



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ**

Poznań, dnia 30 sierpnia 2019 roku

RPZ.410.1.2018.AS

DECYZJA nr RPZ 8/2019

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję**, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, zawarcie przez:

1. Anetę Kubiaczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie,
2. Jacka Kubiaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie,

porozumienia ograniczającego konkurencję, na krajowym rynku świadczenia usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do zorganizowanego przez Poczta Polską S.A. Pion Infrastruktury Wydział Zakupów w Poznaniu - pod sygnaturą PI.TPZPoz.2600.129.2017 - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Doręczanie/odbior paczek pocztowych i przesyłek kurierskich w rozumieniu ustawy Prawo Pocztowe*, w zakresie części nr 29 tego postępowania, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania, celem doprowadzania do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w zakresie określonym w punkcie I, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **nakłada się na:**



1. Anetę Kubiaczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie, **karę pieniężną** w wysokości 1.000 zł (słownie: tysiąc złotych 00/100) płatną do budżetu państwa,
 2. Jacka Kubiaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie, **karę pieniężną** w wysokości 11.971,59 zł (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt jeden złotych 59/100) 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 (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r. poz. 2096), w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciąża się kosztami postępowania:**
1. Anetę Kubiaczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie, w wysokości 39 zł (słownie: trzydzieści złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,
 2. Jacka Kubiaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie, w wysokości 39 zł (słownie: trzydzieści dziewięć 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

W związku z zawiadomieniem Poczty Polskiej S.A. Pion Infrastruktury Wydział Zakupów w Poznaniu (dalej: „Poczta Polska”, „Zamawiający”) z dnia 19 marca 2018 roku o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie (dalej: „AK TRANS”, „Aneta Kubiaczyk”) oraz Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie (dalej: „Jacek Kubiaczyk”), poprzez naruszenie przez tych przedsiębiorców art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanowieniem z dnia 29 maja 2018 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) wszczął postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy w związku z działaniami Anety Kubiaczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie oraz Jacka Kubiaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie związanymi z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych mogło dojść do naruszenia przepisów ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (sygn. RPZ.400.5.18.AS).

Na podstawie ustaleń poczynionych w ww. postępowaniu wyjaśniającym, postanowieniem z dnia 23 listopada 2018 roku, Prezes Urzędu wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia, na krajowym rynku świadczenia usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich, porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. Anetą Kubiaczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie,

2. Jackiem Kubiaczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie,

polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do zorganizowanego przez Poczta Polską S.A. Pion Infrastruktury Wydział Zakupów w Poznaniu - pod sygnaturą PI.TPZPoz.2600.129.2017 - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Doręczanie/odbiór paczek pocztowych i przesyłek kurierskich w rozumieniu ustawy Prawo Pocztowe*, w szczególności w zakresie części nr 29 tego postępowania, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania, celem doprowadzania do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę, co mogło stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z dnia 18 czerwca 2019 roku Prezes Urzędu przesłał do Anety Kubiaczyk i Jacka Kubiaczyka szczegółowe uzasadnienie stawianych stronom zarzutów.

Z kolei pismami z dnia 19 sierpnia 2019 roku strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Poczta Polska - pod sygnaturą PI.TPZPoz.2600.129.2017 - przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Doręczanie/odbiór paczek pocztowych i przesyłek kurierskich w rozumieniu ustawy Prawo Pocztowe*.

Przedmiotowy przetarg został ogłoszony w dniu 26 października 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 206-426278, następnie na stronie internetowej Zamawiającego - www.poczta-polska.pl oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego. Termin składania ofert upłynął w dniu 4 grudnia 2017 roku o godz. 10.45 (dowód: karta nr 115 oraz 117 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS).

Przedmiotem przetargu było wykonywanie usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich w rozumieniu art. 3 pkt. 14 i 19 ustawy - Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1481 ze zm. - dalej: „Prawo pocztowe”). Przedmiot zamówienia został podzielony na 46 zamówień częściowych. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Relewantną dla sprawy jest część nr 29 (Konin, Rejon 1-4). Kryterium oceny ofert stanowiła wyłącznie cena oferowana brutto (dowód: karty nr 63, 67, 101 oraz 112-113 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS).

Oferty w przedmiotowym przetargu (tj. przetargu częściowym nr 29) złożyło pięciu przedsiębiorców, w tym: AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie (dalej: „AK TRANS”, „Aneta Kubiaczyk”) oraz Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie (dalej: „Jacek Kubiaczyk”). Dane dotyczące wykonawców i ich ofert przedstawiono w poniższej tabeli (dowód: karty nr 118, 126 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS, karta nr 39 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS).

Tabela. Zbiorcze zestawienie ofert

Nr oferty	Nazwa (firma) wykonawcy	Cena jednostkowa netto za 1 szt. (w PLN)	Cena ofertowa brutto (w PLN)
-----------	-------------------------	--	------------------------------

3	Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie	3,35	536 093,53
4	AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie	3,05	488 085,16
5	Bolcar Michał Wojciechowski w Koninie	3,50	560 097,72
10	M-M Agnieszka Matejuk-Miszczuk w Gorzowie Wielkopolskim	3,60	576 100,51
12	Eksport Import Handel Marketing i Usługi Andrzej Wizner w Piotrkowie Trybunalskim	3,70	592 103,30

Źródło: opracowanie własne

Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie części zamówienia nr 29 wynosiła 576 100,51 zł brutto (*dowód: karta nr 117-118 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*).

W dniu 4 grudnia 2017 roku o godz. 11.00 Komisja przetargowa dokonała otwarcia ofert oraz wstępnej ich oceny.

W związku z tym, iż oferta nr 4 - złożona przez Anetę Kubiaczyk - okazała się najkorzystniejsza pod względem jedyne przyjętego kryterium, tj. ceny ofertowej brutto, w dniu 22 grudnia 2017 r. Zamawiający wysłał e-mailem wezwanie do tego przedsiębiorcy do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (tekst jedn. Dz.U. z 2019 roku, poz. 53 ze zm. - dalej: „Prawo zamówień publicznych”), tj. oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej. Wezwanie zostało wysłane na adres: [usunięto] - zgodnie z potwierdzeniem wygenerowanym przez Poczta Polską pani Kubiaczyk otrzymała wezwanie w dniu 22 grudnia 2017 roku (*dowód: karty nr 23-27 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*).

W związku z tym, że Aneta Kubiaczyk nie udzieliła odpowiedzi na ww. wezwanie, Zamawiający w dniu 12 stycznia 2018 roku ponownie wysłał e-mailem wezwanie do złożenia powyżej wskazanych oświadczeń - zgodnie z potwierdzeniem wygenerowanym przez Poczta Polską wezwanie Aneta Kubiaczyk otrzymała w dniu 12 stycznia 2018 roku (*dowód: karty nr 18-22 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*). Aneta Kubiaczyk powtórnie pozostawiła wezwanie Zamawiającego bez odpowiedzi. Ponadto, z uwagi na bliski koniec terminu związania ofertą, w dniu 26 stycznia 2018 roku Zamawiający zwrócił się do AK TRANS o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w zakresie części nr 29 o 60 dni, tj. od dnia 2 lutego 2018 roku do dnia 2 kwietnia 2018 roku. Termin na złożenie takiego oświadczenia został wyznaczony na dzień 31 stycznia 2018 roku. Wezwanie zostało wysłane e-mailem - zgodnie z potwierdzeniem wygenerowanym przez Poczta Polską wezwanie dotarło do pani Kubiaczyk w dniu 26 stycznia 2018 roku (*dowód: karty nr 15-17 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*). Aneta Kubiaczyk po raz kolejny pozostawiła wezwanie Poczty Polskiej bez odpowiedzi.

Na posiedzeniu komisji przetargowej w dniach 12 i 13 lutego 2018 r. podjęto decyzję o wykluczeniu z niniejszego postępowania przetargowego Jacka Kubiaczyka. Jako podstawę prawną wykluczenia wskazano art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle tego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami. Jednocześnie, na tym samym posiedzeniu komisja przetargowa

odrzucała ofertę AK TRANS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Prawo zamówień publicznych (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą). Co więcej, Zamawiający zwrócił uwagę na to, że w stosunku do AK TRANS również zachodzą przesłanki dotyczące wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawo zamówień publicznych - tj. zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Poza tym, Zamawiający odrzucił ofertę przedsiębiorcy Bolcar Michał Wojciechowski na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Prawo zamówień publicznych (brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą) - Zamawiający zwrócił też uwagę na to, że w stosunku do Bolcar Michał Wojciechowski również zachodzą przesłanki dotyczące wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawo zamówień publicznych (niewykazanie braku podstaw wykluczenia) (*dowód: karty nr 27-30 oraz 39-47 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*).

Ostatecznie w przetargu częściowym nr 29 zwyciężyła oferta nr 10 złożona przez przedsiębiorcę M-M Agnieszka Matejuk-Miszczyk, która uzyskała 100 pkt (*dowód: karty nr 39 oraz 48-54 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS oraz karta nr 121 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*).

O odrzuceniu ofert nr 3, nr 4 i nr 5 oraz wyborze najkorzystniejszej oferty nr 10 (M-M Agnieszka Matejuk-Miszczyk) Zamawiający zawiadomił Wykonawców pismem z dnia 5 marca 2018 roku. Natomiast umowa pomiędzy Poczta Polska a M-M Agnieszka Matejuk-Miszczyk została zawarta w dniu 16 marca 2018 roku (*dowód: karta nr 124-125 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*).

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 23 lipca 2018 roku, AK TRANS prowadzi pozostałą działalność kurierską i pocztową (PKD 53.20.Z) na obszarze powiatu konińskiego od dnia 27 czerwca 2017 roku. Działalność gospodarcza Anety Kubiaczyk polega na dostarczaniu przesyłek i paczek za potwierdzeniem za pomocą samochodu dostawczego do 3,5 t DMC, a także na usługach skanowania kart kierowców i tachografów z urządzeń przeznaczonych do tego celu (*dowód: karta nr 20 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS, karta nr 146 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*).

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 23 lipca 2018 roku, Jacek Kubiaczyk prowadzi działalność transportu drogowego towarów (PKD 49.41.Z) na terenie powiatu konińskiego od dnia 1 października 2007 roku. Jego działalność gospodarcza polega na przewozie przesyłek różnych rozmiarów i gabarytów, w tym przesyłek paletowych, kurierskich i pocztowych (*dowód: karta nr 22 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS, karta nr 147 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*).

W okresie od dnia 1 stycznia 2016 roku Aneta Kubiaczyk wzięła udział wyłącznie w przedmiotowym przetargu nr PI.TPZPoz.2600.129.2017 (w zakresie części nr 29). Zgodnie z oświadczeniem Anety Kubiaczyk z dnia 23 lipca 2018 roku, ofertę złożoną w ww. przetargu przygotowała samodzielnie - „Ustalając cenę sugerowałam się wysokościami cen z poprzedniego roku. Nie dokonywałam wnikliwie przeliczeń i kalkulacji” (*dowód: karty nr 8 oraz 20 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*). Pismem z dnia 19 lutego 2019 roku Aneta Kubiaczyk oświadczyła, że ustalając cenę, sugerowała się cenami z przetargu przeprowadzonego w 2016 roku dotyczącymi miejscowości Konin (najniższa cena w 2016 roku wynosiła około 3,10 zł i była niższa od ceny w 2015 roku, która wynosiła 3,30 zł). Pani

Kubiaczyk oświadczyła, że sądząc, iż sytuacja się powtórzy, w przedmiotowym przetargu ustaliła cenę na poziomie 3,05 zł (*dowód: karta nr 81 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*).

W okresie od dnia 1 stycznia 2016 roku Jacek Kubiaczyk wziął udział w przetargu ogłoszonym w 2016 roku nr PI15/PZPoz/201/99/16 w zakresie części nr 19 (zamówienie nie zostało mu udzielone) oraz w przedmiotowym przetargu w zakresie części nr 29 i 31. (*dowód: karta nr 6 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*). Zgodnie z oświadczeniem Jacka Kubiaczyka z dnia 23 lipca 2018 roku, ofertę złożoną w przetargu zorganizowanym przez Poczta Polska PI.TPZPoz.2600.129.2017 w zakresie części nr 29 i 31 sporządził samodzielnie: „Cenę wyliczałem osobiście, biorąc pod uwagę koszty i zużycie paliwa, koszty utrzymania pojazdów, koszty utrzymania pracowników oraz potrzebną ich ilość do wykonania zamówienia, dzieląc to przez ilość paczek przewidzianych do wywozu przez Zamawiającego” (*dowód: karta nr 22 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*).

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 23 lipca 2018 roku, Jacek Kubiaczyk złożył w przedmiotowym przetargu ofertę osobiście (*dowód: karta nr 22 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*).

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 23 lipca 2018 roku, Aneta Kubiaczyk nie pamięta kto złożył jej ofertę (*dowód: karta nr 20 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*).

Oferty Jacka Kubiaczyka i Anety Kubiaczyk zostały złożone równocześnie, tj. w dniu 1 grudnia 2017 roku o godz. 12.40 - zgodnie z pismem Poczty Polskiej z dnia 17 lipca 2018 roku oferty te zostały złożone osobiście przez przedstawiciela wykonawcy (*dowód: karty nr 16-17 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS, karta nr 3 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*).

Oferty Anety Kubiaczyk i Jacka Kubiaczyka są podobne pod względem graficznym (*dowód: karty nr 31-46, 47-62, 155-170, 171-186 akt sprawy o sygn. RPZ.412.9.18.AS*). Strony w obu ofertach nie zostały ponumerowane kolejno, zamiast tego zostały ponumerowane w ten sam nieregularny sposób (także ten sam charakter pisma przy numeracji stron), tj. w prawym dolnym rogu formularza ofertowego, na pierwszej stronie postawiono numer „1”, na siódmej stronie postawiono numer „2”, na dziesiątej i jedenastej odpowiednio „3” i „4”, na dwunastej i trzynastej „5” i „6”. Następnie jako strony „7-21” ponumerowano jednolity europejski dokument zamówienia, a jako stronę „22” oznaczono potwierdzenie wpłaty wadium.

W wyjaśnieniach z dnia 23 lipca 2018 roku, Aneta Kubiaczyk przyznała, że nie przedłożyła w przedmiotowym przetargu - pomimo dwukrotnego wezwania przez Poczta Polska - aktualnych na dzień złożenia oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ w trakcie postępowania przetargowego podjęła decyzję o wycofaniu się z przetargu. Swojej decyzji nie uzasadniła (*dowód: karta nr 20 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*).

W odpowiedzi na wezwania Prezesa Urzędu, pismem z dnia 21 lutego 2019 roku oraz z dnia 19 marca 2019 roku Jacek Kubiaczyk oświadczył (*dowód: karty nr 62, 131 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*), że w ramach składanej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez Poczta Polska S.A. w zakresie części nr 29 oraz nr 31 (nr sprawy PI.TPZPoz.2600.129.2017):

- zatrudniał na umowę o pracę **[usunięto]** (warunek wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [Rozdział V ust.1 pkt2 lit. A) e]) to minimum pięć osób posiadających min. ważne prawo jazdy kat. B);

- dysponował [usunięto] (warunek wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [Rozdział V ust.1 pkt. 2 lit. B) i]) to co najmniej trzy pojazdy o ładowności minimum 500 kg, posiadające przestrzeń ładunkową minimum 2,8m³ oraz dwa pojazdy do 3,5 tony posiadające przestrzeń ładunkową minimum 11m³).

Ww. pismem z dnia 21 lutego 2019 roku Jacek Kubiaczyk wskazał także, że przyczyną dla zróżnicowania cen jednostkowych netto zaproponowanych przez niego w postępowaniu nr PI.TPZPoz.2600.129.2017 w zakresie części nr 29 (cena jednostkowa netto 3,35 zł) oraz w zakresie części nr 31 (cena jednostkowa netto 4 zł) oprócz kosztów utrzymania pojazdów i pracowników oraz ilości paczek, była struktura terenu do obsługi (w Turku, zdaniem Jacka Kubiaczyka, struktura zabudowy jest mniej zbita, co zwiększa koszt obsługi) oraz koszty dojazdu pracowników z Konina do placówki w Turku (ok. 70 km w obie strony).

W odpowiedzi na wezwania Prezesa Urzędu pismem z dnia 19 lutego 2019 roku oraz z dnia 15 marca 2019 roku Aneta Kubiaczyk oświadczyła (*dowód: karty nr 81, 117 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*), że w ramach składanej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez Poczta Polska S.A. w zakresie części nr 29 (nr sprawy PI.TPZPoz.2600.129.2017):

- zatrudniała na umowę o pracę [usunięto] (warunek wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [Rozdział V ust.1 pkt2 lit. A) e]) to minimum pięć osób posiadających min. ważne prawo jazdy kat. B);

- dysponowała [usunięto] (warunek wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [Rozdział V ust.1 pkt. 2 lit. B) i]) to co najmniej trzy pojazdy o ładowności minimum 500 kg, posiadające przestrzeń ładunkową minimum 2,8m³ oraz dwa pojazdy do 3,5 tony posiadające przestrzeń ładunkową minimum 11m³).

Ww. pismem Aneta Kubiaczyk oświadczyła, że nie posiada żadnego biura - siedzibą jej firmy oraz miejscem przechowywania dokumentów jest miejsce jej zamieszkania.

Pismem z dnia 21 lutego 2019 roku Jacek Kubiaczyk oświadczył, że nie posiada ani nie posiadał wspólnego biura z Anetą Kubiaczyk. Natomiast zgodnie z pismem z dnia 19 marca 2019 roku oświadczył, że nie posiada i nigdy nie posiadał biura, a siedziba jego firmy mieści się w miejscu jego zameldowania (*dowód: karty nr 62, 131 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*).

Ustalenia dot. powiązań rodzinnych i gospodarczych

Pomiędzy stronami wystąpiły wzajemne powiązania - zarówno rodzinne, jak i gospodarcze. Z otrzymanych odpowiedzi na wezwania oraz uzyskanych informacji wynika, że:

- 1) Jacek i Aneta Kubiaczyk są małżeństwem (*dowód: karty nr 20, 22 akt sprawy o sygn. RPZ.400.5.18.AS*),
- 2) Jacek i Aneta Kubiaczyk mają wspólny adres stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej oraz adres do doręczeń, tj. ul. Grójecka 4B, 62-510 Konin (*dowód: karty nr 117, 131, 146, 147 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*),
- 3) Jacek Kubiaczyk użycza Anecie Kubiaczyk:
 - [usunięto] (*dowód: karty nr 62, 81 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*),
 - [usunięto] (*dowód: karty nr 81, 128-129 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*),

- 4) Jacek Kubiaczyk użyczał Anecie Kubiaczyk [usunięto] (dowód: karty nr 81, 126-127 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS),
- 5) Jacek Kubiaczyk udostępnia Anecie Kubiaczyk [usunięto] (dowód: karty nr 62, 63-79, 81, 93-109, 117 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS),
- 6) Aneta Kubiaczyk od początku 2018 roku [usunięto] (dowód: karty nr 62, 81, 82-92 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS).

Stanowisko stron postępowania

Strony postępowania początkowo nie ustosunkowały się do zarzutu sformułowanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 23 listopada 2018 roku i nie złożyły dodatkowych wyjaśnień (data odbioru pism: 27 listopada 2018 roku, dowód: karty nr 9 oraz 12 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS).

Pismem z dnia 5 lipca 2019 roku Aneta Kubiaczyk i Jacek Kubiaczyk - za pośrednictwem pełnomocnika - ustosunkowali się do szczegółowego uzasadnienia stawianych stronom zarzutów z dnia 18 czerwca 2019 roku.

W swoim stanowisku pełnomocnik stron za zbyt daleko idący uznał wniosek Prezesa Urzędu, że Aneta i Jacek Kubiaczyk współpracowali i uzgadniali warunki składanych ofert w przetargu będących przedmiotem postępowania antymonopolowego. Wskazane przesłanki domniemania nie prowadzą bowiem bezpośrednio do jedynego wniosku, że przed przystąpieniem do przetargu przedsiębiorcy ustalili ceny ofertowe. Podkreślił, że decyzja o rezygnacji z udziału w dalszym postępowaniu przetargowym została podjęta przez Anetę Kubiaczyk po dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty i z tego powodu nie reagowała ona na wezwania do złożenia oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie podejmując aktywności w tym zakresie Aneta Kubiaczyk godziła się z odrzuceniem oferty. Sama decyzja o rezygnacji z udziału w przetargu podyktowana została względami ekonomicznymi, gdyż Aneta Kubiaczyk nie dysponowała odpowiednią ilością pracowników i sprzętu (pojazdów) i uświadomiła sobie, że nie będzie w stanie ich zapewnić. Składając ofertę przetargową Aneta Kubiaczyk nie przeprowadziła jej szczegółowej analizy ekonomicznej pod względem opłacalności. Analizy tej Aneta Kubiaczyk dokonała dopiero po wyborze oferty przez zamawiającego.

Ponadto, w odniesieniu do podobieństwa graficznego ofert - pełnomocnik stron wskazał, że fakt ten sam w sobie nie może świadczyć o zaistnieniu zмовы przetargowej. Zwrócił uwagę, że nie jest zabronione udostępnienie niedoświadczonemu przedsiębiorcy przez innego przedsiębiorcę (bardziej doświadczonego, który brał już udział w przetargach), niewypełnionego wzoru lub nieaktualnej (pochodzącej z innego, zakończonego przetargu) oferty przetargowej na potrzeby przygotowania przez tego pierwszego własnej oferty. Okoliczność ta w żaden sposób nie świadczy o uzgodnieniu przez przedsiębiorców warunków swoich ofert (w tym przypadku wysokości cen brutto). Jacek Kubiaczyk, w przeciwieństwie do Anety Kubiaczyk, brał już niegdyś udział w przetargach, dysponował odpowiednimi wzorami oraz nieaktualnymi (pochodzącymi z zakończonych przetargów) ofertami. Bazując na wzorach i nieaktualnych ofertach przetargowych męża, Aneta Kubiaczyk nie była w stanie uniknąć pewnych podobieństw graficznych.

Pełnomocnik stron podniósł również, iż fakt, że przedsiębiorcy są małżeństwem, nie może a priori eliminować jednego z nich z udziału w przetargu, w którym udział bierze także drugi z małżonków. Praktyka taka stanowiłaby przejaw dyskryminacji i istotnie ograniczała konkurencję na rynku.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Ocena poczynionych ustaleń faktycznych prowadzi do wniosku, iż należy przypisać stronom niniejszego postępowania zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz zachowania w toku postępowania przetargowego celem doprowadzania do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę, a w konsekwencji naruszyli zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

1. Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 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.

W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i statym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów 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. Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a więc gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.

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 (ang. *consumer welfare*).

Porozumienia horyzontalne, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza gdy dotyczą praktyk określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia te zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes

ogólnospołeczny. Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania 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, nawet jeżeli wywołany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny.

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej w przetargu zorganizowanym przez Poczta Polska, został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, iż w niniejszej sprawie istnieją podstawy do podjęcia działań w interesie publicznym.

2. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r. poz. 646), a także:

- osobę fizyczną, osobę prawną a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców,
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ww. ustawy Prawo przedsiębiorców jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Prawo Przedsiębiorców, działalność gospodarczą można podjąć w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po dokonaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Z kolei, przepis art. 2 tej ustawy

definiuje działalność gospodarczą jako zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Stronami niniejszego postępowania jest dwóch przedsiębiorców:

1. Aneta Kubiacyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS ANETA KUBIACZYK (NIP 6651918185, REGON 367641039) z siedzibą przy ul. Grójeckiej nr 4B w Koninie. Jak wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „CEIDG”) (*dowód: karta nr 146 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*), Aneta Kubiacyk rozpoczęła wykonywanie działalności gospodarczej z dniem 27 czerwca 2017 roku. Zgodnie z jej oświadczeniem, prowadzona przez nią działalność gospodarcza polega na wykonywaniu usług kurierskich za pomocą auta dostawczego do 3,5 t. W ramach działalności dodatkowej zajmuje się świadczeniem usług sczytywania kart kierowców i tachografów.
2. Jacek Kubiacyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KUBIACZYK JACEK PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWE (NIP 6651245987, REGON 310354436) z siedzibą przy ul. Grójeckiej nr 4B w Koninie. Jak wynika z wpisu do CEIDG (*dowód: karta nr 147 akt sprawy o sygn. RPZ.410.1.18.AS*), Jacek Kubiacyk rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej z dniem 1 października 2007 roku. Zgodnie z oświadczeniem przedsiębiorcy prowadzona przez niego działalność gospodarcza polega na świadczeniu usług transportowych pojazdami maksymalnie do 12 t - przedsiębiorca przewozi ładunki różnego rodzaju i różnych gabarytów, w tym przesyłki paletowe, przesyłki kurierskie i pocztowe.

W chwili wszczęcia postępowania antymonopolowego strony postępowania prowadziły we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły. Nie ulega zatem wątpliwości, że strony posiadały w tym czasie status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlegały rygorom prawa antymonopolowego i ich działania mogły być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

3. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów 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 (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). 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 powinno opierać się na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek świadczenia usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich. Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym m. in. liczba oferentów w analizowanym postępowaniu w sprawie zamówień publicznych. Na rynku tym nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia są przede wszystkim koszty związane z zarejestrowaniem działalności oraz ewentualnym zakupem odpowiednich maszyn czy środków transportu, tutaj pojazdów samochodowych.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis*¹. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa Urzędu, rynek właściwy ma wymiar krajowy. Jak wynika z posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji, do przetargu zorganizowanego przez Poczta Polską w części 29 przystąpili przedsiębiorcy, których siedziby znajdują się w Koninie, Gorzowie Wielkopolskim i Piotrkowie Trybunalskim. Na zasięg rynku geograficznego wpływają przede wszystkim koszty transportu, które muszą być stosunkowo niskie, aby realizacja przez przedsiębiorcę usługi odbioru i doręczania paczek pocztowych i przesyłek kurierskich była opłacalna ekonomicznie. Okoliczności te uzasadniają uznanie, że rynek geograficzny w sprawie ma wymiar szerszy niż lokalny, co najmniej ponadregionalny jeśli nie krajowy. Przyjęta definicja rynku geograficznego nie wpływa jednak na ocenę zachowania uczestników postępowania, z uwagi na fakt, iż - jak wskazano wyżej - zarzucane im porozumienie nie podlega wyłączeniu przewidzianemu w art. 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 tej ustawy, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności, określonego w art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku świadczenia usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich.

4. Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych

¹ Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję określone w art. 6 ust. 1 pkt 7, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu, nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).

przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zmowy przetargowe mają m. in. na celu zapewnienie zwycięstwa wykonawcy ustalonemu przez wykonawców (przedsiębiorców) będących w porozumieniu oraz zapewnienia sobie większych zysków, niż w stanie skutecznej konkurencji. Strony porozumienia – zazwyczaj wykonawcy – dopuszczają się określonej manipulacji składanymi ofertami, tak aby osiągnąć pożądaną wynik przetargu.

Formy porozumień definiuje art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznając za porozumienia:

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

Z powyższego wynika, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje różne formy współpracy i koordynacji działań między przedsiębiorcami, które ze względu na swój cel lub skutek prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego związanego z brakiem pewności, co do zachowań innych uczestników rynku. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: *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.*²

W celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa poprzez dokonywanie czynności i działań niespełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia, jak wskazano powyżej, także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek formie. Dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza jednak stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Koniecznym jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być ustalenie relacji prawnych i gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami³.

5. Okoliczności i argumenty świadczące o działaniu w ramach zmowy przetargowej

Jakkolwiek, w postępowaniu antymonopolowym nie ujawniono bezpośredniego dowodu na to, że porozumienie pomiędzy Anetą Kubiaczyk i Jackiem Kubiaczykiem zostało zawarte, to zebrany materiał dowodowy pozwala na ustalenie faktów, które stanowią podstawę do wniosku, że takie uzgodnienia miały miejsce.

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04.

³ Ibidem, s. 45.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż w razie braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 k.p.c., można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Także w orzecznictwie wskazywano, iż fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwa postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r. stwierdził, że „nie ulega wątpliwości, że także w postępowaniu, którego przedmiotem jest ochrona konkurencji, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 K.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP)” (Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt II SK 6/06, OSNP 2008, nr 1-2, poz. 25, Lex nr 354144). Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 9 października 2009 r., w którym wskazał, iż „zgodnie z art. 231 K.p.c. można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Przepis ten ma zastosowanie także do postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, toczących się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut jednak udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 K.p.c. (...) W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań” (Wyrok SA z 9 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 86/09).

W niniejszej sprawie o zawarciu przez strony porozumienia świadczą następujące fakty:

- a) nieuzasadnione obiektywnymi okolicznościami „wycofanie” oferty przez Anetę Kubiaczyk,
- b) podobieństwo graficzne ofert złożonych przez Anetę Kubiaczyk i Jacka Kubiaczyka,
- c) bliskie relacje pomiędzy przedsiębiorcami - powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne.

Ad. a)

Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują, że przedsiębiorca, który zaangażował swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na uchylenie się od zawarcia umowy i rezygnację z realizacji zamówienia. Nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmowy przetargowej.⁴

⁴ Decyzja Prezesa Urzędu nr RKR-18/2015 z dnia 30 grudnia 2015 roku

Działania przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” ofert, mogą przybierać różne formy. W niniejszej sprawie oferta Anety Kubiaczyk została wycofana poprzez nieuzupełnienie w sposób zgodny z wymogami ustawy braków oferty, do czego została ona wezwana przez Zamawiającego dwukrotnie. W następstwie tego ofertę odrzucono.

Aneta Kubiaczyk pismem z dnia 23 lipca 2018 roku oświadczyła, że nie przedłożyła w przedmiotowym przetargu aktualnych na dzień złożenia oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ w trakcie postępowania przetargowego podjęła decyzję o wycofaniu się z przetargu. Swojej decyzji jednak nie uzasadniła.

Aneta Kubiaczyk w chwili składania oferty nie spełniała co prawda wymagań w zakresie części nr 29 wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. zatrudniała na umowę o pracę **[usunięto]** (nie dysponowała minimum pięcioma osobami posiadającymi min. ważne prawo jazdy) oraz dysponowała **[usunięto]** (nie dysponowała co najmniej trzema pojazdami o ładowności minimum 500 kg, posiadającymi przestrzeń ładunkową minimum 2,8m³ oraz dwoma pojazdami do 3,5 tony posiadającymi przestrzeń ładunkową minimum 11m³). Niemniej jednak, mimo że w chwili składania oferty nie posiadała w dyspozycji ww. zasobów technicznych jak i kadrowych, to jak sama wyraźnie oświadczyła w pismach z dnia 19 lutego 2019 roku oraz z dnia 15 marca 2019 roku, zamierzała **[usunięto]**, zgodnie z wymogami SIWZ, przed ewentualnym rozpoczęciem realizacji umowy. Ta sama sytuacja dotyczyła zresztą Jacka Kubiaczyka, który w chwili składania oferty także nie spełniał wszystkich warunków wynikających z SIWZ. Jednakże, tak samo jak Aneta Kubiaczyk, miał zamiar uzupełnić braki w ww. zakresie. **[usunięto]**.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności, Prezes Urzędu nie daje wiary wyjaśnieniom stron zawartym w piśmie z dnia 5 lipca 2019 roku, jakoby decyzja o rezygnacji z udziału w przetargu podyktowana została względami ekonomicznymi, gdyż Aneta Kubiaczyk nie dysponowała odpowiednią ilością pracowników i sprzętu (pojazdów) i uświadomiła sobie, że nie będzie w stanie ich zapewnić. Zgodnie z ww. stanowiskiem stron, składając ofertę przetargową Aneta Kubiaczyk nie przeprowadziła jej szczegółowej analizy ekonomicznej. Swoją ofertę pod względem opłacalności Aneta Kubiaczyk przeanalizowała dopiero po jej wyborze przez zamawiającego. Prezes Urzędu uznał te wyjaśnienia za niewiarygodne, zwłaszcza w kontekście wcześniejszych wyjaśnień Anety Kubiaczyk zawartych w ww. pismach z dnia 19 lutego 2019 roku oraz z dnia 15 marca 2019 roku, w których oświadczyła, że przed ewentualnym rozpoczęciem realizacji umowy zamierzała zatrudnić dodatkowe osoby, a także zakupić oraz wynająć samochody, zgodnie z wymogami SIWZ.

Powyższe dowodzi, że zarówno Aneta Kubiaczyk, jak i Jacek Kubiaczyk posiadali sprecyzowany plan i realną możliwość uzupełnienia swojego potencjału i wywiązania się z wymagań wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Jednocześnie brak jest innego racjonalnego wyjaśnienia wycofania oferty przez Anetę Kubiaczyk aniżeli uzgodnienie z Jackiem Kubiaczykiem. W całym okresie trwania postępowania antymonopolowego Aneta Kubiaczyk swojej decyzji nie uzasadniła ani nie podnosiła, że - przykładowo - błędnie oszacowała wysokość swojej oferty, a co za tym idzie wysokość swojego zysku. Dopiero pod sam koniec postępowania antymonopolowego, pełnomocnik strony pismem z dnia 5 lipca 2019 roku, podniósł, że decyzja Anety Kubiaczyk o rezygnacji z udziału w przetargu podyktowana została względami ekonomicznymi i że

swoją ofertę pod względem opłacalności Aneta Kubiaczyk przeanalizowała dopiero po jej wyborze przez zamawiającego. Tym wyjaśnieniom Prezes Urzędu nie daje jednak wiary.

Rezygnacji z dalszego udziału w przetargu nie tłumaczy również udział Anety Kubiaczyk w innych postępowaniach przetargowych. Przedmiotowy przetarg był jedynym, w którym Aneta Kubiaczyk złożyła ofertę, nie mogła zatem liczyć na zwycięstwo w innych przetargach, co mogłoby uzasadniać rezygnację z przedmiotowego przetargu w celu lepszego z jej punktu widzenia wykorzystania dostępnych zasobów. Nadto, Aneta Kubiaczyk rozpoczęła działalność w 2017 roku, czyli w roku ogłoszenia przedmiotowego przetargu przez Poczta Polska - można zatem przyjąć, że uzyskanie zamówienia mogło stanowić istotny impuls rozwojowy dla niej jako przedsiębiorcy.

Ww. okoliczności pozwalają zatem przyjąć, że państwo Kubiaczyk zastosowali typowy mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. Oferty uczestników zajęły pierwsze i drugie miejsce i gdy okazało się, że mogą uzyskać zamówienie po wyższej cenie (oferta Jacka Kubiaczyka), doprowadzili do tego, że oferta tańsza, tj. Anety Kubiaczyk, została z przetargu wykluczona. Gdyby jednak oferty uczestników porozumienia zostały przedzielone ofertą podmiotu trzeciego, państwo Kubiaczyk wykonałoby zamówienie po niższej cenie - a oferta Anety Kubiaczyk zostałaby uzupełniona w ten sposób, że spełniłaby wszystkie wymogi wynikające z SIWZ.

Ad. b)

Niektóre cechy zewnętrzne ofert Anety Kubiaczyk i Jacka Kubiaczyka świadczą o tym, że były one przygotowywane wspólnie. Oferty są podobne pod względem graficznym. Przede wszystkim strony w obu ofertach nie zostały ponumerowane kolejno, zamiast tego zostały ponumerowane w ten sam nieregularny sposób (także ten sam charakter pisma przy numeracji stron), tj. w prawym dolnym rogu formularza ofertowego, na pierwszej stronie postawiono numer „1”, na siódmej stronie postawiono numer „2”, na dziesiątej i jedenastej odpowiednio „3” i „4”, na dwunastej i trzynastej „5” i „6”. Następnie jako strony „7-21” ponumerowano jednolity europejski dokument zamówienia, a jako stronę „22” oznaczono potwierdzenie wpłaty wadium. W ocenie Prezesa Urzędu tę zbieżność trudno wytłumaczyć w inny sposób aniżeli współpracą przy sporządzaniu ofert.

Prezes Urzędu nie daje wiary wyjaśnieniom stron z dnia 5 lipca 2019 roku, jakoby Aneta Kubiaczyk tylko bazowała na wzorach i nieaktualnych ofertach przetargowych męża, przez co nie była w stanie uniknąć pewnych podobieństw graficznych. Wymaga podkreślenia, że strony zostały ponumerowane odręcznie na formularzach ofertowych dedykowanych do tego konkretnego postępowania przetargowego. Na każdej bowiem stronie formularza, w górnym prawym rogu, znajduje się numer sprawy: PI.TPZPoz.2600.129.2017. W ocenie Prezesa Urzędu, jest zatem wykluczone aby tożsama, nieregularna numeracja stron w obu ofertach była rezultatem wykorzystania przez Anetę Kubiaczyk innych ofert przetargowych Jacka Kubiaczyka.

Ad. c)

Prezes Urzędu ustalił także, że między stronami istnieją bardzo ścisłe relacje - powiązania rodzinne, gospodarcze i organizacyjne.

Po raz kolejny podkreślenia wymaga, iż Aneta i Jacek Kubiaczyk są małżeństwem. Poza tym, mają wspólny adres stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej oraz adres do

doręczeń, tj. ul. Grójecka 4B, 62-510 Konin - oboje oświadczyli, że nie posiadają biura, a siedzibą ich firmy jest miejsce ich zamieszkania/zameldowania.

Powiązania gospodarcze i organizacyjne pomiędzy Jackiem i Anetą Kubiaczyk przejawiają się także tym, że Jacek Kubiaczyk od 2017 roku użycza Anecie Kubiaczyk [usunięto]

Odnosząc się do stanowiska stron z dnia 5 lipca 2019 roku, iż - *fakt, że przedsiębiorcy są małżeństwem, nie może a priori eliminować jednego z nich z udziału w przetargu, w którym udział bierze także drugi z małżonków. Praktyka taka stanowiłaby przejaw dyskryminacji i istotnie ograniczała konkurencję na rynku, należy podkreślić, że ww. relacje pomiędzy przedsiębiorcami same w sobie nie stanowią podstawy domniemania zмовы przetargowej. Istotne jest jednakże to, co z tych relacji wynika w kontekście innych ustalonych faktów, w szczególności korzystnego dla Jacka Kubiaczyka wycofania się przez Anetę Kubiaczyk z przetargu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że państwo Kubiaczyk mieli i mają łatwość kontaktu, a co za tym idzie mogą swobodnie wymieniać się informacjami. Relacje pomiędzy nimi, w tym przede wszystkim pozostawanie w związku małżeńskim, budują także zaufanie pozwalające na współpracę i dokonywanie ustaleń, co do przyszłych ich zachowań. W niniejszej sprawie, o tym, że współpraca między stronami w przedmiotowym przetargu miała miejsce, świadczy chociażby podobieństwo graficzne ofert oraz identyczny, specyficzny sposób numeracji stron. Ponadto, pozostawanie stron niniejszego postępowania w związku małżeńskim oznacza, iż korzyść finansowa jaka miała być następstwem wycofania się Anety Kubiaczyk w rzeczy samej była także jej korzyścią.*

Rozważając wszystkie ww. okoliczności łącznie i uwzględniając zachowanie Anety Kubiaczyk, należy wyprowadzić wniosek, że państwo Kubiaczyk w ramach wyżej opisanego przetargu, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Aneta Kubiaczyk i Jacek Kubiaczyk zastosowali typowy mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert, o czym świadczą:

- „wycofanie” oferty przez Anetę Kubiaczyk, dzięki czemu zwycięzcą w przetargu został Jacek Kubiaczyk;
- brak racjonalnego uzasadnienia „wycofania się” przez Anetę Kubiaczyk;
- podobieństwa graficzne ofert, świadczące o współpracy przy ich przygotowywaniu;
- powiązania gospodarcze i rodzinne umożliwiające swobodny przepływ informacji i tworzące między stronami zaufanie pozwalające na dokonywanie i dotrzymywanie ustaleń co do zachowania rynkowego.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności („wycofanie” oferty poprzez nieuzupełnienie jej braków, podobieństwo graficzne ofert oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez Anetę Kubiaczyk oraz Jacka Kubiaczyka, zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W opisanym przetargu strony postępowania występowały jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. 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 przedmiotowym przetargu. Oceniając całokształt zachowań

przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes Urzędu nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem z umowy przetargowej.

6. Stosowanie praktyki

Jak podkreślono wyżej, dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia nie jest konieczne jego realizowanie w praktyce, albowiem naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest już samo zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Należy przy tym wskazać, że umowy przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot). Naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu, było uzgodnienie warunków składanych ofert oraz zachowania uczestników przetargu podczas jego trwania, w celu doprowadzenia do wyboru tego przedsiębiorcy spośród stron niniejszego postępowania, który zaoferował najwyższą cenę.

Analizując kwestię, czy porozumienie zostało zaniechane czy trwa nadal, trzeba rozróżnić sam fakt zawarcia porozumienia od jego wykonywania.

Praktyka dotyczyła tylko jednego przetargu. Do zawarcia porozumienia doszło w chwili dokonania uzgodnień, co do warunków składanych ofert. Nie wystąpiły natomiast zamierzone skutki zawartego porozumienia - Poczta Polska wykluczyła bowiem z niniejszego postępowania przetargowego Jacka Kubiaczyka oraz odrzuciła ofertę Anety Kubiaczyk. Nie doszło zatem do zawarcia umów pomiędzy Zamawiającym a ww. przedsiębiorcami. Brak skutków porozumienia wywołany był działaniem Poczty Polskiej, tj. wykluczeniem z niniejszego postępowania przetargowego Jacka Kubiaczyka i odrzuceniem oferty Anety Kubiaczyk na posiedzeniu komisji przetargowej w dniach 12 i 13 lutego 2018 roku.

W tych okolicznościach należy przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 13 lutego 2018 roku.

Na marginesie wskazać należy, umowa pomiędzy Poczta Polska a M-M Agnieszka Matejuk-Miszcuk (zwycięzcą przetargu częściowego nr 29) została zawarta w dniu 16 marca 2018 roku.

7. Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu, osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym: Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i

strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.

Art. 106 ust. 5 ustawy stanowi przy tym, że w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1 uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Z kolei art. 106 ust. 6 ustawy przewiduje, że w przypadku, gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro.

Z uzyskanych w toku postępowania informacji wynika, że w 2018 roku Aneta Kubiaczyk osiągnęła obrót w wysokości [usunięto], co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2018 roku, tj. 4,30 zł, stanowi po zaokrągleniu [usunięto] (stosownie do art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przeliczenie wartości euro oraz innych walut obcych na złote oraz wartości złotego na euro jest dokonywane według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary). [usunięto].

Z kolei z przedłożonych przez Jacka Kubiaczka zeznań o wysokości osiągniętych przychodów wynika, że w 2018 roku obrót przez niego uzyskany to [usunięto], co uwzględniając średni kurs euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2018 r., tj. 4,30 zł, stanowi po zaokrągleniu [usunięto] (stosownie do art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przeliczenie wartości euro oraz innych walut obcych na złote oraz wartości złotego na euro jest dokonywane według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary). [usunięto].

W niniejszym postępowaniu, na podstawie dokumentów przedłożonych przez strony postępowania, jako podstawę obliczenia kary przyjęto obrót za rok 2018, tj. rok, w którym stosowana była praktyka przypisana Anecie Kubiaczyk oraz Jackowi Kubiaczykowi.

Treść art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jednoznacznie wskazuje na uzależnienie dopuszczalności nałożenia kary pieniężnej za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, od spełnienia przesłanki choćby nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Kara pieniężna może zaś zostać nałożona również w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku

stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.

Prezes Urzędu, decydując o wymiarze kary pieniężnej ma obowiązek uwzględnić 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 i działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Wskazać przy tym należy, iż pod względem szkodliwości (natury) naruszenia organ antymonopolowy 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) oraz
- 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).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu dokonał w pierwszej kolejności oceny natury stwierdzonego naruszenia. Porozumienie zostało zawarte między przedsiębiorcami działającymi na tych samych szczeblach obrotu, zatem jest to tzw. porozumienie horyzontalne. Przedmiotem tego porozumienia było ustalanie warunków składanych ofert oraz uzgadnianie wzajemnych zachowań podejmowanych w toku prowadzonego postępowania przetargowego. Uwzględniając te okoliczności, Prezes Urzędu zakwalifikował kwestionowane porozumienie jako bardzo poważne naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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 indywidualizuje proces kalkulowania w odniesieniu do każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przestanki łagodzące oraz obciążające 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 zмовы 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 [usunięto] % obrotu. Zważywszy, że obrót Jacka Kubiacyka w

2018 roku, a więc roku poprzedzającym rok nałożenia kary wyniósł [usunięto], wyjściowy poziom kary dla dalszych wyliczeń dla tego przedsiębiorcy to kwota [usunięto]. Natomiast dla Anety Kubiaczyk, biorąc pod uwagę obrót przez nią osiągnięty w 2018 roku, wyjściowy poziom kary dla dalszych wyliczeń to [usunięto].

W następnym etapie ustalania wymiaru kary, Prezes Urzędu wziął pod uwagę specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, a w szczególności strukturę rynku właściwego, na którym doszło do zawarcia porozumienia. Przede wszystkim Prezes Urzędu uwzględnił okoliczność, iż krajowy rynek świadczenia usług doręczania i odbioru paczek pocztowych i przesyłek kurierskich jest rynkiem, na którym występują niskie bariery wejścia i na którym funkcjonuje bardzo duża liczba przedsiębiorców.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku postanowiono na tym etapie kalkulacji obniżyć kwotę bazową kary w przypadku zarówno Anety Kubiaczyk jak i Jacka Kubiaczyka o [usunięto]%. Tym samym na tym etapie kalkulacji wysokość kary dla Jacka Kubiaczyka wynosi [usunięto], a dla Anety Kubiaczyk [usunięto].

W dalszej kolejności wymaga podkreślenia, iż Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. W rozpatrywanej sprawie brak jednak ku temu podstaw albowiem należało wziąć pod uwagę fakt, iż porozumienie trwało krócej niż rok, nie było więc długotrwałe, a jego byt ustał przed wszczęciem postępowania.

Ponadto, praktyka dotyczyła tylko jednego przetargu. Do zawarcia porozumienia doszło w chwili dokonania uzgodnień co do warunków składanych ofert, natomiast nie wystąpiły zamierzone skutki zawartego porozumienia - Poczta Polska wykluczyła bowiem z niniejszego postępowania przetargowego Jacka Kubiaczyka oraz odrzuciła ofertę Anety Kubiaczyk. Nie doszło zatem do zawarcia umów pomiędzy Zamawiającym a ww. przedsiębiorcami.

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

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

Z kolei okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Zdaniem Prezesa Urzędu zawarte przez Anetę Kubiaczyk i Jacka Kubiaczyka porozumienie miało charakter umyślny. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w 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 - nie wykazują cech działań

przypadkowych. Przeciwnie miały charakter zamierzony, ukierunkowany na osiągnięcie uzgodnionego rezultatu, co pozwala przyjąć, że zachowanie stron miało charakter umyślny.

Prezes Urzędu nie znajduje innych okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie lub podwyższenie kary czyli okoliczności obciążających lub łagodzących, o których mowa w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tak więc, uwzględniając wymienioną okoliczność obciążającą, w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców (tj. Anety Kubiaczyk oraz Jacka Kubiaczyka) postanowiono zwiększyć kwoty kar o **[usunięto]** % w stosunku do kwoty ustalonej na poprzednim etapie. Ostatecznie obliczona kara dla Jacka Kubiaczyka wynosi 11.971,59 zł, a dla Anety Kubiaczyk 784,43 zł.

Prezes Urzędu karę dla Anety Kubiaczyk w wysokości 784,43 zł - obliczoną na podstawie kwoty bazowej skorygowanej za pomocą odpowiednich wartości uwzględniających okoliczności łagodzące i obciążające - postanowił podwyższyć do 1.000 zł. Zdaniem Prezesa Urzędu, kara w wysokości 784,43 zł jest niewystarczająca, aby wypełnić swoją funkcję represyjną i prewencyjną.

Mając zatem na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczność obciążającą, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji, kary w wysokości:

1. Anetę Kubiaczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AK TRANS Aneta Kubiaczyk w Koninie, **karę pieniężną** w wysokości 1.000 zł płatną do budżetu państwa,
2. Jacka Kubiaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kubiaczyk Jacek Przedsiębiorstwo Usługowe w Koninie, **karę pieniężną** w wysokości 11.971,59 zł płatną do budżetu państwa.

Wysokość ww. kar pieniężnych mieści się w granicach **[usunięto]** % - w przypadku Jacka Kubiaczyka - oraz **[usunięto]** % - w przypadku Anety Kubiaczyk - wysokości maksymalnej 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, ww. 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.

8. 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 kwocie 39 zł w odniesieniu do Anety Kubiaczyk oraz w kwocie 39 zł w odniesieniu do Jacka Kubiaczyka, a więc w odniesieniu do każdej ze stron postępowania, wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

9. Pouczenia

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określone wyżej kary pieniężne należy uiścić, 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 treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (t.j.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm., dalej: k.p.c) - od niniejszej decyzji przysługuje 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 w Poznaniu.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III decyzji, na podstawie art. 264 § 2 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479³² § 1 i § 2 k.p.c., stronie przysługuje prawo wniesienia zażalenia do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 300 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł. Z kolei, zgodnie z art. 32 ust 2 tej ustawy, zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie w kwocie 500 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 niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.

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 którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2, § 3 i § 4 k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub 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 ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger