



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
DELEGATURA WE WROCŁAWIU

RWR-410-501/16/JB

Wrocław, 11 październik 2017 r.

Decyzja nr RWR 6/2017

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, porozumienie zawarte na lokalnym rynku usług publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec, pomiędzy przedsiębiorcami:

- Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni,

- Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej,

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanego w 2015 r. przez Gminę Miejską Zgorzelec przetargu pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec”, warunków składanych ofert oraz postępowania mającego na celu wybór 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*.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na:

- Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni **karę pieniężną w wysokości 19 075,13 zł** (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych 13/100) płatną do budżetu państwa,
- Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej **karę pieniężną w wysokości 108 651,75 zł** (słownie: sto osiem tysięcy sześćset pięćdziesiąt jeden złotych 75/100) płatną do budżetu państwa.



III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1257) w związku z art. 83 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, **obciąża się kosztami postępowania:**

- Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni w **wysokości 20,00 zł** (słownie: dwadzieścia złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,
- Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej w **wysokości 20,00 zł** (słownie: dwadzieścia złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,

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

Uzasadnienie

Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również „Prezesem Urzędu”, „Prezesem UOKiK” lub „organem antymonopolowym”) postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargach na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec, naruszają przepisy ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* (sygn. akt RWR 400-501/16/JB).

W toku ww. postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, że są podstawy do podejrzenia, iż następujący przedsiębiorcy:

- Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni (dalej również „Bieleccy”),
- Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej (dalej również „F.H.U. Bielawa”),

w związku z udziałem w zorganizowanym w 2015 r. przez Gminę Miejską Zgorzelec przetargu pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec”, mogli zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję.

Wobec powyższego - Postanowieniem RWR Nr 101/2016 z dnia 12 grudnia 2016 r. - zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez ww. przedsiębiorców powyżej opisanego porozumienia.

Tym samym postanowieniem RWR Nr 101/2016 Prezes Urzędu postanowił zaliczyć w poczet materiału dowodowego, wszczętego w dniu 12 grudnia 2016 r. postępowania antymonopolowego, wszystkie informacje i dokumenty uzyskane w toku postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargach na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec, naruszają przepisy ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* (sygn. akt RWR 400-501/16/JB).



W toku postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu - w oparciu o postanowienie nr 9 z dnia 6 marca 2017 r. - po rozpoznaniu wniosku Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej, z dnia 20 stycznia 2017 r. w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z zeznań następujących świadków:

1) M.J.

2) A.B.

na okoliczności:

1) M.J.:

- samodzielnego podjęcia przez M.J. decyzji o udziale w postępowaniu przetargowym pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec” (2015 r.),
- decydowania o warunkach złożonej przez spółkę JAMM oferty w ww. przetargu w porozumieniu z Agnieszką Bielecką ale bez udziału Krzysztofa Bieleckiego,

2) A.B.:

- samodzielnego podjęcia przez M.J. decyzji o udziale w postępowaniu przetargowym pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec” (2015 r.),
- decydowania o warunkach złożonej przez spółkę JAMM oferty w ww. przetargu w porozumieniu z M.J. ale bez udziału Krzysztofa Bieleckiego,
- podpisania przez A.B. dowodu złożenia wadium do ww. postępowania przetargowego,
- konfliktu A.B. z Krzysztofem Bieleckim i nie podejmowania przez Krzysztofa Bieleckiego czynności związanych z prowadzeniem spółki JAMM,

odmówił przeprowadzenia dowodu w przedmiocie zeznań obu ww. świadków na powołane wyżej okoliczności.

Powyższy wniosek był - zdaniem Prezesa Urzędu - nieuzasadniony i nie zasługiwał na uwzględnienie. Organ antymonopolowy zebrał bowiem w trakcie postępowania od Pana M.J. i Pani A.B. wyczerpujące informacje w ww. zakresie. Obie ww. osoby powołane przez Krzysztofa Bieleckiego (F.H.U. Bielawa) miały bowiem możliwość nieograniczonego pisemnego wyrażenia swojego stanowiska w przedmiotowym zakresie, co też zresztą uczyniły.

W toku postępowania przedsiębiorcom zostało przedstawione „Szczegółowe uzasadnienie zarzutów” (SUZ) - pismo, w którym Prezes Urzędu omówił wszystkie istotne fakty oraz dowody, na podstawie których zamierza oprzeć decyzję wraz z oceną prawną tych faktów. Obie Strony postępowania nie odniosły się do otrzymanego SUZ.

Pismami z dnia 30 sierpnia 2017 r. Strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów. Obie Strony skorzystały z tego uprawnienia.



Ustalenia faktyczne

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec” przeprowadzone przez Gminę Miejską Zgorzelec (dalej również jako „Zamawiający”), zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 1 września 2015 r. pod numerem 2015/S 167-305191. Termin składania ofert ustalony został do dnia 13 października 2015 r.

W dniu 13 października 2015 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 6 ofert, które zawierały następujące ceny (brutto):

- 2 986 380,00 zł - Andrzej Steleżuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Astel - Przewóz Osób” z siedzibą w Zawidowie (Oferta nr 1);
- 2 661 620,00 zł - Miłosz Steleżuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mstel - Przewóz Osób” z siedzibą w Zawidowie (Oferta nr 2);
- 3 565 300,00 zł - Małgorzata Kurkowska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Małgorzata Kurkowska” z siedzibą w Kwaśniowie Górnym (Oferta nr 3);
- 2 075 640,00 zł - Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. „Bielawa” z siedzibą w Leśnej* (Oferta nr 4);
- 1 757 940,00 zł - „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni* (Oferta nr 5);
- 5 161 989,60 zł - Marek Wierzbicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAKO” z siedzibą w Wilczycach (Oferta nr 6).

*domniemani Uczestnicy zмовы przetargowej.

W toku badania i oceny oferty złożonej przez „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni (dalej również jako „JAMM”), której następcą prawnym obecnie jest - Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni, Zamawiający ustalił na podstawie załączonej do oferty informacji z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 12 października 2015r., iż współnikami spółki JAMM są Pani M.J. i M.J., a uprawnionym do reprezentowania ww. Spółki jest tylko Pan M.J.

Zamawiający dokonując oceny ofert stwierdził, iż ceny ofert zaproponowanych przez dwóch uczestników przetargu tj. F.H.U Bielawa oraz JAMM są niższe o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 33,34, 75,76).

W związku z podejrzeniem, że badane oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający - pismami z dnia 15 października 2016 r. (przesłanymi pocztą elektroniczną w dniu 16 października 2015 r.) - wezwał obu ww. Wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W przedmiotowych pismach, Zamawiający pouczył ww. Wykonawców, iż przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a w przypadku gdy Wykonawca w terminie do dnia 22 października 2015 r. nie złoży wyjaśnień



lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi rażąco niską cenę, odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej również „ustawa *Prawo zamówień publicznych*” lub „ustawa Pzp”.

(Dowód: karty 26-36, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 34, 76).

Wykonawca JAMM do dnia wskazanego w przedmiotowym wezwaniu nie udzielił wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Natomiast Wykonawca F.H.U Bielawa dopełnił obowiązek wynikający z przedmiotowego wezwania i przedstawił stosowne wyjaśnienia.

(Dowód: karty 31, 32, 37-44, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 34, 76).

W dniu 6 listopada 2015 r., Zamawiający uzyskał informację, iż z dniem 1 września 2015 r., tj. przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu, nastąpiła zmiana współników spółki jawnej „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz. Z treści przekazanej informacji wynikało, iż od dnia 1 września 2015r. współnikami ww. Spółki są Pan Krzysztof Bielecki posiadający 50% procent udziałów oraz Pani A.B. (żona Pana Krzysztofa Bieleckiego) posiadająca także 50% udziałów w ww. Spółce.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Zamawiający wystąpił do Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U Bielawa oraz „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. o złożenie wyjaśnień dot. powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, mogących występować między ww. Wykonawcami.

(Dowód: karty 31, 32, 37-44, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 34, 35, 76, 77).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawcy złożyli oświadczenia o bardzo podobnej treści. Pan Krzysztof Bielecki - w piśmie z dnia 25 listopada 2015 r. - oświadczył, iż w dniu 1 września 2015 r. nabył od Pani M.J. 50% udziałów w spółce, a następnie w dniu 12 października 2015 r. darował cały nabyty udział Pani H.B.. Nadmienić należy, iż swoje udziały Pan Krzysztof Bielecki zbył dopiero na dzień przed otwarciem ofert w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Pan Krzysztof Bielecki w ww. piśmie stwierdził, iż mimo pozostawania w okresie od 1 września 2015 r. do 12 października 2015 r. współnikiem spółki JAMM nie pozostawał z ww. Spółką w powiązaniach określanych jako „grupa kapitałowa”, ponieważ nie posiadał w tej Spółce pozycji dominującej.

Jak wyżej wskazano oświadczenie o podobnej treści zostało złożone przez spółkę jawną ”JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz, które zostało opatrzone pieczęcią Wykonawcy o treści: „JAMM Marzanna Janusz, Mariusz Janusz spółka jawna” oraz podpisane przez A.B. i H.B.

(Dowód: karty 138, 171, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 35, 77).

W związku z tym, iż z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynikało, że A.B. i H.B. upoważnione są do reprezentowania spółki jawnej „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz, Zamawiający pismem z dnia 1 grudnia 2015r. (Nr WZP.271.40.2015) - na



podstawie art. 87 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* - wezwał „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. do złożenia wyjaśnień w zakresie reprezentacji Spółki, wskazując przy tym, iż do dnia wysłania przedmiotowego pisma w Krajowym Rejestrze Sądowym nie została dokonana zmiana dot. wspólników ww. Spółki, a tym samym sposób jej reprezentacji.

(Dowód: karta 172, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 35, 77).

W dniu 2 grudnia 2015r. wpłynęło do Zamawiającego wyjaśnienie, z treści którego wynikało, iż na dzień składania ofert, tj. na dzień 13 października 2015r. wspólnikami ww. spółki JAMM są A.B. i H.B., a oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu została podpisana przez Pana M.J., byłego współwłaściciela spółki JAMM, jako pełnomocnika Spółki.

(Dowód: karta 177, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 35, 36, 77, 78).

Z całokształtu dokumentacji pozyskanej w toku prowadzonego postępowania przetargowego wynikało, iż Pan Krzysztof Bielecki miał możliwość decydowania, zarówno o złożonych ofertach przez ww. podmioty (tj. F.H.U Bielawa i JAMM) jak i kształtowania cen tych ofert oraz wszystkich innych elementów. Zamawiający przyjął, iż złożenie w niniejszym postępowaniu przez ww. podmioty ściśle ze sobą powiązane sprowadzało się jedynie do uzyskania przedmiotowego zamówienia za droższą cenę, przy wykorzystaniu określonych mechanizmów ustawy *Prawo zamówień publicznych* - nakazujących wzywanie Wykonawców do wyjaśnienia bądź uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, Wykonawcy mieli - nie tylko hipotetyczną, ale i realną możliwość wymiany informacji, tak co do treści i warunków składanych ofert jak i późniejszych zachowań w trakcie prowadzonego postępowania. Powyższe mogło wskazywać, iż złożenie odrzuconej oferty było działaniem celowym Wykonawcy proponującego niższą cenę, aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującego cenę wyższą.

Tak więc, złożenie ofert przez dwóch powiązanych rodzinnie Wykonawców, a następnie uchylenie się przez spółkę jawną „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz od złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mogło być celowym działaniem zmierzającym do odrzucenia oferty ww. Spółki, tak aby Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U Bielawa, proponującego wyższą cenę w niniejszym postępowaniu.

Zaznaczyć należy, iż ww. Wykonawcy nie mogli posiadać wiedzy (pewności), że Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wezwie ich do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 36, 37, 78, 79).



W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 - 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 ze zm.) oraz pkt. 10 ppkt. 2 lit. c-f SIWZ zażądał m.in. załączenia do oferty:

- aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. nie dołączył do złożonej oferty wyżej wymaganych dokumentów, przy czym złożenie niekompletnej oferty, w okolicznościach ujawnionych w toku postępowania - zdaniem Zawiadamiającego - świadczyć mogło o tym, iż zamiarem ww. Wykonawców było uzyskanie kontroli nad przebiegiem postępowania i podjęcie próby uzyskania zamówienia przez Krzysztofa Bieleckiego (F.H.U „Bielawa”), za kwotę wyższą.

Zamawiający zgodnie z zapisami art. 26 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* w powyższej sytuacji zobowiązany był do wezwania „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. do uzupełnienia wymaganych dokumentów, a w razie ich nieuzupełnienia ww. Wykonawca zostałby wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 wyżej wskazanej ustawy. Zamawiający odstąpił jednak od czynności wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów na podstawie wyżej cytowanego przepisu prawa, ponieważ pomimo nawet ich przedłożenia oferta i tak podlegałaby odrzuceniu. Jak już wskazano wcześniej, Wykonawca JAMM nie udzielił bowiem w terminie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 37, 38, 80, 113-139).



Złożenie ofert przez dwóch powiązanych Wykonawców, a następnie uchylenie się przez „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. od złożenia wyjaśnień, w ocenie Zamawiającego, mogło być celowym działaniem zmierzającym do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy i wyboru oferty Krzysztofa Bieleckiego, proponującego wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Argumentem przemawiającym za celowością tego działania, które było realizacją z góry powziętego zamiaru, były - według Zamawiającego - w szczególności braki w ofercie „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j.

Dodatkowo należy wskazać, iż Wykonawcy dołączyli do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego od tego samego przedsiębiorcy (tj. firmy Aurex - Truck z Katowic), o niemal identycznej treści i z tożsamą datą. Ponadto do przygotowania obu ofert posłużono się tym samym narzędziem, tj. pieczęcią „Stwierdzam zgodność z oryginałem”. W konsekwencji Zamawiający odrzucił oferty obu ww. Wykonawców.

W z związku z tym, iż kolejna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przekraczała kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* postanowił unieważnić przedmiotowe postępowanie.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 40, 41, 82-84, 104, 112, 131, 139).

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono bezspornie, iż przedsiębiorca pn. Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni jest następcą prawnym „JAMM” Marzanna Janusz Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni (m.in. posiada ten sam nr KRS, NIP, adres). W dniu 1 września 2015 r. podpisano umowę zbycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy M.J. a Krzysztofem Bieleckim. W tym samym dniu podpisano umowę zbycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy M.J. a A.B. Następnie w dniu 12 października 2015 r. podpisano Umowę darowizny ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy Krzysztofem Bieleckim a H.B. W związku z powyższym od ww. daty wspólnikami są: A.B. i H.B.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 140 - 166).

Poniżej przedstawiono raz jeszcze chronologicznie fakty i daty istotne dla oceny sprawy:

1. **1 września 2015** - ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec”, które zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2015/S 167-305194. Termin składania ofert ustalony został do dnia **13 października 2015 r.**
2. **1 września 2015 r.** - zmiana wspólników spółki jawnej „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz. Od ww. daty wspólnikami ww. Spółki są Pan Krzysztof Bielecki posiadający 50% procent udziałów (nabytych od M.J.) oraz Pani A.B. (żona Pana Krzysztofa Bieleckiego) posiadająca także 50% udziałów w ww. Spółce (nabytych od M.J.).
3. **12 października 2015 r.** - darowanie przez Pana Krzysztofa Bieleckiego swoich wszystkich udziałów Pani H.B. (matce). W związku z powyższym od tej daty



wspólnikami „JAMM” są: A.B. (żona) i H.B. (matka).

4. **13 października 2015 r.** - złożenie przez Pana Krzysztofa Bieleckiego u Zamawiającego oferty przedsiębiorcy pn. Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej. Formularz oferty podpisany został przez Pana Krzysztofa Bieleckiego z datą 12.10.2015 r.,
5. **13 października 2015 r.** - złożenie u Zamawiającego oferty przedsiębiorcy pn. „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni. Formularz oferty podpisany został przez Pana M.J. z datą 13.10.2015 r. (Pan M.J. posiadał pełnomocnictwo do reprezentowania Spółki udzielone przez Pana Krzysztofa Bieleckiego w dniu 2 września 2015 r.).
6. **16 października 2015 r.** - wezwanie obu ww. Wykonawców przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W przedmiotowych pismach, Zamawiający pouczył ww. Wykonawców, iż przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a w przypadku gdy Wykonawca w terminie **do dnia 22 października 2015 r.** niełoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi rażąco niską cenę, odrzuci ofertę.
7. Wykonawca, „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j. do dnia wskazanego w przedmiotowym wezwaniu (**tj. 22 października 2015 r.**) nie udzielił wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Natomiast Wykonawca Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: F.H.U „Bielawa” dopełnił obowiązek wynikający z przedmiotowego wezwania i jego oferta została ofertą zwycięską.
8. Zdaniem Zamawiającego oferty „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz s.j. oraz Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U Bielawa przygotowywały w porozumieniu te same osoby, które miały wiedzę o istotnej treści obu ofert przed ich złożeniem. W tej sytuacji, Zamawiający odrzucił oferty ww. Wykonawców.
9. W z związku z tym, iż kolejna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przekraczała kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Poniżej przedstawiono stanowiska w sprawie ww. przetargu wyrażone w toku postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego przez dwóch oferentów podejrzanych o zмовę przetargową w rozpatrywanym przetargu, tj. F.H.U. Bielawa oraz Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM).



Stanowisko Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej (w okresie od dnia 1 września 2015 r. do dnia 12 października 2015 r. również wspólnika „JAMM” Marzanna Janusz Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni).

Przedsiębiorca zaznaczył, iż w okresie lipca - sierpnia 2015 r. uzyskał informację, iż wspólnicy spółki JAMM noszą się z zamiarem zbycia Spółki. Negocjacje z Państwem J. zakończyły się nabyciem przez p. Krzysztofa Bieleckiego w dniu 1 września 2015 r. części Spółki będącej własnością p. M.J. Wspólnikiem spółki JAMM Pan Krzysztof Bielecki był do dnia 12 października 2015 r. bowiem w tym dniu darował - umową darowizny - ogół swoich praw i obowiązków wspólnika ww. Spółki na rzecz swojej matki p. H.B.

Pan Krzysztof Bielecki stwierdził także iż „do dnia 1 września 2015 r. sprawami Spółki (JAMM) zajmowali się Państwo J. i to oni podjęli decyzję o udziale w ww. postępowaniu przetargowym, jak również to oni decydowali o warunkach udziału Spółki (JAMM) w tym postępowaniu, w szczególności o kształcie i warunkach oferty. Po zbyciu Spółki przez Państwo J., jej sprawami zajmowała się A.B. oraz dotychczasowy wspólnik Pan M.J. (działający jako pełnomocnik Spółki)(...). Pan M.J. już jako pełnomocnik Spółki zajmował się dalej całokształtem działalności Spółki, w tym ww. postępowaniem przetargowym”.

Przedsiębiorca podniósł, że ze spółką JAMM nie dokonywał żadnych uzgodnień dotyczących przedmiotowego przetargu. Nie zna również powodów złożenia przez spółkę JAMM niekompletnej dokumentacji przetargowej dotyczącej ww. przetargu. Pan Krzysztof Bielecki wskazał, iż nie miał możliwości decydowania o złożonych ofertach oraz kształtowania cen tych ofert bowiem oferta spółki JAMM została złożona w dniu 13 października 2015 r., czyli w dniu kiedy nie był już wspólnikiem tej Spółki.

(Dowód: karty 9, 10 sprawa RWR 400-501/16/JB karty 171, 172).

Stanowisko Bieleccy Sp. j. (dawniej „JAMM” Marzanna Janusz, Mariusz Janusz Sp. j.)

Przedsiębiorca w toku postępowania wyjaśniającego stwierdził, iż nie są mu znane przyczyny nie złożenia - zgodnie z pkt 10 ppkt 2 lit. c-f SIWZ - zaświadczeń z Urzędu Skarbowego, ZUS oraz informacji KRS, potwierdzających spełnienie warunków uczestnictwa w ww. przetargu. Opracowaniem oferty zajmować się miał bowiem - działający w imieniu Spółki - pełnomocnik Pan M.J. (były wspólnik Spółki). Nowi wspólnicy Spółki pozostawali w przekonaniu, iż złożona oferta jest kompletna i spełnia wymogi określone w SIWZ.

Jednocześnie przedsiębiorca wskazał, iż współpraca Spółki z Panem Krzysztofem Bieleckim polegała na tym, że w dniu 1 września 2015 r. Pan Krzysztof Bielecki nabył od Pani M.J. ogół jej praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej, a następnie w dniu 12 października 2015 r. darował należny mu ogół jej praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej Pani H.B. W okresie od dnia 1 września 2015 r. do 12 października 2015 r. Pan Krzysztof Bielecki był wspólnikiem spółki JAMM. Spółka nie współpracowała z Panem Krzysztofem Bieleckim w ww. przetargu i Spółce nie są znane jakiegokolwiek wzajemne uzgodnienia dotyczące opracowania dokumentacji przetargowej oraz kontakty dotyczące



celowego złożenia w tym przetargu oferty niekompletnej przez JAMM.

Przedsiębiorca wyjaśnił, iż powiązania rodzinne łączące Wspólników Spółki tj. Panią A.B. i Panią H.B. z Panem Krzysztofem Bieleckim są następujące: Pan Krzysztof Bielecki jest mężem Wspólnika - Pani A.B. i synem Wspólnika - Pani H.B.

Odnosnie zarzutu podejrzenia zawarcia przez Spółkę zмовы przetargowej z Panem Krzysztofem Bieleckim przedsiębiorca stwierdził, iż są to jedynie insynuacje i niczym nie potwierdzone domysły Zamawiającego. Spółka złożyła bowiem ofertę w dniu 13 października 2015 r. czyli w dacie, kiedy Pan Krzysztof Bielecki nie był już Wspólnikiem Spółki i w żaden sposób ze Spółką nie współpracował. Spółka nie uzupełniła na wezwanie Zamawiającego niekompletnej dokumentacji przetargowej ponieważ uznała, iż nie jest zainteresowana dalej udziałem w tym przetargu.

W toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorca stwierdził natomiast, iż przygotowaniem oferty spółki JAMM w przedmiotowym przetargu zajmował się Pan M. J. (były wspólnik Spółki), który posiadał stosowne pełnomocnictwo oraz aktualny wspólnik Pani A.B. To oni mieli decydować o szczegółach i warunkach oferty, jak również późniejszej rezygnacji z udziału Spółki w przetargu poprzez nie udzielenie w terminie wyjaśnień Zamawiającemu.

Ponadto przedsiębiorca wyjaśnił, iż Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni są następcą prawnym „JAMM” Marzanna Janusz Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni. W dniu 1 września 2015 r. podpisano umowę zbycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy M.J. a Krzysztofem Bieleckim. W tym samym dniu podpisano również umowę zbycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy M.J. a A.B. Następnie w dniu 12 października 2015 r. podpisano Umowę darowizny ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki jawnej pomiędzy Krzysztofem Bieleckim a H.B.. W związku z powyższym od ww. daty wspólnikami są: A.B. i H.B. Zmiana nazwy Spółki z „JAMM” Marzanna Janusz Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni na „Bieleccy” Sp. j. z siedzibą w Bogatyni nastąpiła po podjęciu w dniu 25 listopada 2015 r. przez Wspólników A.B. i H.B. uchwały o zmianie umowy Spółki.

(Dowód: karty 183, 184 sprawa RWR 400-501/16/JB karty 140, 141, 169, 170).

W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, organ antymonopolowy zwrócił się także o wyrażenie stanowiska w przedmiotowej sprawie do Pana M.J., który w dniu 1 września 2015 r. zbył swoje udziały w spółce JAMM na rzecz Pani A.B., a od dnia 2 września 2015 r. był pełnomocnikiem spółki JAMM.

Pana M.J. stwierdził m.in., iż

„Po zbyciu udziałów rozmawiałem z Panem Krzysztofem Bieleckim, który zamierzał złożyć ofertę w imieniu spółki JAMM w przetargu na zamówienie publiczne. Wymogiem był aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, a w tym czasie widniały jeszcze dane mojej spółki. Pan Bielecki oświadczył, że jedynym rozwiązaniem w tej sytuacji jest upoważnienie mojej osoby do reprezentacji w spółce JAMM zgodnie z widniejącym wpisem do KRS (...). Podpis na pełnomocnictwie oraz formularzu ofertowym jest mój. Nie uczestniczyłem natomiast w jej przygotowaniu, gromadzeniu dokumentów itp. (podkreśl. UOKiK). Formularz nie jest wypełniony przeze mnie, ani przez moją wspólniczkę M.J. (...).



Nie składałem również oferty u zamawiającego, ani w żaden inny sposób nie uczestniczyłem w tej czynności. Dokument podpisałem w dobrej wierze, w ramach przysługi, ponieważ w KRS nie były jeszcze ujawnione dane nowych wspólników. Nie miałem wiedzy na temat przedmiotowej oferty, ani dalszego toku postępowania nowych wspólników”.

„Po 1 września 2015 nie pracowałem, nie miałem żadnego interesu, nie byłem zaangażowany, ani w jakikolwiek sposób związany, z działalnością spółki. Większość czasu spędzałem w Niemczech, szukając mieszkania do wynajęcia oraz załatwiając formalności związane z przeprowadzką. Od dnia 31.10.2015 mieszkam na stałe na terenie Niemiec. Nie podejmowałem decyzji o udziale w postępowaniu przetargowym w Zgorzelcu, gdyż nie leżało to już w mojej gestii. Z nikim nie współpracowałem w tym zakresie, w tym również z Panią A.B. Jedyne informacje jakie posiadam w tym temacie pochodzą od Pana Bieleckiego, który poprosił mnie o podpisanie pełnomocnictwa, gdyż w momencie składania oferty nie mógł się okazać odpisem z KRS z danymi nowych wspólników. W rejestrze widniałem nadal, jako osoba uprawniona do reprezentacji spółki. Oświadczył, że „jego adwokat” podpowiedział mu, że to jedyne wyjście z tej sytuacji. W dobrej wierze podpisałem dokument. Nie uczestniczyłem natomiast w przygotowywaniu oferty, gromadzeniu dokumentów (podkreśl. UOKiK). Formularz ofertowy nie jest sporządzony moim charakterem pisma, ani mojej spółniczką. W formularzu ofertowym widnieje ewidentny błąd w adresie spółki. Adres z siedzibą na ul. Matejki 19 jest nieaktualny od 2008 r. Nie składałem również oferty u zamawiającego, ani w żaden inny sposób nie uczestniczyłem w tej czynności. Rozmowy o sprzedaży spółki prowadzone były już od lipca 2015 r. i nie byłem zainteresowany żadnymi ofertami przetargowymi poza terenem Miasta i Gminy Bogatynia”.

(Dowód: karta 20, sprawa RWR 400-501/16/JB karta 226).

Ocena prawna ustalonych faktów

Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanego w 2015 r. przez Gminę Miejską Zgorzelec przetargu pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec”, warunków składanych ofert oraz postępowania mającego na celu wybór tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.



Interes publiczny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zмова przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla Zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego uzasadniającego jego interwencję. Naruszenie to polega na złamaniu zasad konkurencji w przetargu i dlatego wymaga oceny w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, z późn. zm.), dalej również „ustawa o swobodzie działalności gospodarczej”. Zarazem należy wskazać, że zgodnie z



przepisami ww. ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 i art. 2 ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*). Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni jest spółką zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000088479. W toku postępowania ustalono bezspornie, iż ww. przedsiębiorca jest następcą prawnym „JAMM” Marzanna Janusz Mariusz Janusz Sp. j. z siedzibą w Bogatyni - uczestnika przedmiotowego przetargu (m.in. posiada ten sam numer KRS, NIP, adres).

Krzysztof Bielecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej prowadzi we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisu do CEIDG. Posiada zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*.

Tak więc, wymienione powyżej strony niniejszego postępowania antymonopolowego (tj. Bieleccy i F.H.U. Bielawa) prowadząc we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Podkreślić należy, że żadna ze stron niniejszego postępowania nie kwestionowała faktu posiadania statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Rynek właściwy

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

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7



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

W ocenie Prezesa Urzędu zasadne jest przyjęcie, iż właściwości przedmiotowe (produktowe) analizowanego rynku wyznacza w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia, na wykonanie którego zapotrzebowanie zgłaszał Zamawiający w ramach analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obejmowało ono świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec. W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim mogło zostać zawarte niedozwolone porozumienie jest więc bezspornie rynek świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma co do zasady wymiar lokalny, przede wszystkim z uwagi na konieczność prowadzenia działalności na terenie Zgorzelca po wygraniu przetargu.

Nadmienić przy tym należy, iż struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z polskimi i wspólnotowymi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, z umowy przetargowej, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Udział w rynku właściwym przedsiębiorców objętych porozumieniem i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Podsumowując należy wskazać, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest lokalny rynek świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec.



Zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - „zmowa przetargowa”

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są zмовami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

- 1) zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami;
- 2) celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
- 3) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się: 1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, 3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w wyniku praktycznej współpracy w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest zatem konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje, aby pomiędzy stronami postępowania istniała umowa regulująca zasady ich współpracy w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Zdaniem Prezesa Urzędu między dwoma przedsiębiorcami, tj. Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM) oraz F.H.U. Bielawa istniało porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Taki wniosek można wysnuć na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w toku



postępowania antymonopolowego. Całokształt faktów i okoliczności wskazuje na to, że Strony postępowania ze sobą współpracowały przy sporządzaniu i składaniu ofert w przedmiotowym przetargu oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Okoliczności i argumenty świadczące o działaniu w ramach zmowy przetargowej

Okoliczności i argumenty świadczące o zawarciu przez strony postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w postaci zmowy przetargowej można podzielić na:

- 1) działania przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert;
- 2) całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami - powiązania gospodarcze i rodzinne.

Mechanizm rozstawiania i wycofywania (nie uzupełniania) ofert

Zebrane w sprawie dowody zdaniem Prezesa Urzędu wskazują, że dwóch przedsiębiorców tj. Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM) oraz F.H.U. Bielawa w rozpatrywanym przetargu zastosowało mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert. Oferty ww. Uczestników postępowania zostały „rozstawione”, tj. oferowane przez nich ceny zostały odpowiednio różnicowane, a następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskali wiedzę, że ich oferty zawierają kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę została wycofywana (nieuzupełniana).

Dla uczestników postępowań przetargowych działających w ramach zmowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert kluczowe jest uzyskanie, po otwarciu ofert, informacji o ofertach złożonych w postępowaniu wraz z zaoferowanymi cenami. Tylko dysponując takimi informacjami uczestnicy niedozwolonego porozumienia mogą ustalić, czy złożone przez nich oferty są kolejno dwiema najkorzystniejszymi. Okoliczność ta stanowi warunek konieczny dla możliwości osiągnięcia przez strony postępowania założonego przez nie antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty współpracującego przedsiębiorcy zawierającej wyższą cenę.

Podkreślić należy, że Strony postępowania nie uzupełniając braków w ofercie (Bieleccy Sp. j. - dawniej JAMM) lub je uzupełniając (F.H.U. Bielawa) dysponowały takimi informacjami. Tak więc, zastosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania oferty było co do zasady nieuzupełnienie braków w złożonej ofercie przez przedsiębiorcę, który oferował niższą cenę za wykonanie zamówienia (Bieleccy Sp. j. - dawniej JAMM). Natomiast Wykonawca oferujący wyższą cenę (F.H.U. Bielawa) dopełnił obowiązek wynikający z podobnego wezwania.

Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach zmowy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku



możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na rezygnację z realizacji zamówienia. Nieuzasadniona rezygnacja z możliwości wygrania przetargu i zawarcia umowy może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnienie zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk. W związku z powyższym Prezes Urzędu rozważył wskazane przez przedsiębiorców okoliczności mające racjonalizować ich postępowanie w przedmiotowym przetargu.

Przekazane przez Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM) przyczyny nie uzupełnienia braków w sprawie rozpatrywanego zamówienia publicznego, tj. nie udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień - na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 października 2015 r. - dotyczących rażąco niskiej ceny, polegały wyłącznie na krótkich stwierdzeniach, np. „Wspólnicy Spółki (w tym nowy Wspólnik Pani Honorata Bielecka) zdecydowali, iż Spółka rezygnuje z udziału w przetargu” lub „Po wezwaniu Spółki „JAMM” do uzupełnienia niekompletnej dokumentacji przetargowej Spółka uznała, iż nie jest zainteresowana dalej udziałem w tym przetargu, co było powodem nie wykonania wezwania Gminy do uzupełnienia braków w dokumentacji”. Wyjaśnienia ww. przedsiębiorcy były lakoniczne, ogólnikowe i zdaniem Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie.

Dodatkowo należy wskazać, iż wykonawca Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM), który przedstawił ofertę z niższą ceną (potencjalnie zwycięską), złożył ofertę niekompletną (brak informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczeń z ZUS lub KRUS i Urzędu Skarbowego - vide: str. 7 Decyzji), co również może świadczyć o zamiarze uzyskania przez Stronę postępowania kontroli nad przebiegiem przedmiotowego przetargu i doprowadzenia do wybrania drugiej, droższej oferty F.H.U. Bielawa.

Tak więc, złożenie ofert przez dwóch powiązanych Wykonawców, a następnie uchylenie się przez Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM) od złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz udzielenie tych wyjaśnień przez F.H.U. Bielawa, w ocenie Prezesa Urzędu, było celowym działaniem zmierzającym do odrzucenia oferty Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM) i wyboru oferty F.H.U. Bielawa, proponującego wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Argumentem przemawiającym za celowością tego działania, które było realizacją z góry powziętego zamiaru, były również wymienione powyżej braki w ofercie Bieleccy Sp. j. (dawniej JAMM).

Całokształt relacji pomiędzy Uczestnikami postępowania - powiązania rodzinne i gospodarcze.

Przy ocenie istnienia między Stronami postępowania antymonopolowego zmywy przetargowej Prezes Urzędu uwzględnił całokształt relacji między Uczestnikami postępowania.



Okoliczności wskazujące na współpracę między przedsiębiorcami wzmacniają bowiem prawdopodobieństwo istnienia zмовы przetargowej, nawet jeśli brak jest wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Podobnie należy ocenić istnienie różnorodnych związków między przedsiębiorcami, w tym gospodarczych lub rodzinnych. Współpraca oraz powiązania rodzinne stwarzają daleko idące możliwości komunikacji, pozwalające przedsiębiorcom na dokonanie ustaleń odnośnie ich zachowań w przetargach. Dowody zebrane w toku niniejszego postępowania antymonopolowego wskazują na istnienie takich powiązań pomiędzy przedsiębiorcami.

Strony postępowania należą do jednej rodziny. Pan Krzysztof Bielecki (F.H.U. Bielawa) jest mężem Pani A.B. i synem Pani H.B. Są więc bliskimi krewnymi, co zapewniało im możliwość nieograniczonej wzajemnej komunikacji. Strony współpracowały ze sobą, m.in. wspólnie poszukując kontrahentów (np. dołączając do swoich ofert zobowiązania podmiotu trzeciego od tego samego przedsiębiorcy - Aurex Truck, mającego swoją siedzibę w Katowicach, tj. ponad 300 km od siedzib Stron postępowania) i użyczając sobie sprzętu biurowego.

Należy również wskazać, iż Pan Krzysztof Bielecki (F.H.U. Bielawa) w okresie od dnia 1 września 2015 r. do dnia 12 października 2016 r. był równocześnie współnikiem (50% udziałów) spółki JAMM (obecnie Bieleccy Sp. j.).

Podsumowując powyższe okoliczności należy stwierdzić, że wskazują one na faktyczną współpracę Stron postępowania na etapie przygotowania i składania ofert. Całokształt relacji pomiędzy Uczestnikami postępowania - powiązania rodzinne i gospodarcze - **w połączeniu z przedstawionym wcześniej mechanizmem rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert** - uprawdopodobnia istnienie pomiędzy Stronami postępowania porozumienia w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności (tj. wycofywanie (nieuzupełnianie) oferty, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargu oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez dwóch Uczestników (tj. Bieleccy Sp.j. i F.H.U. Bielawa) zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

Zdaniem Prezesa Urzędu, w opisanym przetargu dwóch przedsiębiorców (tj. Bieleccy Sp. j. i F.H.U. Bielawa) występowało jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Powyższe Strony postępowania w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowywaniem ofert i dalszym zachowaniem w rozpatrywanym przetargu. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes Urzędu nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zмовы przetargowej.



Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

Zgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji należy przyjąć, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Zebrane dotychczas dowody wskazują bezspornie, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania zmierzało bowiem do zakłócenia (ograniczenia) konkurencji na rynku właściwym. Uczestniczący w ww. porozumieniu przedsiębiorcy (tj. Bieleccy i F.H.U. Bielawa), dzięki uzgodnionym zachowaniom, mogli uzyskać zamówienie po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowego. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

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

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

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

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie



przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy zauważyć, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:

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

spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

W świetle powyższego, orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.



Jako zasadę w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przyjęto zatem, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Od powyżej zasady przyjęto dwa odstępstwa modyfikujące relewantny okres „obrotowy”, jaki Prezes Urzędu bierze pod uwagę przy ustaleniu kary pieniężnej oraz maksymalną wysokość kary.

Pierwsza regulacja szczególna dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro. W takim przypadku Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary (art. 106 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Jeżeli jednak średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął równowartości co najmniej 100.000 euro zastosowanie znajdzie druga regulacja szczególna. W takim przypadku Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro (art. 106 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym: „Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2”.

W ramach prowadzonego postępowania, w przypadku obu przedsiębiorców (tj. P.H.U. Bielawa i Bieleccy Sp. j.) kary - zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - zostały ustalone na podstawie wysokości ich obrotów osiągniętych w 2016 r.

Nałożenie administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Niemniej, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki



ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej”¹. Nieuzasadnione byłoby odstępowanie od nałożenia kary pieniężnej w przypadku bardzo poważnych naruszeń, do których zalicza się zmywy przetargowe.

Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pierwszeństwo przyznaje się funkcji prewencyjnej albo represyjnej. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że zachodzą przesłanki do nałożenia na przedsiębiorców kar pieniężnych.

Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń bardzo poważnych, bowiem jest nim zмова przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję. Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Prezes Urzędu na dalszym etapie miarkowania kary postanowił zindywidualizować proces jej kalkulowania w przypadku każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przesłanki łagodzące oraz obciążające obu przedsiębiorców, uzasadnienia kar są podobne. Nie oznacza to jednakże, iż wysokość kar nie została zindywidualizowana.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, w związku z tym organ antymonopolowy przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych za wskazane porozumienie na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli (vide: tabela nr 2).

¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.



Tabela 2 - I etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (ustalona na podstawie (...) przychodu w zł)
1	Bieleccy Sp. j.	17 341,03
2	F.H.U. Bielawa	98 774,32

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. Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że rynek świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców i na którym nie występują istotne bariery wejścia. Tezę o intensywności konkurencji na tym rynku potwierdza liczba 6 ofert złożonych w ramach przetargu analizowanego w postępowaniu antymonopolowym zakończonym wydaniem niniejszej decyzji. Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu. Uwzględniając łącznie powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem Stron postępowania postanowiono, że pozostaną one bez wpływu na wymiar kary.

Biorąc pod uwagę okres naruszenia Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. Dla odzwierciedlenia wpływu okresu naruszenia na wysokość kary Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową w przypadku długotrwałych porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%. Niedozwolone porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji nie zalicza się do porozumień długotrwałych (gdyż za takie uważane są naruszenia trwające dłużej niż rok), a co za tym idzie okres jego trwania nie miał wpływu na wysokość kary.

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: (1) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, (2) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, (3) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków, (4) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, (5) bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu, (6) działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

W ustalonym stanie faktycznym sprawy nie wystąpiła żadna z powyższych sytuacji, mogących mieć wpływ na obniżenie kary czyli okoliczności łagodzących.



Z kolei okolicznościami obciążającymi są: (1) rola lidera lub inicjatora porozumienia lub nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu, (2) przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców, (3) dokonanie uprzednio podobnego naruszenia, (4) umyślność naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił umyślny charakter naruszenia. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w rozpatrywanym przetargu, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych - o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu - poprzez wygranie przetargu, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - były dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.

Należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym zamówienia byli świadomi, iż prowadzone jest ono w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w ustawie *Prawo zamówień publicznych* (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy). Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, iż „Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania”².

Powyżej wymienioną okoliczność obciążającą i brak okoliczności łagodzących uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na w/w przedsiębiorców postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 10%. (tabela nr 3).

Tabela 3 - III etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (w zł)	Kara podwyższona o 10% (w zł)
1	Bieleccy Sp. j.	17 341,03	19 075,13
2	F.H.U. Bielawa	98 774,32	108 651,75

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. Orzeczona kara powinna również stanowić dolegliwość dla stron postępowania antymonopolowego tak, aby jej nałożenie skutkowało

² Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 października 2010 r., sygn. akt XVII Ama 106/08.



w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na Strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji kary w wysokości:

- Bieleccy Sp. j. z siedzibą w Bogatyni **karę pieniężną w wysokości 19 075,13 zł** (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych 13/100) płatną do budżetu państwa,
- Krzysztofa Bieleckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bielecki Krzysztof F.H.U. Bielawa z siedzibą w Leśnej **karę pieniężną w wysokości 108 651,75 zł** (słownie: sto osiem tysięcy sześćset pięćdziesiąt jeden złotych 75/100) płatną do budżetu państwa.

Wysokość w/w kar pieniężnych mieści się poniżej maksymalnej wysokości kary jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie.

Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W ocenie Prezesa Urzędu, w/w kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości.

W związku z powyższym orzeka się, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji

Koszty postępowania

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



postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w łącznej wysokości 40,00 zł, czyli 20,00 zł w przypadku każdej ze Stron postępowania wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

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

Pouczenia:

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

NBP O/O Warszawa Nr 51101010100078782231000000

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

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

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* (Dz.U. z 2016 r., poz. 623 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.

Zgodnie z art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nie będącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenia.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 i ust. 2 ustawy *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w który sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Stosownie do treści art. 117 §1, §2, §3 i §4 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub w części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.

Wniosek o ustanowienia adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z



wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 81 ust. 5 tej ustawy w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury Urzędu we Wrocławiu*

Otrzymuje:

1. Pan
Krzysztof Bielecki
F.H.U. „Bielawa”
ul. Baworowo 43 A
59-820 Leśna

2. Bieleccy Sp. j.
ul. Ignacego Daszyńskiego 21 A
59-920 Bogatynia

