisywana powyżej praktyka działania stron niniejszej decyzji wzbudziła podejrzenia jednego z zamawiających - ZOZ w Dębicy, który zarzucił Stanisławie Dziewit oraz „Młyn Malinie” zawarcie porozumienia ograniczającego

konkurencję. Zawiadamiający doprecyzował, iż w ramach zorganizowanego przez niego przetargu na dostawę pieczywa, do którego przystąpili ww. przedsiębiorcy ustalali oni warunki składanych ofert oraz uzgadniali zachowanie, polegające na rezygnacji z zawarcia umowy, doprowadzając w ten sposób do wyboru tego z tych przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Podejrzenia Zawiadamiającego w tym zakresie oraz wynikające z nich ustalenia i wnioski dotyczące zorganizowanego przez niego przetargu, przedstawione zostały na początku uzasadniania niniejszej decyzji i były one sygnałem do zbadania przedmiotowej sprawy.

Podobnie w ramach przetargu nieograniczonego na dostawę pieczywa dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Skarżysku – Kamiennej sposób postępowania Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” został napiętnowany przez zamawiającego. MOPS w Skarżysku – Kamiennej odrzucił bowiem oferty Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”, z powodu podpisania obu ofert przez tą samą osobę. Zatem udział wymienionych przedsiębiorców w tym postępowaniu przetargowym potwierdza, że kolejny podmiot zwrócił uwagę na jednakowy charakter pisma (w tym przypadku identyczne podpisy) znajdujący się na ofertach zarówno Stanisławy Dziewit, jak również „Młyn Malinie”.

W ocenie Prezesa Urzędu, wszystkie przedstawione wyżej okoliczności rozpatrywane wspólnie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy Stanisława Dziewit oraz „Młyn Malinie” zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w roku 2012 przez podmioty instytucjonalne, takie jak jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy i doprowadzanie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*. W szczególności - w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania - nie można w inny sposób niż istnieniem zmyślenia przetargowego wytłumaczyć zachowań „Młyn Malinie” oraz Stanisławy Dziewit, polegających na uzgadnianiu ofert, a następnie na rezygnowaniu z zawierania umów o realizację zamówienia w trzech opisanych wyżej przetargach, organizowanych przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej.

Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy iż strony niniejszej decyzji dokonywały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargów, w których uczestniczyły, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Oceniana praktyka miała charakter ciągły. Przyjęte w tym zakresie domniemanie stanowi bowiem wniosek wynikający w sposób logiczny z faktów, które zostały ustalone w toku postępowania antymonopolowego. Stanowią one podstawę dla przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym należy przyjąć, że strony dokonywały uzgodnień ofert i dalszych zachowań w toku postępowań przetargowych. W szczególności fakt dwukrotnej rezygnacji „Młyn Malinie” z zawarcia umowy o realizację zamówienia na dostawę pieczywa w dwóch różnych przetargach oraz całkowity brak zainteresowania podpisaniem takiej umowy przez Stanisławę Dziewit w kolejnym trzecim przetargu na dostawę pieczywa, przy jednoczesnym braku racjonalnego uzasadnienia i przekonujących wyjaśnień stron niniejszej decyzji w tym zakresie, przemawiają za wnioskiem, iż strony decyzji zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

Strony niniejszej decyzji podnosiły, że biorą udział w dużej ilości przetargów i nie zawsze ostatecznie podpisują umowy, ponieważ zdarzają się przypadki, w których realizacja zamówienia publicznego nie jest możliwa. Dochodzi do tego w szczególności w sytuacji, gdy składają oferty w kilku przetargach, a wykonać mogą tylko jedno

zamówienie. Wówczas wybierają najbardziej opłacalne zamówienie, rezygnując z pozostałych i nie zwracając uwagi, jaka oferta była w danym przetargu na drugim miejscu. Zdarza się również i tak, że realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dla nich niekorzystna lub uzyskują oni lepsze zlecenie. Prezes Urzędu kwestionuje powyższe twierdzenia, bowiem strony niniejszej decyzji nie przedstawiły jakichkolwiek dowodów przemawiających za powyższą argumentacją. Zauważyć należy, iż we wszystkich trzech analizowanych przetargach, jeśli następowała rezygnacja Stanisławy Dziewit albo „Młyn Malinie” z wykonania zamówienia, to zawsze była ona powiązana z jego przejęciem przez drugiego z tych przedsiębiorców, czyli rezygnacja z przetargu nigdy nie następowała na rzecz podmiotu trzeciego. Stanowczo należy podkreślić, że w badanym okresie, tj. w całym roku 2012 nie było ani jednego przetargu, w którym:

- którakolwiek ze stron niniejszej decyzji podjęłaby się realizacji zamówienia (po wygraniu przetargu), pomimo iż drugą najkorzystniejszą ofertę w kolejności stanowiła oferta odpowiednio Stanisławy Dziewit albo „Młyn Malinie”;
- którakolwiek ze stron niniejszej decyzji zrezygnowałaby z realizacji zamówienia (po wygraniu przetargu), w sytuacji, gdy drugą najkorzystniejszą ofertę w kolejności stanowiła oferta innego niż Stanisława Dziewit albo „Młyn Malinie” przedsiębiorcy.

Okolicznością obciążającą strony niniejszej decyzji i obalającą wyżej wskazaną ich argumentację jest również fakt przystępowania Stanisławy Dziewit lub „Młyn Malinie” do kolejnych przetargów, pomimo rezygnowania jednego z nich z zawarcia umowy o wykonanie zamówienia w ramach przetargów czasowo je poprzedzających.

Nie jest przekonywująca także opinia Stanisławy Dziewit, iż miała prawo zrezygnować z zawarcia umowy w wyniku wygrania przetargu, jeżeli uznała ją w świetle aktualnych okoliczności za niekorzystną. Przedsiębiorca, który przystępuje do przetargu po to żeby uzyskać zamówienie, przygotowuje kalkulacje oferty w taki sposób, aby była ona dla niego korzystna i zapewniała wykonanie zamówienia. Natomiast jeśli przedsiębiorca twierdzi, że realizacja zamówienia okazała się dla niego niekorzystna, to wskazuje to na pozorowany udział w przetargu w celu zabezpieczenia oferty drugiego uczestnika przetargu. W związku z tym zbieg takich okoliczności, jak racjonalnie niewytłumaczalne odstąpienie od wykonania umowy i przejęcie zamówienia do realizacji za wyższą kwotę przez „Młyn Malinie” pozwala domniemywać, iż w istocie nastąpiło działanie będące rezultatem wcześniejszych uzgodnień.

Według oświadczeń stron niniejszej decyzji są one niezależnymi przedsiębiorcami, prowadzącymi wobec siebie konkurencyjną działalność gospodarczą. Jednakże współdziałanie Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie” w toku postępowań przetargowych umożliwiało prowadzenie działalności gospodarczej pod tym samym adresem, korzystanie z tego samego zakładu produkcyjnego (piekarni), a w pewnym zakresie także parku samochodowego i pracowników, posługiwanie się wspólnym numerem telefonu i faksu, przystępowania do tych samych przetargów, wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, co uzasadnia zakwalifikowanie tych działań jako naruszenie prawa konkurencji. Należy jednak podkreślić, że Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” występowali w przetargach jako konkurencyjni przedsiębiorcy, składający oddzielne oferty, co mogło wprowadzać w błąd zamawiających oraz innych uczestników przetargów co do rzeczywistych zamiarów obu przedsiębiorców. W rzeczywistości poprzez składanie ofert z niewielką różnicą w cenie Stanisława Dziewit i „Młyn Malinie” wzajemnie zabezpieczały wybór oferty jednego z przedsiębiorców, ale z wyższą ceną. Przedsiębiorcy ci nie uregulowali zasad współpracy pomiędzy sobą, mimo prowadzenia działalności gospodarczej jako niezależne podmioty. Ścisłe współdziałanie w postępowaniach przetargowych umożliwiały im powiązania osobowe ww. firm, co pozwalało im na przygotowywanie ofert w sposób umożliwiający uzyskanie

kolejnych miejsc w poszczególnych przetargach i podejmowanie czynności umożliwiających wybór oferty droższej jednego z przedsiębiorców, poprzez odmowę podpisania umowy przez drugiego z nich.

Z powyższych względów, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, zachowania obu przedsiębiorców w analizowanych wyżej trzech przetargach nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zмовы przetargowej.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa Urzędu spełniona została pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*, polegająca na zawarciu porozumienia według zasad określonych w art. 4 pkt 5 tej *ustawy*.

Stosowanie do treści przepisu art. 6 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* – „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji przyjąć należy, że cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą wystąpić łącznie. „Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (tak: wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 40/02). Natomiast nawiązując do wcześniej przywoływanych wyroków sądowych należy stwierdzić, że w świetle *ustawy antymonopolowej* zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, zaś efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

Jak wskazano powyżej, za porozumienia ograniczające konkurencję uznaje się także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie. Istotą tej formy porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Taka koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza samo stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert przez przedsiębiorców do nich przystępujących. Przy czym porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie) większej liczby przetargów.

W związku z powyższym organ antymonopolowy uznał, iż praktyka ta ma charakter ciągły. Mamy bowiem do czynienia z powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron niniejszej decyzji, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do nieuzasadnionej rezygnacji z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez tego z oferentów (odpowiednio Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie”), którego oferta kalkulowana jest z niższą ceną, celem zawarcia umowy z tym z nich, który oferuje cenę wyższą. Prezes Urzędu

wykazał w niniejszej decyzji trzy przypadki - przetargi, w których tego rodzaju zachowania stron niniejszej decyzji miały miejsce.

Jak wykazano powyżej, zawarte porozumienie nie tylko zmierzało do (miało na celu) ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. Cel ten został faktycznie zrealizowany przez Stanisławę Dziewit i „Młyn Malinie”, którzy stosownie do okoliczności rezygnowali z zawarcia umowy, aby zamówienia mógł otrzymać ten z nich, który w przetargu zajął drugie miejsce oferując jednocześnie wyższą cenę. Tak więc działania stron niniejszej decyzji w trakcie analizowanych wyżej przetargów były uzgodnione, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ z góry ustalono, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych (tak jak miało to miejsce w trzech przypadkach opisywanych w niniejszej decyzji), oferta droższa – odpowiednio Stanisławy Dziewit albo „Młyn Malinie” zastąpi ofertę tańszą. W ten sposób strony wpływały na wynik przetargów, działania te ograniczały zatem konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowań. Tak więc wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 *ustawy antymonopolowej*.

6. Zaniechanie praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy antymonopolowej*

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszej decyzji jest uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w konkretnych trzech przetargach. Jak wskazano powyżej, rezygnacja z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez jednego z uczestników porozumienia, w celu przejścia umowy przez drugo uczestnika, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę oznacza, iż uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel. Jednocześnie, wykonanie porozumienia (nastąpił jego założony skutek, czyli na pierwsze miejsca przesuwawała się oferta druga pod względem ceny) uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 *ustawy antymonopolowej*, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków. W tych okolicznościach należało przyjąć, iż praktyka zaniechana została z dniem 8 czerwca 2012 r. W tym dniu bowiem nastąpiło odstąpienie od umowy w sprawie realizacji zamówienia przez jednego z uczestników porozumienia, w ostatnim z trzech przetargów objętych niniejszą decyzją, a zatem miał miejsce ostatni z trzech przejawów przedmiotowego porozumienia. Tak więc z całą pewnością stwierdzić można, iż istniejące dowody pośrednie świadczą o tym, że zмова przetargowa została zrealizowana w trzech opisanych wyżej przypadkach, które miały miejsce w roku 2012. W związku z powyższym, z powodu braku podstaw do uznania – w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie - iż porozumienie nadal istnieje między stronami niniejszej decyzji, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 8 czerwca 2012 r.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

7. Kara pieniężna

Stosowanie do treści przepisu art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewylączonym na podstawie

art. 7 i art. 8 , lub naruszenia zakazu określonego w art. 9". Tak więc rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny. Niemniej zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej” (wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 81/03).

Podkreślenia wymaga, że *ustawa antymonopolowa* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar pieniężnych. Norma prawna wynikająca z treści przepisu art. 111 tej *ustawy* stanowi jedynie, iż „przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 – 108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów *ustawy*, a także uprzednie naruszenie przepisów *ustaw*”. Przy czym – stosownie do dyspozycji art. 130 *ustawy antymonopolowej* – „przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów *ustawy* z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (...)”. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary pieniężnej wpływ musi mieć również stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Dodatkowo w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów *ustawy* oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt: I CKN 793/98). Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy *ustawy antymonopolowej*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów *ustawy antymonopolowej*, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej.

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte pomiędzy Stanisławą Dziewit i „Młyn Malinie” porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwoty bazowy - stanowiące podstawy dalszych wyliczeń - ustalono na następujących poziomach: 1.556,66 zł – w przypadku Stanisławy Dziewit oraz 104.841,82 zł - w przypadku „Młyn Malinie”.

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 lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

W szczególności Prezes Urzędu uwzględnił fakt, iż oceniane porozumienie zawarte zostało na rynku konkurencyjnym, na którym nie występują znaczące bariery wejścia. Na regionalnym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych na terenie województw południowej, wschodniej i środkowej części Polski, obejmującym w szczególności województwa podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie działa bowiem wielu przedsiębiorców, którzy uczestniczą w licznych przetargach, w skali porównywalnej z działalnością stron niniejszej decyzji.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, które polegało na realizacji określonego zachowania w trakcie przetargów prowadzonych przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy, Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie oraz Dom Pomocy Społecznej w Gliniku Dolnym, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli wymienionych organizatorów przetargów. Na skutek zawartej zmywy przetargowej podmioty te zostały bowiem postawione w sytuacji, gdy musiały wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert i pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów. Zawarte porozumienie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie ww. zamawiających, związanym z wyborem innej, droższej oferty. W konsekwencji przyjęć należy również, że analizowana praktyka ograniczająca konkurencję stosowana przez strony niniejszej decyzji wywiera wpływ na rynek właściwy także po jej zaniechaniu.

Pomimo jednak, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka ograniczającą konkurencję wywołała wymierne szkody, potencjalna wielkość tych szkód w stosunku do przychodów stron decyzji i wartości przetargów była stosunkowo niewielka (rozpiętość ofert zamawiających się przedsiębiorców sięgała 6 % - 9 %), ponadto odniosła ona rzeczywisty skutek tylko w nielicznych przetargach. Ponadto rynek właściwy zdefiniowany w niniejszej sprawie jest rynkiem relatywnie konkurencyjnym, co również ograniczało potencjalne skutki praktyki.

Ostatecznie mając na uwadze wszystkie okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron niniejszej decyzji, kwotę bazową postanowiono obniżyć o 30 %, tj. do kwoty 1.089,66 zł - w przypadku Stanisławy Dziewit oraz kwoty 73.389,27 zł - w przypadku „Młyn Malinie”.

Uwzględniając okres trwania naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane winny być naruszenia trwające dłużej niż rok. Stwierdzona w niniejszej decyzji praktyka ograniczająca konkurencję polegająca na zmywie przetargowej Stanisławy Dziewit oraz „Młyn Malinie” trwała przez krótki okres czasu, tj. od marca 2012 r. (ogłoszenie pierwszego z przetargu analizowanych w niniejszej decyzji przez Dom Pomocy Społecznej dla Osób Dorosłych Niepełnosprawnych Intelktualnie im. Jana Pawła II w Gliniku Dolnym) do czerwca 2012 r. (zaniechanie stosowania tej praktyki). A zatem czas trwania praktyki ograniczającej konkurencję stwierdzonej w niniejszej decyzji nie uzasadnia zwiększenia kwoty bazowej i winna ona pozostać na ustalonym powyżej poziomie.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył również występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził występowania w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących, takich jak np. bierna rola w naruszeniu,

działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Jeśli natomiast chodzi o okoliczności obciążające, to podnieść należy, że wprawdzie w trakcie postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, jednakże nie ulega wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorców Stanisławy Dziewit i „Młyn Malinie”, polegające na rezygnowaniu z zawierania umów o realizację zamówienia publicznego - co skutkowało wyborem droższej oferty jednego z nich - miało charakter umyślny. Za umyślnością przemawiają w szczególności zgromadzone w postępowaniu dowody w postaci dokumentów z ofert przetargowych, wskazujących na koordynację działań stron postępowania oraz informacje uzyskane od organizatorów poszczególnych przetargów analizowanych w niniejszej decyzji, w trybie wezwania do udzielenia wyjaśnień. Również okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności powiązania stron niniejszej decyzji oraz ich skoordynowane działania w trakcie postępowań przetargowych (wspólny start w poszczególnych przetargach i rezygnowania z zawierania umów o realizację zamówienia uzyskiwanych w wyniku ich wygrania), których sens można wyjaśnić tylko istnieniem zмовы przetargowej. Wszystkie wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą zatem o tym, iż przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych, poprzez wygranie przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu jak najwyższej ceny. Trudno w takich okolicznościach mówić o działaniu nieumyślnym. Tak więc uwzględniając łącznie wymienioną okoliczność obciążającą oraz brak okoliczności łagodzących, kwota bazowa ustalona w poprzednich etapach kalkulowania kary pieniężnej została podwyższona o 20 %, tj. do kwoty 1.307,59 zł - w przypadku Stanisławy Dziewit oraz kwoty 88.067,12 zł - w przypadku „Młyn Malinie”.

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

Prezes Urzędu, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania w stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję uznał, że orzeczonej karze powinna stanowić dolegliwość dla stron niniejszej decyzji, a zatem powinna przede wszystkim pełnić funkcję represyjną. W tym przypadku kara powinna spełnić także funkcję prewencyjną i wychowawczą, tak, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów *ustawy antymonopolowej* zarówno przez strony postępowania, jak i innych przedsiębiorców.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszej decyzji kary w łącznej wysokości: 1.308 zł (słownie: tysiąc trzysta osiem złotych) - w przypadku Stanisławy Dziewit oraz 88.067 zł (słownie: osiemdziesiąt osiem tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych) - w przypadku „Młyn Malinie”. Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów *ustawy antymonopolowej* i współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

8. Koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie”. Natomiast w myśl art. 77 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* – „jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania”.

Podobnie w treści przepisu art. 264 § 1 *Kodeksu postępowania administracyjnego* wprowadzono wymóg, zgodnie z którym „jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia”. Natomiast stosownie do dyspozycji przepisu art. 263 § 1 *K.p.a.* - „do kosztów postępowania zalicza się (...) również koszty doręczenia stronom pism urzędowych”.

Postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu - w punkcie I sentencji decyzji - stwierdził naruszenie przepisów *ustawy antymonopolowej*.

Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu ze stronami niniejszej decyzji - Stanisławą Dziewit oraz „Młyn Malinie”.

W związku z powyższym postanowiono obciążyć przedsiębiorców kosztami postępowania w następującej wysokości:

- Stanisławę Dziewit - kosztami w kwocie 40 zł (słownie: czterdzieści złotych) oraz
- „Młyn Malinie” - kosztami w kwocie 40 zł (słownie: czterdzieści złotych).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

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

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

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

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* w związku z art. 479²⁸ § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 *ustawy antymonopolowej* w związku z 479³² *K.p.c.* oraz art. 264 § 2 *K.p.a.* w związku z art. 83 *ustawy antymonopolowej* - przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od daty doręczenia tej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Dyrektor Delegatury UOKiK w Katowicach
Maciej Fragsztajn

Otrzymują:

1. „Młyn Malinie” Dziewit Sp. j. z siedzibą w Maliniu, Malinie 375, 39–331 Chorzelów,
2. Stanisława Dziewit, prowadząca działalność gospodarczą w Chorzelowie, Chorzelów 84, 39–331 Chorzelów,
3. RKR a/a.