



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE

Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków
tel./fax 12 421 75 79, 12 421 74 98
e-mail: krakow@uokik.gov.pl

Kraków, dnia 30 grudnia 2015 r.

RKR-410-1/15/MŻ-37/15

DECYZJA Nr RKR – 18/2015

Zgodnie z art. 33 ust. 4-6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

po przeprowadzeniu, wszczętego z urzędu, postępowania antymonopolowego:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- Sylwię Graniczkę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa NATEX Sylwia Graniczka w Złotnikach i
- Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu,

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na dostawę pieczywa warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, i **nakazuje się zaniechania jej stosowania.**

- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się kary pieniężne** z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości
- 1) 21 322,00 zł (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy trzysta dwadzieścia dwa złote 00/100) – na Sylwię Graniczkę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa NATEX Sylwia Graniczka w Złotnikach,
 - 2) 109 127,00 zł (słownie: sto dziewięć tysięcy sto dwadzieścia siedem złotych 00/100) – na Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu,
- płatne 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 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013, poz. 267, z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciąża się kosztami niniejszego postępowania** w wysokości:
- 1) 30,90 zł (słownie: trzydzieści złotych 90/100) – Sylwię Graniczkę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa NATEX Sylwia Graniczka w Złotnikach,
 - 2) 30,90 zł (słownie: trzydzieści złotych 90/100) – Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu,
- 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 sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RKR-400-28/14/MŻ mającego na celu wstępne ustalenie, czy na rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.) (zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”), w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W związku z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu w dniu 6 marca 2015 r. postanowieniem Nr RKR-56/2015 wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez Sylwię Graniczkę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa NATEX Sylwia Graniczka w Złotnikach (zwanej dalej „Sylwią Graniczką”) i Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. (zwanego dalej „Młynem Malinie”) praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku hurtowych

dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na dostawę pieczywa, warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniami Nr RKR-57/2015 z dnia 6 marca 2015 r. i Nr RKR-284/2015 z dnia 2 grudnia 2015 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym dokumenty i materiały uzyskane przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego.

Pismami z dnia 6 marca 2015 r. przedsiębiorcy zostali zawiadomieni o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz wezwani do odniesienia się do przedstawionych zarzutów. Obydwaj przedsiębiorcy zajęli stanowisko odnośnie zarzutów określonych w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu tego postanowienia. Sylwia Graniczka przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z dnia 7 kwietnia 2015 r., zaś Młyn Malinie w piśmie z dnia 2 kwietnia 2015 r.

Pomimo złożenia przez przedsiębiorców odrębnych pism z wyjaśnieniami oznaczonych innymi datami, ich treść była niemal identyczna. Przedsiębiorcy wskazali w nich, że sam fakt, iż brali udział w postępowaniach przetargowych wskazanych przez Prezesa Urzędu składając oferty z różnymi cenami nie świadczy o tym, że mogło dojść do zмовы cenowej. W ich ocenie zupełnie nie wiadomo na czym Prezes Urzędu opiera stwierdzenie, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść składanych przez siebie ofert i współpracowali przy ich składaniu. Każda ze stron stwierdziła, że nie odpowiada za zachowanie drugiej strony występującej w postępowaniach przetargowych jako niezależny podmiot. Dalej strony wskazały, że w przedmiotowej sprawie niezbędne jest wykazanie, iż celem ich działań było naruszenie reguł konkurencji. W ocenie stron nie stworzyły one jakiegokolwiek możliwości ustalenia cen pomiędzy sobą i ich działania nie nosiły znamion porozumienia zawartego w celu ograniczenia konkurencji na danym rynku właściwym. Strony wskazały, że nie są im znane przyczyny odmowy podpisania umów w sprawie zamówienia publicznego przez drugą stronę, zaś co do przypadków w których same nie podpisały takich umów strony podniosły, że każda taka sytuacja była spowodowana nadzwyczajnymi okolicznościami, których nie można było wcześniej przewidzieć.

Dalej obydwaj przedsiębiorcy wskazali, że należy uwzględnić na jakim rynku właściwym działają i jaka jest wartość ich udziałów w tym rynku właściwym, tj. krajowym rynku hurtowych dostaw pieczywa. W ocenie przedsiębiorców Prezes Urzędu powinien zbadać, czy można mówić o zawarciu porozumienia przez konkurentów, których łączny udział w rynku właściwym nie przekracza 5%, bądź między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, których udziały w rynku właściwym nie przekraczają 10%. W ocenie stron postępowania wielkość prowadzonych przez nich działalności gospodarczych oraz rynek właściwy, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia, są istotne dla oceny, czy doszło do naruszenia zasad konkurencji.

W toku przeprowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

1. Strony postępowania

Sylwia Graniczka prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa NATEX Sylwia Graniczka w Złotnikach na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Zgodnie z informacjami ujawnionymi w CEIDG, datą rozpoczęcia wykonywania przez nią działalności gospodarczej był 28 listopada 2013 r. Główne miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez Sylwię Graniczkę znajduje się pod adresem Złotniki 308A, 39-300 Mielec. W CEIDG zostały ponadto wskazane następujące, dodatkowe miejsca wykonywania działalności: (1) Borowa 66, 39-305 Borowa, (2) Malinie 375A, 39-331 Chorzelów i (3) Malinie 375, 39-331 Chorzelów. Przedmiotem tej działalności jest m.in.: (1) sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt (kod PKD 46.21.Z), (2) wytwarzanie produktów przemiału zbóż (kod PKD 10.61.Z), (3) produkcja pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek (kod PKD 10.71.Z), (4) sprzedaż hurtowa cukru, czekolady, wyrobów ciastkarskich i ciastek (kod PKD 10.71.Z), (5) transport drogowy towarów (kod PKD 49.41.Z). Zakres terytorialny prowadzonej działalności obejmuje cały kraj.

Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. z siedzibą w Maliniu został wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 31 marca 2010 r. przez Sąd Rejonowy w Rzeszowie pod numerem 0000353000. Młyn Malinie prowadzi działalność gospodarczą pod adresem Malinie 375A, 39-331 Chorzelów, a zakład produkcyjny (piekarnia) należący do Młyn Malinie znajduje się w miejscowości Borowa 66. Przedmiotem działalności Młyn Malinie jest m.in. (1) sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt (kod PKD 46.21.Z), (2) wytwarzanie produktów przemiału zbóż (kod PKD 10.61.Z), (3) produkcja pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek (kod PKD 10.71.Z), (4) sprzedaż hurtowa cukru, czekolady, wyrobów ciastkarskich i ciastek (kod PKD 10.71.Z), (5) transport drogowy towarów (kod PKD 49.41.Z). Zakres terytorialny prowadzonej działalności obejmuje cały kraj. Wspólnikami Młyn Malinie są Artur Dziewit posiadający 60 udziałów i Stanisława Dziewit posiadająca 40 udziałów. W okresie bezpośrednio poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji, zgodnie z odpisem aktualnym KRS według stanu na dzień 4 listopada 2015 r., jedynym członkiem zarządu Młyn Malinie była Stanisława Dziewit. W tym odpisie KRS brak jest wpisów dotyczących prokurenta. W okresie wcześniejszym, zgodnie z aktualnym odpisem KRS według stanu na dzień 4 sierpnia 2014 r. jedynym członkiem zarządu spółki był Stanisław Dziewit a jej prokurentem samoistnym Artur Dziewit.

2. Opis wybranych postępowań przetargowych, w których uczestniczyli Sylwia Graniczka i Młyn Malinie

W związku z postawionymi Sylwii Graniczkę i Młyn Malinie zarzutami Prezes Urzędu przeanalizował przetargi, w których uczestniczyły obie strony niniejszego postępowania.

Strony postępowania począwszy od końca 2013 r. przystępowały do tych samych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których przedmiotem zamówienia były dostawy pieczywa. W oparciu o informacje zawarte w Biuletynie Zamówień Publicznych ustalono, że w tym okresie (od końca 2013 r.) Sylwia Graniczka uzyskała około 40, a Młyn Malinie również około 40 zamówień. We wszystkich przypadkach przedsiębiorcy składali samodzielne oferty; nie stwierdzono przypadków wspólnego składania przez przedsiębiorców ofert np. w formie konsorcjum.

Prezes Urzędu ustalił, że niedozwolona współpraca między przedsiębiorcami, podlegająca ocenie w aspekcie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ujawniła się w następujących postępowaniach przetargowych (w kolejności począwszy od przetargu przeprowadzonego najpóźniej do przetargu przeprowadzonego najwcześniej):

- 1) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Dostawa produktów spożywczych do stołówki szkolnej”* przeprowadzonym przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku;
- 2) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce;
- 3) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa i wyrobów cukierniczych przeprowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 4226 (znak postępowania: D/192/2014);
- 4) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Dostawa pieczywa do Magazynu Żywnościowego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju”* przeprowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju;
- 5) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy pieczywa pszennego, zwykłego i bułki tartej przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie (znak postępowania: 8/D/Kw-Ż/14);
- 6) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę artykułów żywnościowych (znak postępowania: DPS/1/ZP/2014) przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach;
- 7) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Dostawy pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich na potrzeby Domu Pomocy Społecznej w Sandomierzu”* (znak postępowania: ZP.II.225/IX/3/2014), przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu;
- 8) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Zakup wraz z dostawą artykułów żywnościowych w roku 2014”* (znak postępowania: PPR 272.9.2014) przeprowadzonym przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce;
- 9) postępowaniu o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę artykułów żywnościowych przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej „Biały Potok” w Trzemeśni;
- 10) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Sukcesywna dostawa artykułów żywnościowych w 2014 r. na potrzeby stołówki szkolnej w Publicznej Szkole Podstawowej im. J. Ossolińskiego w Klimontowie”* (znak postępowania: PSP.K.ZP./1/2013)

przeprowadzonym przez Publiczną Szkołę Podstawową im. J. Ossolińskiego w Klimontowie.

Poniżej przedstawiono szczegółowy przebieg każdego z powyższych postępowań przetargowych.

2.1. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Dostawa produktów spożywczych do stołówki szkolnej*”, przeprowadzone przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 lipca 2015 r. pod numerem 110837-2015. Zamówienie zostało podzielone na 12 części dotyczących różnych produktów spożywczych. Pieczywa dotyczyła część 12 o nazwie „*pieczywo, świeże wyroby piekarskie*”. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Kryteriami, jakimi zamawiający kierował się przy wyborze oferty były cena brutto (waga – 95%) i termin płatności (waga – 5%). Termin składania ofert ustalony został do dnia 4 sierpnia 2015 r.

W postępowaniu złożono 4 oferty, które uzyskały następującą liczbę punktów:

- 100 punktów – Młyn Malinie,
- 94,28 punktów – Sylwia Graniczka,
- 64,88 punktów – SPOŁEM Powszechna Spółdzielnia Spożywców,
- 54,55 punktów – P.P.U.H. Ryszard Czerwiński.

Na poszczególnych dokumentach wchodzących w skład dokumentacji ofertowej Sylwii Graniczki swoje podpisy, z dopiskiem „*z up.*”, złożył Artur Dziewit. Do dokumentacji ofertowej załączone zostało pełnomocnictwo z podpisem notarialnie potwierdzonym udzielone przez Sylwię Graniczkę Arturowi Dziewitowi. Zakresem pełnomocnictwa objęte było m.in. podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach (dowód: karty nr 1039-1040).

Oferty złożone przez Młyn Malinie i Sylwię Graniczkę zawierały dwie kolejno najniższe ceny, tj. odpowiednio 23 061,30 zł i 24 538,35 zł. Obydwie oferty zawierały takie same terminy płatności, tj. 60 dni. O wyniku postępowania i wyborze oferty Młyn Malinie zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 12 sierpnia 2015 r. Pismem z dnia 25 sierpnia 2015 r. zamawiający przesłał Młyn Malinie umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego z prośbą o jej podpisanie i odesłanie zamawiającemu. Przesyłka w tej sprawie została doręczona w dniu 28 sierpnia 2015 r. W dniu 15 września 2015 r. Młyn Malinie poinformował zamawiającego (poczta elektroniczna), że z przyczyn ekonomicznych nie podpisze z zamawiającym umowy na dostawy pieczywa (dowód: karta nr 1053, przedstawiona poniżej).

Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku

Od: mlyn@mlynmalinie.pl
Wysłano: 15 września 2015 13:25
Do: "oswiata@chmielnik.com"
Temat: Odstąpienie od umowy

Szanowni Państwo,

Informujemy, że z przyczyn ekonomicznych nie podpiszemy z Państwem umowy na dostarczanie pieczywa.

Z poważaniem :
Młyn Malinie

ZESPÓŁ

W związku z odmową podpisania umowy przez Młyn Malinie zamawiający wybrał najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Sylwię Graniczkę. W dniu 21 września 2015 r. między zamawiającym a Sylwią Graniczką została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

2.2. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce

Postępowanie na dostawę pieczywa dla Domu Pomocy Społecznej w Teodorówce zostało zainicjowane zamieszczeniem na stronie internetowej zamawiającego „Zapytania ofertowego o wartości poniżej 30 000 EURO” z dnia 22 lipca 2015 r. Zamówienie zostało podzielone na trzy części: część 1 – dostawa pieczywa dla DPS w Teodorówce, część 2 – dostawa pieczywa dla filii DPS w Długim Kącie i część 3 – dostawa pieczywa dla filii DPS na ul. Zielonej w Biłgoraju. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. W zapytaniu ofertowym zamawiający zwrócił się do nieograniczonego grona wykonawców z prośbą o przedstawienie oferty wykonania przedmiotowego zamówienia na formularzach przygotowanych przez zamawiającego. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 5 sierpnia 2015 r.

W dniu 5 sierpnia 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 5 ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 41 517,65 zł – Młyn Malinie;
- 44 866,23 zł – Sylwia Graniczka;
- 46 754,77 zł – Z.P.U.H. Kulanica;
- 46 923,20 zł – P.P.Z. Kapka sp.j.;
- 59 428,32 zł – Piekarnia – Ciastkarnia KUNA sp.j.

Na poszczególnych dokumentach wchodzących w skład dokumentacji ofertowej Sylwii Graniczki swoje podpisy, z dopiskiem „z up.”, złożył Artur Dziewit. Do dokumentacji ofertowej załączone zostało pełnomocnictwo z podpisem notarialnie potwierdzonym udzielone przez Sylwię Graniczkę Arturowi Dziewitowi. Zakresem pełnomocnictwa objęte

było m.in. podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach (dowód: karty nr 930-931).

W dniu 7 sierpnia 2015 r., po ogłoszeniu przez zamawiającego wyników przetargu, Młyn Malinie (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną wiadomość z informacją, że z przyczyn ekonomicznych odstępuje od podpisania umowy (dowód: karta nr 940 przedstawiona poniżej).

Odstąpienie od umowy

Od: "mlyn@mlynmalinie.pl" <mlyn@mlynmalinie.pl>
Do: teodorowka@bilgo.pl
Priorytet: Normalny
Data 07.08.2015 08:25

Firma Młyn Malinie Dziewit Sp. z o.o. informuje że z przyczyn ekonomicznych odstępuje od podpisania umowy.

Pozdrawiam

Młyn Malinie

Wobec powyższego zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Sylwią Graniczkę.

Jak wyjaśnił zamawiający, jego pracownik chcąc skontaktować się z Sylwią Graniczką w celu podpisania umowy zadzwonił pod jeden z podanych przez Sylwią Graniczkę numerów telefonu i dodzwonił się do Piekarni „KINGA”. Pracownik tej piekarni był zdezorientowany i nie chciał połączyć z właścicielem piekarni. Pracownik zamawiającego zostawił swój numer telefonu, ale nikt się z nim nie skontaktował. Następnie zamawiający dokonał sprawdzenia powyższych firm w sieci Internet i ustalił, że należą do jednej rodziny. Ponadto znalazł artykuły, w których zostały opisane przypadki niewywiązywania się stron z zawartych umów na dostawę pieczywa. Z tych względów zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przetargu w części, w której wzięły udział strony postępowania (dowód: karty nr 912 i 935).

2.3. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Jednostkę Wojskową Nr 4226

Postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa i wyrobów cukierniczych przeprowadzone przez Jednostkę Wojskową Nr 4226 (znak postępowania: D/192/2014) zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2014 r. pod numerem 338585-2014. Przedmiotem zamówienia były dostawy pieczywa oraz wyrobów cukierniczych. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części obejmujące dostawy do magazynów położonych na terenie różnych jednostek wojskowych – w Warszawie, Radomiu, Mińsku Mazowieckim, Sochaczewie, Grójcu i Olszewnicy Starej. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 400 zł na część

pierwszą zamówienia i w wysokości 10 000 zł na część drugą zamówienia. Łączne wadium, jakie powinien wnieść wykonawca składający ofertę na obydwie części zamówienia wynosiło 11 400 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 14 listopada 2014 r.

W dniu 14 listopada 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono trzy oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 47 510,22 zł (zadanie 1) i 349 890,97 zł (zadanie 2) – Młyn Malinie;
- 54 653,01 zł (zadanie 1) i 400 545,11 zł (zadanie 2) – Sylwia Graniczka;
- 75 116,30 zł (zadanie 1) i 630 765,56 zł (zadanie 2) – „SPOŁEM” Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach.

W czynności otwarcia uczestniczył jedynie przedstawiciel „SPOŁEM” Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach. W dniu otwarcia ofert Młyn Malinie zwrócił się do zamawiającego z (przesłanym faksem) wnioskiem o przekazanie informacji z otwarcia ofert. Zamawiający udzielił takiej informacji tego samego dnia przesyłając odpowiedź faksem. Następnie zamawiający wezwał Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie do uzupełnienia ofert o określone, brakujące dokumenty i złożenia wyjaśnień. Wykonawcy uzupełnili oferty i złożyli wymagane wyjaśnienia.

Po przeprowadzeniu badania ofert, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą była zawierająca najniższą cenę oferta Młyn Malinie. O wynikach przetargu zamawiający poinformował wykonawców pismami z dnia 27 listopada 2014 r. Dodatkowo, odrębnym pismem z tego samego dnia (przesłanym także faksem) zamawiający zaprosił Młyn Malinie do swojej siedziby w dniu 9 grudnia 2014 r. w celu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W powyższym terminie żaden przedstawiciel Młyn Malinie nie stawił się w wyznaczonym miejscu i nie skontaktował się z zamawiającym. W związku z powyższym zamawiający wyznaczył kolejny, ostateczny termin zawarcia umowy na dzień 12 grudnia 2014 r., o czym poinformował Młyn Malinie pismem z dnia 10 grudnia 2014 r. Pismem tym zamawiający ponadto pouczył Młyn Malinie, że brak potwierdzenia przybycia w ww. terminie zostanie uznany za odstąpienie od zawarcia umowy, a zamawiający będzie uprawniony do zachowania wniesionego wadium (dowód: karta nr 669). Wykonawca nie stawił się również w tym terminie, a zamawiający otrzymał jedynie pismo podpisane przez Zofię Surowiec, że *„Zarząd jest na dłuższym wyjeździe zagranicznym i wróci dopiero po okresie świątecznym”* (dowód: karta nr 648). W związku z powyższym zamawiający w dniu 15 grudnia 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty Sylwii Graniczki, oraz zatrzymał wadium wniesione przez Młyn Malinie. W dniu 23 grudnia 2014 r. zamawiający zawarł z Sylwią Graniczką umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 3 stycznia 2015 r. do zamawiającego wpłynęła anonimowa prośba (e-mail) o zweryfikowanie przedmiotowego przetargu ze względu na silne powiązania rodzinne przedsiębiorców.

Pismem z dnia 12 stycznia 2015 r. zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu o podejrzeniu naruszenia przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów. W zawiadomieniu zamawiający przedstawił przebieg przedmiotowego postępowania przetargowego i zwrócił uwagę na powiązania rodzinne pomiędzy przedsiębiorcami oraz podobieństwa w dokumentacjach ofertowych przedsiębiorców, takie jak: (1) ułożenie dokumentów wchodzących w skład ofert w podobnej kolejności, (2) wystawienie oświadczeń na potrzeby postępowania przetargowego w tej samej dacie, (3) wskazanie w ofertach tego samego numeru faks, (4) wystawienie gwarancji wadialnych przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe w tej samej dacie, (5) wystawienie zaświadczeń o stanie środków na rachunku bankowym przez ten sam bank i według stanu na ten sam dzień.

2.4. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Dostawa pieczywa do Magazynu Żywnościowego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju*”, przeprowadzone przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 października 2014 r. pod numerem 328358-2014. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 15 października 2014 r.

W dniu 15 października 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 38 104,50 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 34 193,25 zł – Młyn Malinie;
- 35 799,75 zł – Sylwia Graniczka;
- 37 668,75 zł – SPOŁEM Piekarnia s.c. Anna Kisiela Ryszard Liberek;
- 44 630,25 zł – PSS SPOŁEM Busko-Zdrój;
- 76 923,00 zł – PSS SPOŁEM Kielce.

Pismami z dnia 16 października 2014 r. zamawiający wezwał Sylwię Graniczkę oraz Młyn Malinie do uzupełnienia dokumentacji ofertowych o opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 38 000 zł. Sylwia Graniczka oraz Młyn Malinie uzupełnili swoje oferty o taki dokument. W związku z powyższym zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Młyn Malinie, o czym zawiadomił wykonawców pismami z dnia 22 października 2014 r. Pismem z dnia 31 października 2014 r. zamawiający przesłał Młyn Malinie dwa egzemplarze umowy w sprawie zamówienia publicznego i wezwał tego wykonawcę do podpisania oraz odesłania egzemplarza tej umowy zamawiającemu do dnia 6 listopada 2014 r. W odpowiedzi Młyn Malinie przesłał zamawiającemu wiadomość e-mail, w której wskazano, że Młyn Malinie z przyczyn ekonomicznych nie może podpisać umowy, gdyż niespodziewanie „odpadły” dwa

inne przetargi na trasie przy której usytuowana jest siedziba zamawiającego i z tego względu Młyn Malinie jest zmuszony zlikwidować tę trasę oraz nie jest w stanie podpisać umowy (dowód: karta nr 887, przedstawiona poniżej).

zamówienia

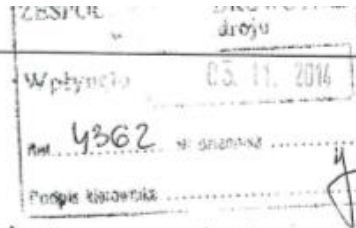
Od: <mlyn@mlynmalinie.pl>
Do: <zamowienia@zoz.busko.com.pl>
Wysłano: 31 października 2014 12:12
Temat: wyjaśnienie

Dzień dobry,

w odpowiedzi na pismo z dnia 31.10.2014 informuje, że po rozmowie tel z właścicielem który jest na wyjeździe wyjaśniam iż, z przyczyn ekonomicznych nie możemy podpisać umowy ponieważ nie spodziewanie odpadły nam dwa przetargi, które miały strategiczny wpływ na tej trasie a przy okazji wasza miejscowość jest właśnie tam usytuowana.
w związku z powyższym będziemy zmuszeni zlikwidować ta trasę i jednocześnie nie jesteśmy w stanie podpisać tej umowy.

Z poważaniem

Młyn Malinie Dziewit sp. zo.o



W związku z powyższym zamawiający w dniu 3 listopada 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Sylwii Graniczki. W dniu 10 listopada 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Sylwią Graniczką została zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

2.5. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Areszt Śledczy w Krakowie

Postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pieczywa pszennego, zwykłego i bułki tartej, przeprowadzone przez Areszt Śledczy w Krakowie (znak postępowania: 8/D/Kw-Ż/14), zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 sierpnia 2014 r. pod numerem 271460-2014. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg ograniczony. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 6 000 zł. Termin składania ofert ustalony został do dnia 2 września 2014 r. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny.

W dniu 2 września 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W czynności otwarcia ofert uczestniczył jako przedstawiciel Młyn Malinie Alan Radłowski, który wcześniej tego samego dnia złożył w siedzibie Aresztu Śledczego w Krakowie oferty obydwu przedsiębiorców (dowód: karta nr 614 i 620). W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 123 532,50 zł – Sylwia Graniczka;
- 125 490,75 zł – Młyn Malinie;
- 127 853,25 zł – PPUH „Patrycja i Paweł” Zofia Rydyż;
- 129 879,75 zł – Piekarnia Jacek Wiatr;
- 149 472,75 zł – ZPC „Złoty Kłos” Wiesława Binkowska Dorota Binkowska sp.j.

W związku z podaniem przez Sylwią Graniczkę i Młyn Malinie w swoich ofertach tego samego numeru faks oraz przedstawieniem przez obydwu przedsiębiorców referencji od różnych podmiotów tej samej treści, zamawiający w dniu 3 września 2014 r. wezwał tych wykonawców do wyjaśnienia istniejących między nimi powiązań. W odpowiedzi obydwaj przedsiębiorcy przedstawili wyjaśnienia o identycznej treści; ich szczegółowa treść została przedstawiona w dalszej części niniejszej decyzji.

W dniu 22 września 2014 r. zamawiający ogłosił wyniki przetargu. Oferta złożona przez PPUH „Patrycja i Paweł” Zofia Rydzyk została wybrana jako najkorzystniejsza. Młyn Malinie został wykluczony z postępowania przetargowego ze względu na przedłożenie nieczytelnej kopii gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, co spowodowało uznanie przez zamawiającego, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione. Z kolei oferta Sylwii Graniczki została przez zamawiającego odrzucona. Zamawiający uznał, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadniając taką ocenę zamawiający wskazał na powiązania rodzinne Sylwii Graniczki i wspólników Młyn Malinie, tj. Artura Dziewita i Stanisławy Dziewit oraz na podobieństwa w obydwu ofertach (dowód: karty nr 621-623).

Następnie zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu o podejrzeniu stosowania przez Sylwią Graniczkę i Młyn Malinie praktyk ograniczających konkurencję poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający wskazał, że analiza wniosków o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu oraz złożonych ofert ujawniła powiązania pomiędzy Sylwią Graniczką i Młyn Malinie uzasadniające podejrzenie istnienia zмовы przetargowej polegającej na wcześniejszym uzgodnieniu cen oraz procedury postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty, polegającej na rezygnacji przez jednego z oferentów z podpisania umowy na korzyść drugiego. Zamawiający wskazał na następujące okoliczności uzasadniające podejrzenie istnienia zмовы przetargowej: (1) złożenie w siedzibie Aresztu Śledczego w Krakowie ofert obydwu przedsiębiorców przez tę samą osobę – pracownika Młyn Malinie Alana Radłowskiego, (2) więzy rodzinne między Sylwią Graniczką a wspólnikami Młyn Malinie – Arturem Dziewitem (brat) i Stanisławą Dziewit (matka), (3) liczne elementy wspólne ofert (identyczne przygotowanie kopert, w których złożono oferty, referencje tożsamej treści, posługiwanie się tym samym numerem faks), (4) wskazanie przez Sylwią Graniczkę przy rejestracji działalności gospodarczej w danych kontaktowych adresu mlynmalinie@mlynmalinie.pl, używanego również przez Młyn Malinie, (5) złożenie przez ww. przedsiębiorców, na wezwanie zamawiającego, niemal identycznych wyjaśnień.

2.6. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach

Postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę artykułów żywnościowych (znak postępowania: DPS/1/ZP/2014), przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 maja 2014 r. pod numerem 122131-2014. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą i został podzielony na 9 części; dostaw pieczywa

dotyczyła część 1. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 13 czerwca 2014 r.

W dniu 13 czerwca 2014 r. zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (22 934,65 zł) oraz dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono trzy oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 14 458,86 zł – Sylwia Graniczka;
- 15 691,86 zł – Młyn Malinie;
- 22 603,35 zł – Piekarnia J.J Łuba.

W dniu 16 czerwca 2014 r., po przeprowadzeniu badania ofert, zamawiający wezwał niektórych wykonawców, w tym Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie, do uzupełnienia stwierdzonych braków. W przypadku Sylwii Graniczki i Młyn Malinie braki polegały na niezamieszczeniu na jednym z załączników pieczętki lub nazwy przedsiębiorcy. Sylwia Graniczka i Młyn Malinie uzupełniły ww. braki.

W dniu 24 czerwca 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Sylwię Graniczkę, oraz poinformował wykonawców (także pocztą elektroniczną) o wynikach przetargu. W piśmie skierowanym do Sylwii Graniczki zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na dzień 1 lipca 2014 r. Zamawiający w pismach do wykonawców zwrócił się ponadto z prośbą o potwierdzenie otrzymania pisma. Młyn Malinie potwierdził odbiór pisma wiadomością e-mail z dnia 25 czerwca 2015 r., natomiast Sylwia Graniczka nie odpowiedziała na ww. prośbę zamawiającego, pomimo jej ponowienia w dniu 25 czerwca 2015 r.

W związku z niestawiennictwem Sylwii Graniczki w siedzibie zamawiającego w terminie wyznaczonym na zawarcie umowy, zamawiający wezwał ją pismem z dnia 1 lipca 2014 r. do wyjaśnienia przyczyn nieobecności oraz poinformował, że brak odpowiedzi do dnia 2 lipca 2014 r. potraktowany zostanie jako odstąpienie od zawarcia umowy. Sylwia Graniczka nie zareagowała na wezwanie zamawiającego (dowód: karty nr 552 i 563).

Mając powyższe na uwadze, w dniu 2 lipca 2014 r., zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Młyn Malinie. W dniu 8 lipca 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Młyn Malinie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 r. (a więc jeszcze przed zawarciem umowy) Młyn Malinie poinformował zamawiającego o tym, że Sylwia Graniczka, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy Sylwii Graniczki (dowód: karta nr 570).

2.7. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Dostawy pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich na potrzeby Domu Pomocy Społecznej w Sandomierzu*” (znak postępowania: ZP.II.225/IX/3/2014), przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2014 r. pod numerem 147394-2014. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 12 maja 2014 r.

W dniu 12 maja 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 20 050,92 zł. W postępowaniu złożono trzy oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 18 096,00 zł – Sylwia Graniczka;
- 20 312,20 zł – Młyn Malinie;
- 20 581,80 zł – Zakład Produkcji Artykułów Spożywczych „MISTER” Karol Binkowski Ryszard Binkowski sp.j.

Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez Sylwię Graniczkę, o czym zawiadomił ją pismem z dnia 12 maja 2014 r. Pismem z tego samego dnia zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 22 maja 2014 r. W dniu 16 maja 2014 r. Młyn Malinie przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną prośbę o przesłanie szczegółowych wyników przetargu. W odpowiedzi, w dniu 19 maja 2014 r., zamawiający przesłał Młyn Malinie pocztą elektroniczną protokół z otwarcia ofert. W dniu 21 maja 2014 r. Sylwia Graniczka przesłała zamawiającemu wiadomość e-mail o treści, „*Ja jako właścicielka Sylwia Graniczka firmy NATEX bardzo przepraszam, ale nie mogę podpisać umowy na dostawę pieczywa z uwagi na nieprzewidziany stan mojego zdrowia*” (dowód: karta nr 415 przedstawiona poniżej).



Pismem z dnia 22 maja 2014 r. zamawiający wezwał Sylwię Graniczkę do podpisania umowy na dostawę pieczywa. Jediną reakcją Sylwii Graniczki było wysłanie zamawiającemu w dniu 4 czerwca 2014 r. wiadomości e-mail o treści, „*Bardzo mi przykro, ale nie mogę podpisać z Państwem umowy na dostawę pieczywa, ponieważ odpadło mi kilka przetargów na Państwa*”

trasie i dowóz do Państwa nie będzie dla mnie opłacalny.” (dowód: karta nr 418 przedstawiona poniżej).

Od: *sylwia.graniczka* <*sylwia.graniczka@o2.pl*>
Do: *Mnie* <*dpsandomierz@poczta.onet.pl*>;
Wysłano: 4 czerwca 15:08 (17 godzin temu)
Temat: *sp. umowy*

Dzień dobry,

Bardzo mi przykro, ale nie mogę podpisać z Państwem umowy na dostawy pieczywa, ponieważ odpadło mi kilka przetargów na Państwa trasie i dowóz do Państwa nie będzie dla mnie opłacalny.

Z poważaniem,
Sylwia Graniczka

W związku z powyższym zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Młyn Malinie, a także zwiększył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do kwoty odpowiadającej cenie zaoferowanej przez Młyn Malinie, tj. 20 312,20 zł, o czym zawiadomił tego przedsiębiorcę pismem z dnia 9 czerwca 2014 r. W dniu 20 czerwca 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Młyn Malinie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 20 czerwca 2014 r. Młyn Malinie poinformował zamawiającego o tym, że Sylwia Graniczka, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy Sylwii Graniczki (dowód: karta nr 435). Pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. zamawiający nie wyraził zgody na powyższe i poinformował, że będzie dokonywał wypłat jedynie dostawcy wyłonionemu w postępowaniu przetargowym, tj. Młyn Malinie.

2.8. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Zakup wraz z dostawą artykułów żywnościowych w roku 2014*” (znak postępowania: PPR 272.9.2014) zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2014 r. pod numerem 72056-2014. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą i został podzielony na 12 części; dostaw pieczywa dotyczyła część 1. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert został ustalony do dnia 14 marca 2014.

W dniu 14 marca 2014 r. zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (63 742,83 zł) i dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu, w zakresie części I – pieczywo, zostały złożone oferty jedynie przez dwóch wykonawców – Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie. W obydwu ofertach zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, tj. w ofercie Sylwii Graniczki cenę brutto 33 568,00 zł zastąpiono kwotą 33 626,50 zł, zaś w ofercie Młyn Malinie cenę brutto 38 718,00 zł zastąpiono kwotą 38 645,20 zł. Sylwia Graniczka i Młyn Malinie wyraziły zgodę na poprawę oczywistych omyłek rachunkowych. Omyłki nie miały wpływu na konkurencyjność ofert –

nie wpływały na pozycje ofert w klasyfikacji. W związku z powyższym w ww. postępowaniu zostały złożone dwie ważne oferty, które zawierały następujące ceny brutto (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych):

- 33 626,50 zł – Sylwia Graniczka;
- 38 645,20 zł – Młyn Malinie.

Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez Sylwię Graniczkę, o czym zawiadomił ją pismem z dnia 27 marca 2014 r. Następnie, w dniach 28 marca 2014 r. i 3 kwietnia 2014 r., zamawiający przesłał Sylwii Graniczce wiadomości e-mail z prośbą o kontakt telefoniczny w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z informacją, że brak kontaktu będzie równoznaczny z odstąpieniem od zawarcia umowy. W związku z brakiem reakcji Sylwii Graniczki w dniu 3 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Młyn Malinie. Następnie zamawiający zawarł z tym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. Młyn Malinie poinformował zamawiającego o tym, że Sylwia Graniczka, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy Sylwii Graniczki.

2.9. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Trzemeśni

Postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę artykułów żywnościowych dla Domu Pomocy Społecznej „Biały Potok” w Trzemeśni zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2014 r. pod numerem 14556-2014. Przedmiot zamówienia został podzielony na siedem części, z których każda dotyczyła artykułów spożywczych innego rodzaju. Pieczywa dotyczyła część nr 1. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert został ustalony do dnia 23 stycznia 2014 r.

W dniu 23 stycznia 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia – 171 919,05 zł oraz poszczególnych części zamówienia – w przypadku pieczywa 22 007,96 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

- 14 841,74 zł – Sylwia Graniczka;
- 16 402,35 zł – Młyn Malinie;
- 18 332,99 zł – Piekarnia – Cukiernia „Ryś” Tadeusz Ryś;
- 18 357,31 zł – Piekarnia „Rogalik” s.c. Tadeusz Dominiak, Maciej Ślęczek;
- 18 692,79 zł – Piekarnia „Górska”.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Sylwii Graniczki jako najkorzystniejszej, o czym zawiadomił ją pismem z dnia 27 stycznia 2014 r. W dniu 28 stycznia 2014 r. Sylwia Graniczka potwierdziła otrzymanie zawiadomienia o wynikach przetargu, zaś w dniu 31 stycznia 2014 r. przesłała zamawiającemu pismo, w którym wskazała, że: „Z uwagi na zaistniałą sytuację, że mój stan zdrowia na ten czas nie pozwala chwilowo prowadzić działalności więc jestem zmuszona odstąpić od podpisania umowy. Przepraszam.” (dowód: karta nr 774).

Z uwagi na zaistniałą sytuację, że mój stan zdrowia na ten czas nie pozwala mi chwilowo prowadzić działalności więc jestem zmuszona odstąpić od podpisania umowy. Przepraszam.

FPU "NATEX"
Sylwia Graniczka
Złotniki/3084/38300 Mielec
NIP 8170347111 REG.181043180

W związku z powyższym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, tj. oferty Młyn Malinie. W dniu 10 lutego 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Młyn Malinie została zawarta umowa w sprawie zamówienia z publicznego.

2.10. Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez Publiczną Szkołę Podstawową im. J. Ossolińskiego w Klimontowie

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Sukcesywna dostawa artykułów żywnościowych w 2014 r. na potrzeby stołówki szkolnej w Publicznej Szkole Podstawowej im. J. Ossolińskiego w Klimontowie” (znak postępowania: PSP.K.ZP./1/2013), przeprowadzone przez Publiczną Szkołę Podstawową im. J. Ossolińskiego w Klimontowie, zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 grudnia 2013 r. pod numerem 513110-2013. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Zamówienie zostało podzielone na 9 części dotyczących artykułów spożywczych różnego rodzaju. Pieczywa dotyczyła część nr 1 – „Pieczywo”. Trybem udzielenia zamówienia był przetarg nieograniczony. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 19 grudnia 2013 r.

W dniu 19 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W zakresie części nr 1 zamówienia „Pieczywo” była to kwota 9 166,40 zł.

W postępowaniu złożono trzy oferty dotyczące pieczywa, które zawierały następujące ceny brutto:

- 4 089,80 zł – Sylwia Graniczka;
- 4 877,20 zł – Młyn Malinie;
- 8 538,00 zł – Sklep Spożywczo-Wędliniarski „MINI MARKET”.

Po przeprowadzeniu badania ofert, zamawiający za najkorzystniejszą ofertę, w zakresie części nr 1 – „Pieczywo”, uznał ofertę złożoną przez Młyn Malinie, zaś ofertę złożoną przez Sylwię Graniczkę odrzucił ze względu na błędy w obliczeniu ceny w formularzu ofertowym i formularzu cenowym. Błąd polegał na nieprawidłowym zsumowaniu 6 cen cząstkowych wprowadzonych przez Sylwię Graniczkę do formularza przygotowanego przez zamawiającego. W formularzu zostały wpisane następujące produkty i całkowite ceny za dostawy tych produktów: (1) chleb – cena 2856,00 zł, (2) bułka tarta – 95,00 zł, (3) bułka – 13,60 zł, (4) pączek – 403,20 zł, (5) bułka z serem 392,00 zł, (6) bułka z jagodami – 330,40 zł. Prawidłowo zsumowana wartość tych produktów wynosiła 4090,20 zł, zaś Sylwia Graniczka wprowadziła w ofercie cenę 4089,80 zł. Różnica pomiędzy ceną prawidłowo obliczoną, a ceną wskazaną w ofercie wynosiła 40 groszy i nie miała wpływu na konkurencyjność tej oferty – nie wpływała na pozycje ofert w klasyfikacji. O powyższym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. Tego samego dnia Sylwia Graniczka potwierdziła otrzymanie zawiadomienia. Sylwia Graniczka w żaden sposób nie zaprotestowała przeciwko odrzuceniu jej oferty, w szczególności nie skorzystała z prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od tej czynności zamawiającego. Zawiadomienie z dnia 20 grudnia 2013 r. zawierało pouczenie o takim prawie. W dniu 2 stycznia 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Młyn Malinie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

3. Ustalenia dotyczące podobieństw w dokumentacji ofertowej przedsiębiorców

Analiza dokumentacji ofertowych składanych przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w ramach powyżej opisanych postępowań przetargowych ujawniła następujące podobieństwa:

W niektórych postępowaniach przetargowych dokumentacje ofertowe przedsiębiorców zawierały takie same błędy lub braki.

Przykładowo na załącznikach nr 1 do ofert złożonych przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w postępowaniu przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach brak było pieczętki lub nazwy przedsiębiorcy. Załącznik dołączony przez Sylwię Graniczkę zawierał jedynie nieczytelny podpis, a załącznik dołączony przez Młyn Malinie jedynie podpis i pieczętkę prokurenta (Artura Dziewita). Obydwaj przedsiębiorcy na wezwanie zamawiającego przedstawili poprawione załączniki. W przetargu obok Sylwii Graniczki i Młyn Malinie ofertę złożył jeszcze jeden wykonawca; oferta ta nie posiadała takiego braku.

W postępowaniu przeprowadzonym przez Zakład Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju Sylwia Graniczka i Młyn Malinie nie załączyli do swoich ofert dowodu opłacenia składki polisy. Przedsiębiorcy uzupełnili ten brak po wezwaniu przez zamawiającego. Analogiczny

uchybieciem obarczona była oferta jedynie jednego z pozostałych trzech wykonawców. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty wymóg przedstawienia „opłaconej polisy” (dowód: karty nr 850, 862 i 870).

Strony postępowania udzielały podobnych lub identycznych odpowiedzi na wezwania zamawiających. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie, w którym zamawiający, w związku z podaniem przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w swoich ofertach tego samego numeru faks oraz referencji od różnych podmiotów tej samej treści, wezwał tych wykonawców do wyjaśnienia istniejących między nimi powiązań. W odpowiedzi obydwaj przedsiębiorcy przedstawili wyjaśnienia o niemal identycznej treści (dowód: karty nr 617 i 619, zamieszczone (w części) poniżej).

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 03.09.2014 r. informujemy, iż

Co do punktu 1 firma Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. dzierżawiła biuro w budynku należącym do firmy FPU NATEX Sylwia Graniczka. Miejsca prowadzenia działalności gospodarczej są w różnych miejscach natomiast biura były w tym samym obiekcie. Nadmieniamy, iż w budynku jest kilka biur z których korzystają też inne firmy. Miały one do dyspozycji jeden wspólny fax. Pieczętki naszej firmy nie zostały zmienione po zakończeniu korzystania z biur firmy FPU NATEX Sylwia Graniczka w związku z czym numer pozostał na pieczętce. Ponad to w ofercie został podany inny numer faxu- aktualny.

Co do punktu 2 pobraliśmy wzór referencji z Internetu, być może pracownicy obu firm ściągnęli ten sam wzór z Internetu. Nadmieniamy, iż referencje dotyczą na pewno różnych podmiotów.

Powyżej: wyjaśnienia Młyn Malinie

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 03.09.2014 r. oświadczam, że firma Młyn Malinie Dziewit sp. z o.o. dzierżawiła biuro w budynku należącym do mojej firmy. Miejsca prowadzenia działalności gospodarczej są w różnych miejscach natomiast biura były w tym samym obiekcie. Informuję, że w budynku jest kilka biur które wynajmują innym firmą. Przedsiębiorstwa miały jeden wspólny fax. Jeżeli chodzi o wzór referencji ściągnęliśmy je z Internetu, być może osoby z obydwu firm ściągnęły identyczny wzór z Internetu. Informuję, że referencje odnoszą się do innych podmiotów.

Powyżej: wyjaśnienia Sylwii Graniczki

W dwóch różnych postępowaniach przetargowych na dostawę pieczywa przeprowadzonych w listopadzie 2014 r. i marcu 2015 r. przez ten sam podmiot – Jednostkę Wojskową Nr 6021 – przedsiębiorcy udzielili takich samych odpowiedzi na wezwania zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W chronologicznie pierwszym z przeprowadzonych przetargów zamawiający wezwał do złożenia takich wyjaśnień Młyn Malinie, a w drugim z przetargów skierował takie wezwanie do Sylwii Graniczki. Przedsiębiorcy odpowiedzieli odpowiednio pismami z dnia 24 listopada 2014 r. i dnia 3 marca 2015 r. Obydwa pisma były identyczne pod względem treści oraz formy (edycji tekstu i formatowania). W treści pism

wskazano m.in. takie same elementy mające wpływ na wysokość ceny oraz ich wartości procentowe. Przedstawiona w obydwu pismach kalkulacja wyprodukowania 1 kg chleba wskazywała, że: (1) 45% ceny stanowią surowce potrzebne do produkcji, (2) 35% ceny stanowi koszt zatrudnienia pracowników, paliwa i materiałów, (3) 14% ceny stanowią pozostałe koszty. Obydwaj przedsiębiorcy wskazali pozostałe 6% ceny jako swój zysk (dowód: karty nr 708c, 708m i 708z).

Dokumenty wchodzące w skład ofert Sylwii Graniczki i Młyn Malinie (formularze ofertowe, arkusze asortymentowo-cenowe, oświadczenia i inne) oznaczone były takimi samymi datami. Takie sytuacje wystąpiły w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez: Jednostkę Wojskową Nr 4226, Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju, Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce, Publiczną Szkołę Podstawową w Klimontowie oraz Domy Pomocy Społecznej w Łyszkowicach, Sandomierzu i Klimontowie. Przykładowo w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju tą samą datą (6 października 2014 r.) oznaczone były formularze ofertowe przedsiębiorców oraz następujące załączniki do ofert: arkusz asortymentowo-cenowy, oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej. Poniższa tabela przedstawia ww. sytuacje wraz z informacją o dacie zamieszczenia ogłoszenia o przetargu w Biuletynie Zamówień Publicznych (w przypadku postępowania przeprowadzonego przez Jednostkę Wojskową Nr 4226 – Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) i terminie składania ofert.

L.p.	Zamawiający	Daty zamieszczone na dokumentacji ofertowej obydwu przedsiębiorców	Data ogłoszenia przetargu	Termin składania ofert
1.	JW Nr 4226	15.10.2014 r.	07.10.2014 r.	14.11.2014 r.
2.	ZOZ Busko Zdrój	06.10.2014 r.	03.10.2014 r.	15.10.2014 r.
3.	DPS Łyszkowice	09.06.2014 r.	05.05.2014 r.	13.06.2014 r.
4.	DPS Sandomierz	05.05.2014 r.	30.04.2014 r.	12.05.2014 r.
5.	PPR Wieliczka	06.03.2014 r.	04.03.2014 r.	14.03.2014 r.
6.	DPS Trzemeszka	15.01.2014 r.	14.01.2014 r.	23.01.2014 r.
7.	PSP Klimontów	12.12.2013 r.	11.12.2014 r.	19.12.2013 r.

Przedstawiając ustalenia dotyczące podobieństw w pismach przedsiębiorców kierowanych do zamawiających należy zasygnalizować, że także wyjaśnienia złożone przez nich w toku postępowania antymonopolowego były niemal identyczne. Zasadnicza treść merytoryczna tych pism była identyczna; identyczna była także ich forma – mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami. Świadczy to o tym, że pisma te zostały przygotowane na bazie tego samego pliku komputerowego.

4. Ustalenia dotyczące składania ofert przez przedsiębiorców

Strony postępowania w zdecydowanej większości postępowań przetargowych składały oferty przesyłając je zamawiającym za pośrednictwem Poczty Polskiej. W jednym z postępowań przetargowych oferty zostały złożone bezpośrednio w siedzibie zamawiającego.

W przypadku składania ofert za pośrednictwem Poczty Polskiej obydwaj przedsiębiorcy w większości przypadków nadawali przesyłki zawierające dokumentację przetargową (lub jej uzupełnienia) w tych samych urzędach pocztowych – Urzędzie Pocztowym Mielec 1 lub Urzędzie Pocztowym Tuszów Narodowy. Obydwie placówki pocztowe położone są w odległości kilku kilometrów od miejsc prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców. W niektórych przypadkach przesyłki posiadały podobne numery, na podstawie których (w oparciu o system śledzenia przesyłek Poczty Polskiej) ustalono, że były nadawane w tych samych dniach o tej samej godzinie. Takie sytuacje miały miejsce co najmniej w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach, Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce i Zakład Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju.

W przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach przesyłki obydwu przedsiębiorców zostały nadane w Urzędzie Pocztowym Mielec 1. Przesyłka, w której została wysłana oferta Młyn Malinie miała numer 00159007734740824616, z kolei przesyłka Sylwii Graniczki miała numer 00159007734740824609; przesyłki zostały przedzielone jedynie sześcioma innymi przesyłkami. Obydwie przesyłki zostały nadane w dniu 9 czerwca 2014 r., o godzinie 15¹⁸.

W przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce przesyłki zawierające dokumentację ofertową zostały nadane w Urzędzie Pocztowym Mielec 1 i miały podobne numery: 00159007734615774718 i 00159007734615774701. Obydwie przesyłki zostały nadane w dniu 6 marca 2014 r., o godzinie 14²⁸. Z kolei przesyłki przedsiębiorców zawierające uzupełnienia dokumentacji ofertowych złożonych w ramach tego postępowania przetargowego zostały nadane w Urzędzie Pocztowym Tuszów Narodowy w dniu 21 marca 2014 r. o godzinie 13²⁸. Obydwie przesyłki miały podobne numery, tj. 00159007734836614053 i 00159007734836614060, a zatem ponownie zostały przedzielone jedynie sześcioma innymi przesyłkami.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Zakład Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju. Przesyłki zawierające dokumentację ofertową przedsiębiorców zostały nadane w tym samym urzędzie pocztowym w Tuszowie Narodowym, tego samego dnia, tj. 21 października 2014 r., w odstępie jednej minuty (o godzinie 14⁵⁹ i 15⁰⁰). Przesyłki miały numery 00259007734609379865 i 00259007734609379872; zostały przedzielone sześcioma innymi przesyłkami (dowód: karty nr 1116-1131).

Z kolei w postępowaniu przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie strony postępowania złożyły swoje oferty bezpośrednio w siedzibie zamawiającego w dniu

16 września 2014 r. za pośrednictwem tej samej osoby, tj. Alana Radłowskiego (dowód: karty nr 614 i 620).

5. Ustalenia dotyczące powiązań pomiędzy przedsiębiorcami

Obydwaj przedsiębiorcy korzystają z tego samego zakładu produkcyjnego (piekarni). W piśmie z dnia 2 kwietnia 2015 r. Młyn Malinie poinformował, że posiadał własną piekarnię, która znajduje się w miejscowości Borowa 66. Sylwia Graniczka wskazała, że korzystała z tej samej piekarni na podstawie umowy z dnia 28 listopada 2013 r. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez przedsiębiorców, piekarnia ma duże moce produkcyjne, stąd istnieje możliwość korzystania z niej niezależnie (oddzielnie) przez różne podmioty. Sylwia Graniczka wyjaśniła ponadto, że korzystanie z piekarni przez nią i Młyn Malinie odbywa się w systemie zmianowym (w różnych godzinach), tak aby nie dochodziło do kolizji w działalności przedsiębiorców.

Odnosnie środków transportu Sylwia Graniczka wyjaśniła, że korzystała ze środków transportu będących własnością Stanisława Dziewit. Potwierdza to umowa użyczenia z dnia 2 stycznia 2014 r. załączona przez Sylwię Graniczkę do oferty w postępowaniu przetargowym na dostawę pieczywa dla Jednostki Wojskowej Nr 2063 i Domu Emeryta Wojskowego, na podstawie której Stanisława Dziewit użyczyła Sylwii Graniczce kilka samochodów marki Mercedes Benz typu Sprinter 315 (dowód: karta nr 1109). Jak już wskazano, Stanisława Dziewit jest współnikiem i członkiem zarządu Młyn Malinie. Młyn Malinie wyjaśnił, że posiada własne środki transportu.

Odnosnie pracowników Sylwia Graniczka wyjaśniła, że korzystała z pracowników zatrudnionych przez Stanisława Dziewit (tj. członka zarządu Młyn Malinie prowadzącego dodatkowo odrębną działalność gospodarczą) i nie korzystała z pracowników zatrudnionych przez Młyn Malinie. Młyn Malinie wyjaśnił, że do dnia 10 lipca 2014 r. miał własnych pracowników, zaś po tym okresie korzystał z pracowników zatrudnionych przez Stanisława Dziewita prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TOMEX” Stanisław Dziewit. Młyn Malinie odpowiadając na zadane w wezwaniu Prezesa Urzędu pytanie dotyczące sposobu składania ofert wskazał m.in., że oferty były składane w siedzibach zamawiających przez pracownika Ryszarda Mieszkowskiego. Ta sama osoba (Ryszard Mieszkowski) została wskazana w dokumencie „*Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia*” będącego częścią dokumentacji ofertowej złożonej przez Sylwię Graniczkę w ww. postępowaniu przetargowym na zakup i dostawę pieczywa dla Jednostki Wojskowej Nr 2063 i Domu Emeryta Wojskowego. Jako podstawa dysponowania ww. osobą została podana w tym dokumencie umowa o pracę (dowód: karta nr 1111).

Odnosnie środków łączności przedsiębiorcy wskazali, że nie są one w ich wyłącznej dyspozycji i korzystają z nich wspólnie; Młyn Malinie wskazał ponadto, że z tych środków łączności korzysta Stanisława Dziewit (prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Stanisława Dziewit) i Stanisław Dziewit (prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TOMEX” Stanisław Dziewit). Na wspólne korzystanie ze środków łączności wskazuje także analiza ofert składanych przez strony

postępowania. Sylwia Graniczka w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w 2014 r. podawała w swoich ofertach następujący numer faksu, na który zamawiający mieli przysyłać korespondencję: 17 857 96 11, natomiast w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w 2015 r. (organizowanych przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku i Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce) podawała faks o numerze 17 581 52 24. Pierwszy z powyższych numerów (17 857 96 11) znajduje się na pieczętce Młyn Malinie, używanej na dokumentacji ofertowej składanej przez tego przedsiębiorcę w każdym z analizowanych przetargów. Drugi z powyższych numerów (17 581 52 24) był podawany we wszystkich ofertach Młyn Malinie złożonych w 2014 r. jako numer do kontaktu. W przetargach przeprowadzonych w 2015 r. Młyn Malinie podawał inny numer faks – 17 581 15 17 (dowód: karty nr 913 i 1012).

Przy zgłoszeniu rozpoczęcia działalności gospodarczej przez Sylwią Graniczkę (27 listopada 2013 r.) został podany adres poczty elektronicznej mlynmalinie@mlynmalinie.pl, którym Młyn Malinie posługuje się w kontaktach z zamawiającymi. Dane w tym zakresie zostały zmienione w CEIDG kilka dni po zgłoszeniu rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej, tj. 2 grudnia 2013 r., poprzez usunięcie tego adresu e-mail z pola dotyczącego danych kontaktowych (dowód: karta nr 644).

Sylwia Graniczka odnosząc się do powyższej okoliczności wyjaśniła, że powyższe wynikało jedynie z omyłki spowodowanej tym, że przy rejestracji działalności gospodarczej korzystała z pomocy osób, które najwyraźniej błędnie wskazały adres mailowy w formularzu. Adres ten został usunięty niezwłocznie po wykryciu omyłki. Nie było to działanie zamierzone czy celowe i nie wskazywało na jakies połączenie działalności Sylwii Graniczki z Młynem Malinie. Sylwia Graniczka nie przypomina sobie, czy wskazywała dane w CEIDG samodzielnie a później samodzielnie usuwała adres e-mail należący do Młyn Malinie.

Jak już wskazano przy okazji przedstawiania poszczególnych postępowań przetargowych, bezpośrednio po zakończeniu kilku z nich w których zamówienie publiczne zostało udzielone Młyn Malinie, ten wykonawca przysyłał zamawiającemu informację o tym, że Sylwia Graniczka, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy Sylwii Graniczki. Odnosząc się do przyczyn takiego działania strony postępowania udzieliły następujących wyjaśnień. Młyn Malinie przeniósł na Sylwią Graniczkę ogół praw i obowiązków na podstawie umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. Była to właściwie jedynie cesja wierzytelności, która przysługiwała Młyn Malinie od zamawiających z tytułu dokonywanych dostaw pieczywa. Sylwia Graniczka posiadała wcześniej wymagalne wierzytelności względem Młyn Malinie m.in. płaćła długi Młyn Malinie dochodzone w postępowaniach egzekucyjnych, w związku z czym nabywała wierzytelności do wysokości zapłaconych należności. Tylko ta okoliczność była podstawą zawarcia przedmiotowej umowy, a okoliczności przetargów wskazane przez Prezesa Urzędów w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie miały z nią związku. Sylwia Graniczka wyjaśniła także, że niekiedy udzielała Młyn Malinie wsparcia finansowego.

Pomiędzy Sylwią Graniczką a wspólnikami Młyn Malinie, osobami wchodzącymi w skład zarządu Młyn Malinie i prokurentem tej spółki istnieje pokrewieństwo I i II stopnia. Sylwia Graniczka jest córką Stanisława Dziewita, tj. byłego członka zarządu Młyn Malinie, i Stanisławy Dziewit, tj. aktualnego członka zarządu Młyn Malinie oraz wspólnika tej spółki. Ponadto Sylwia Graniczka jest siostrą Artura Dziewita będącego większościovym udziałowcem Młyn Malinie i jego byłym prokurentem samoistnym.

6. Decyzja Prezesa Urzędu Nr RKR-51/2013 z dnia 30 grudnia 2013 r.

Decyzją Nr RKR-51/2013 z dnia 30 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu uznał za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte pomiędzy „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. z siedzibą w Maliniu oraz Stanisławą Dziewit, prowadzącą działalność gospodarczą w Chorzelowie, polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców w ramach przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w roku 2012 przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz innych zachowań, takich jak rezygnacja z zawarcia umowy i doprowadzenia w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jednocześnie stwierdził zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 8 czerwca 2012 r., a także nałożył na tych przedsiębiorców kary pieniężne. Decyzja Nr RKR-51/2013 uprawomocniła się w dniu 2 września 2015 r. Wspólnikami „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. są Artur Dziewit i Stanisława Dziewit, a zatem osoby związane z Młyn Malinie – stroną postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji. Wobec „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. prowadzone było postępowanie upadłościowe zakończone jego umorzeniem. Po zakończeniu postępowania upadłościowego przedsiębiorca ten nie został wykreślony z rejestru przedsiębiorców KRS; aktualnie nie bierze udziału w postępowaniach przetargowych.

Sylwia Graniczka osiągnęła w 2014 r. przychód z działalności gospodarczej w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa), zaś Młyn Malinie w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa).

Pismami z dnia 14 grudnia 2015 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o tym, że mogą się zapoznać z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na uzgadnianiu w postępowaniach przetargowych o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem były dostawy pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych

przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

2. Interes publiczny

Stosownie do 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 ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz kompetencji Prezesa Urzędu potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: „SOKiK”), w świetle którego *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a.”*. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, że *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”*.¹

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.² Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, czy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.³

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, 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.⁴

Horyzontalne porozumienia cenowe należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zazwyczaj wywołują one niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co

¹ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., (sygn. akt: I CKN 1217/98)

² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., (sygn. akt: III SK 40/07)

³ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., (sygn. akt: III SK 2/08)

⁴ decyzja Prezesa UOKiK Nr RPZ-26/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.

naruszają interes ogólnospołeczny⁵. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może 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, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy. *„Praktyka zmów przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość zmów przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji”*.⁶

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zawarcia umowy przetargowej, został naruszony interes publicznoprawny poprzez naruszenie zasad konkurencji w przetargach, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania 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 wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”*.⁷

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

3. 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

⁵ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., (sygn. akt: I CKN 496/01)

⁶ Z. Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s. 372

⁷ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., (sygn. akt: XVII Ama 117/05)

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

W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zostało zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych.

Przedmiotem zamówień w przeanalizowanych w niniejszej decyzji postępowaniach przetargowych były duże ilości pieczywa, dlatego uznać należy, że rynkiem właściwym produktowo w sprawie jest rynek hurtowy, a nie rynek detaliczny. Ponadto dostawy były realizowane na rzecz podmiotów instytucjonalnych. Działalność polegająca na stałych dostawach pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych ma swoją specyfikę pozwalającą odróżnić ją od pozostałych rodzajów dostaw o charakterze powszechnym. Stałe dostawy pieczywa są bardzo ważnym czynnikiem codziennego funkcjonowania takich podmiotów jak placówki służby zdrowia, pomocy społecznej i oświaty czy też jednostki wojskowe i służby więziennej (będące zamawiającymi w przeanalizowanych przetargach). Szczególnie istotna dla takich instytucji jest ciągłość i terminowość dostaw świeżych produktów piekarniczych, niezbędnych dla prawidłowego przebiegu procesu zbiorowego żywienia pacjentów, pensjonariuszy, uczniów, żołnierzy lub osadzonych. Z tego względu niezbędne dla realizacji zamówień tego typu jest dysponowanie odpowiednimi możliwościami produkcyjnymi (technologicznymi), w szczególności zakładem produkcyjnym – piekarnią oraz możliwościami logistycznymi (organizacyjnymi i transportowymi), tj. środkami transportu umożliwiającymi stałe dostawy pieczywa zamawiającym.

Tym co wyróżnia omawiany tryb dostaw pieczywa jest przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) (zwanej dalej „*Prawem zamówień publicznych*”). Specyficzną cechą tego rodzaju usługi dostawy pieczywa jest także prawo kontroli jej wykonywania przez zamawiającego w zakresie spełniania wszystkich wymagań formalnych, jakościowych i sanitarnych odnoszących się do procesu produkcyjnego i transportu, posiadania odpowiedniej dokumentacji, w tym certyfikatów i zaświadczeń oraz wykwalifikowanych pracowników, a także możliwość zrealizowania przez zamawiającego na koszt wykonawcy niezbędnych dostaw pieczywa, w określonej ilości i jakości – w przypadku niewywiązania się ze świadczonej usługi przez wykonawcę. Wynagrodzenie za wykonywanie opisanej wyżej usługi dostawy pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych ustalane jest

w stałej wysokości na cały okres jej świadczenia i wypłacane z dołu, po wykonaniu usługi, w dłuższych okresach rozliczeniowych.

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfikę realizacji zamówienia należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych.

Uwzględniając powyższe ustalenia należy przyjąć, że dla podmiotów instytucjonalnych nie ma innych rodzajów usług, które mogłyby zostać uznane za substytut dla hurtowych dostaw pieczywa.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych ma wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na omawianych rynkach właściwych produktowo istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby, choćby potencjalnie, ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na danym obszarze geograficznym. Na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania. Prawdopodobność takiego określenia geograficznego wymiaru rynku potwierdza także fakt, że strony niniejszego postępowania oraz inni przedsiębiorcy składali swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski: Małopolsce, Podkarpaciu, Lubelszczyźnie, Mazowszu, czy też na terenie województw świętokrzyskiego i łódzkiego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że szersza lub węższa definicja rynków – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym – a także ich struktura, nie mają większego znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna. Na zdefiniowanym przez Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie rynku właściwym działa wielu przedsiębiorców i nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji, w tym ustalenie udziałów uczestników porozumienia w tym rynku, z tego względu, że porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części decyzji).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu uznał, że rynkiem na którym doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest krajowy rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych.

4. Zarzut zawarcia 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert,

w szczególności zakresu prac lub ceny. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są zmowami 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.

Zmowa przetargowa i sposoby jej udowodnienia

Ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, którzy powinni ze sobą konkurować o uzyskanie zamówienia, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę).

W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, że: *„wykazanie istnienia znowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”*.⁸

Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, w odniesieniu do porozumień cenowych, że *„mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”*.⁹

W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa Urzędu w celu wykazania znow przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101, z późn. zm.) (zwanej dalej „Kodeksem postępowania cywilnego”), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

5. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

5.1. Status przedsiębiorców

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

⁸ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 117/05)

⁹ wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39

przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r., poz. 584, z późn. zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami 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 ww. 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.

Strony postępowania antymonopolowego zakończonego niniejszą decyzją prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem 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.

Podkreślenia wymaga, że pomimo zbieżnego przedmiotu działalności i więzi rodzinnych pomiędzy Sylwią Graniczka a współnikami i osobami zarządzającymi Młyn Malinie, są oni całkowicie niezależnymi podmiotami prowadzącymi funkcjonalnie odrębne przedsiębiorstwa. Okoliczność tę akcentują sami przedsiębiorcy, którzy podkreślając swoją niezależność wskazują m.in. na zmianowy system korzystania z piekarni, tak aby nie dochodziło do kolizji w działalności przedsiębiorców.

5.2. Definicja porozumienia i charakter porozumienia zawartego przez strony postępowania

W pierwszej kolejności wskazać należy, że pod pojęciem porozumienia rozumie się w prawie ochrony konkurencji 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 tej ustawy, 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. Jak wskazał SOKiK: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”¹⁰. Z orzecznictwa antymonopolowego jednoznacznie wynika także, że 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.¹¹ „*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*”.¹²

W toku postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji nie wykazano, aby pomiędzy Sylwią Graniczką i Młyn Malinie istniała umowa regulująca zasady ich współpracy w zakresie koordynacji zachowań i ofert. Zdaniem Prezesa Urzędu między przedsiębiorcami istniało jednak porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie ustalenie zostało poczynione na podstawie dowodów pośrednich uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego. Całokształt faktów i okoliczności świadczy o tym, że strony postępowania stale i ściśle ze sobą współpracowały, a w szczególności znały wzajemnie treść składanych przez siebie ofert (na etapie ich przygotowywania), współpracowały przy ich sporządzaniu i składaniu oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

6. 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” ofert;
- 2) okoliczności wskazujące na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów;
- 3) całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami – powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne.

¹⁰ wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09

¹¹ wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 53/07) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 września 2006 r. (sygn. akt: VI ACa 185/06)

¹² wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. (sygn. akt: VI ACa 1146/04)

6.1. Mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

W ocenie Prezesa Urzędu strony postępowania stosowały mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. Oferty Sylwii Graniczki i Młyn Malinie były „rozstawiane”, tj. oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio różnicowane, następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają dwie kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę była wycofywana. Taka sytuacja miała miejsce w łącznie ośmiu postępowaniach przetargowych. W przypadku czterech postępowań przetargowych wycofywanymi ofertami zawierającymi niższą cenę były oferty Sylwii Graniczki (przetargi organizowane przez Domy Pomocy Społecznej w Łyszkowicach, Sandomierzu i Trzemeśni oraz Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce). Oferty Młyn Malinie zawierające niższe ceny zostały wycofane również w czterech postępowaniach przetargowych (przetargi organizowane przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku, Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce, Jednostkę Wojskową Nr 4226 i Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju).

Dla uczestników postępowań przetargowych działających w ramach z umowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert kluczowe jest uzyskanie, po otwarciu przez zamawiającego 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, co 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 Sylwia Graniczka i Młyn Malinie odmawiając zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego każdorazowo dysponowali takimi informacjami. Szczegółowe informacje dotyczące wykonawców oraz złożonych przez nich ofert były w większości przypadków zawarte w zawiadomieniach o wynikach przetargu przesyłanych przez zamawiających wykonawcom. Odstąpienia od zawarcia umowy następowały po przesłaniu stronom postępowania takich zawiadomień. Jeżeli jednak zawiadomienia nie zawierały szczegółowych informacji w omawianym zakresie, strony postępowania zwracały się do zamawiającego z prośbą o ich przekazanie. Na uwagę zasługuje sytuacja, jaka miała miejsce w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu. W tym postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Sylwię Graniczkę, o czym wykonawca został zawiadomiony pismem z dnia 12 maja 2014 r. Zawiadomienie to zawierało informację o innych uczestnikach postępowania przetargowego, natomiast nie zawierało informacji o cenach zawartych w ich ofertach. W tej sytuacji w dniu 16 maja 2014 r. Młyn Malinie przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną prośbę o przesłanie szczegółowych wyników przetargu. W odpowiedzi, w dniu 19 maja 2014 r., zamawiający przesłał Młyn Malinie pocztą elektroniczną protokół z otwarcia ofert. Wiadomość e-mail o odstąpieniu od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego została przesłana przez Sylwię Graniczkę zamawiającemu w dniu 21 maja 2014 r., a zatem 2 dni po uzyskaniu przez działającego z nią w porozumieniu Młyn Malinie informacji

o szczegółowych wynikach przetargu. Zatem Sylwia Graniczka odstąpiła od zawarcia umowy w ramach tego przetargu dopiero, gdy miała pewność, że kolejną ofertą, jaka może zostać wybrana przez zamawiającego jest oferta Młyn Malinie.

Stosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania ofert była odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W części przetargów odmowa była wyraźna, zawarta w przesyłanych zamawiającym pocztą elektroniczną wiadomościach z informacją o odmowie zawarcia umowy wraz z lakonicznym uzasadnieniem. W drugiej części przetargów odmowa następowała w sposób dorozumiany, poprzez niestawianie się w terminie i miejscu wyznaczonym przez zamawiających w celu zawarcia umowy oraz niereagowanie na wezwania zamawiających i unikanie kontaktu z nimi. Pierwsza z powyższych sytuacji miała miejsce w przetargach przeprowadzonych przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku, Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce, Jednostkę Wojskową Nr 4226, Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju, Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu i Dom Pomocy Społecznej w Trzemeśni. Druga sytuacja miała miejsce w przetargach przeprowadzonych przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce i Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach.

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 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. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, 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 ww. przetargach.

Przekazywane przez przedsiębiorców zamawiającym przyczyny odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczyły:

- 1) „odpadnięcia innych przetargów”,
- 2) problemów zdrowotnych,
- 3) przyczyn ekonomicznych,
- 4) zagranicznego wyjazdu zarządu.

Wszystkie wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe, w przypadku części przetargów powtarzały się.

„Odpadnięcie innych przetargów”

Jednym z powodów odstąpienia od zawarcia umowy podawanym przez przedsiębiorców było „odpadnięcie innych przetargów” na trasie, przy której swoją siedzibę ma zamawiający. Taki powód został wskazany przez Sylwię Graniczkę w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu. W wiadomości przesłanej przez Sylwię Graniczkę temu zamawiającemu w dniu 4 czerwca 2014 r. wskazano, że: *„Bardzo mi przykro, ale nie mogę podpisać z Państwem umowy na dostawę pieczywa, ponieważ odpadło mi kilka przetargów na Państwa trasie i dowóz do Państwa nie będzie dla mnie opłacalny.”*.

Tożsamy powód odmowy zawarcia umowy został wskazany przez Młyn Malinie w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju. Po wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w dniu 31 października 2014 r. Młyn Malinie przesłał zamawiającemu e-mail z informacją, że *„(...) z przyczyn ekonomicznych nie możemy podpisać umowy ponieważ niespodziewanie odpadły nam dwa przetargi, które miały strategiczny wpływ na tej trasie a przy okazji wasza miejscowość jest właśnie tam usytuowana. W związku z powyższym będziemy zmuszeni zlikwidować tą trasę i jednocześnie nie jesteśmy w stanie podpisać tej umowy.”*.

Prezes Urzędu odmówił wiarygodności powyższemu wyjaśnieniu z następujących względów.

Oceniając w pierwszej kolejności wyjaśnienia Młyn Malinie przedstawione Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju zauważyć należy, że Busko-Zdrój jest jedną z najbliższych położonych miejscowości względem Borowej (w której zlokalizowany jest zakład produkcyjny Młyn Malinie), do których Młyn Malinie realizował dostawy pieczywa. Odległość od Borowej do Buska-Zdrój to zaledwie 50 km, a podkreślić należy, że Młyn Malinie realizowało dostawy nawet do miejscowości odległych od Borowej o ponad 200 km. Ponadto w okresie przed jak i po przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania przetargowego Młyn Malinie uzyskiwało i realizowało wiele zamówień dla zamawiających mających siedziby w pobliżu Buska-Zdroju, czy też w rejonie Kielc (trasa z Borowej do Kielc prowadzi drogą krajową nr 73 przez Busko-Zdrój). Takimi zamawiającymi były m.in. Dom Pomocy Społecznej w Więckowicach, Zespół Placówek Oświatowych w Kijach, Areszt Śledczy w Kielcach, Gmina Gnojno, Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 1 w Kielcach, Gmina Bodzentyn, Gimnazjum im. Jana Pawła II w Daleszycach.

Poza tym, okoliczności sprawy wskazują, że strony postępowania w pewnym zakresie mogły współpracować przy organizacji transportu pieczywa dla zamawiających. Wskazują na to wyjaśnienia przedsiębiorców dotyczące środków transportu, z których korzystali przy wykonywaniu zamówień. Sylwia Graniczka w tym zakresie wyjaśniła, że korzystała na podstawie umowy użyczenia ze środków transportu stanowiących własność Stanisławy Dziewit – współnika i członka zarządu Młyn Malinie.

Oceniając z kolei powody przedstawione przez Sylwię Graniczkę w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu należy

zwrócić uwagę na istotną okoliczność, tj. „odpadnięcie” przetargów było jedynie jednym z dwóch wskazanych przez Sylwię Graniczkę powodów odstąpienia od zawarcia umowy. Pierwotnie Sylwia Graniczka tłumaczyła się „nieprzewidzianym stanem zdrowia” (wiadomość e-mail z dnia 21 maja 2014 r.), a dopiero dwa tygodnie później, po ponownym wezwaniu przez zamawiającego do zawarcia umowy, wskazała na nieopłacalność dowozu pieczywa zamawiającemu ze względu na „odpadnięcie” kilku przetargów na tej trasie (wiadomość e-mail z dnia 4 czerwca 2014 r.). Można domniemywać, że „nieprzewidziany stan zdrowia” to poważne problemy ze zdrowiem uniemożliwiające prowadzenie działalności gospodarczej w dłuższym okresie czasu i tym samym uniemożliwiające przedsiębiorcy zrealizowanie zamówienia, o które się ubiegał. Tymczasem po upływie dwóch tygodni od udzielenia informacji o problemach zdrowotnych, tego rodzaju problemy nie były już wskazywane jako przyczyna odmowy zawarcia umowy, a stało się nią „odpadnięcie” innych przetargów. Powyższe okoliczności oraz kolejność przedstawionych powodów sprawiają, że nie można uznać ich za wiarygodne nawet w najmniejszym stopniu.

Problemy zdrowotne

Jak zostało zasygnalizowane w poprzednim akapicie, jedną ze wskazywanych przez przedsiębiorców przyczyn odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego były problemy ze zdrowiem. Na tego rodzaju względy Sylwia Graniczka powołała się, poza postępowaniem przetargowym przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu, w przetargu organizowanym przez Dom Pomocy Społecznej w Trzemeśni. W tym postępowaniu Sylwia Graniczka, po otrzymaniu informacji o wyborze jej oferty i cenach zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, przesłała zamawiającemu pismo, w którym wskazała, że: *„Z uwagi na zaistniałą sytuację, że mój stan zdrowia na ten czas nie pozwala chwilowo prowadzić działalności więc jestem zmuszona odstąpić od podpisania umowy. Przepraszam.”*. Należy zwrócić uwagę, że powyższa wiadomość została wysłana w dniu 31 stycznia 2014 r., zaś już kilka dni później, w dniu 6 lutego 2014 r., Sylwii Graniczce zostało udzielone zamówienie publiczne na dostawę pieczywa przez innego zamawiającego, tj. Podkarpacką Wojewódzką Komendą Ochotniczych Hufców Pracy (numer ogłoszenia w BZP: 42370-2014). Z kolei umowa na dostawy pieczywa w przetargu organizowanym przez Dom Pomocy Społecznej w Trzemeśni (w którym Sylwia Graniczka wycofała swoją ofertę zasłaniając się problemami zdrowotnymi) została ostatecznie zawarta przez zamawiającego z Młyn Malinie dopiero kilka dni później, tj. 10 lutego 2014 r. Ponadto „chwilowe”, a zatem przejściowe czy też drobne problemy ze zdrowiem nie powinny spowodować rezygnacji przedsiębiorcy z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o które się ubiegał i które miało być realizowane w dłuższym okresie czasu (11 miesięcy). Powyższe okoliczności wprost wskazują, że problemy zdrowotne nie były prawdziwą przyczyną odmowy zawarcia umowy przez Sylwię Graniczkę i odsłaniają rzeczywiste motywy jej działania, którymi było doprowadzenie do wyboru droższej oferty działającego z nią w porozumieniu Młyn Malinie.

Przyczyny ekonomiczne

Kolejną ze wskazywanych przez przedsiębiorców przyczyn odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego były przyczyny ekonomiczne. Tego rodzaju powody zostały wskazane przez Młyn Malinie w dwóch postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku i Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce. W pierwszym z tych postępowań, po wyborze oferty Młyn Malinie jako najkorzystniejszej, zamawiający przesłał w dniu 25 sierpnia 2015 r. temu wykonawcy umowę w sprawie zamówienia publicznego z prośbą o jej podpisanie i odesłanie zamawiającemu. W dniu 15 września 2015 r. Młyn Malinie poinformował zamawiającego (pocztą elektroniczną), że z przyczyn ekonomicznych nie podpisze z nim umowy na dostawy pieczywa. W drugim z ww. postępowań, po ogłoszeniu przez zamawiającego wyników przetargu w dniu 7 sierpnia 2015 r., Młyn Malinie (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną wiadomość z informacją, że z przyczyn ekonomicznych odstępuje od podpisania umowy. Powyższe wiadomości nie zawierały jakichkolwiek dalszych informacji o okolicznościach, które składają się na te „przyczyny ekonomiczne”. W ocenie Prezesa Urzędu wiarygodność powyższych wyjaśnień jest niska. Należy bowiem mieć na uwadze, że Młyn Malinie w czasie przeprowadzenia ww. postępowań był doświadczonym uczestnikiem postępowań przetargowych, który w okresie poprzedzającym przetargi uzyskał i realizował kilkadziesiąt zamówień na dostawy pieczywa. Młyn Malinie znał zatem szczegółowe uwarunkowania i koszty realizacji różnego rodzaju zamówień na dostawy pieczywa, w tym koszty wytworzenia pieczywa różnego typu i koszty jego transportu. Dokonując kalkulacji ceny niewątpliwie powinien uwzględnić te koszty i przedstawić ofertę dostaw, której realizacja zapewnia mu określony i oczekiwany zysk. Jako mało prawdopodobne należy ocenić wystąpienie w krótkim czasie od złożenia oferty w przetargu do jego rozstrzygnięcia istotnych okoliczności wpływających na wycenę zamówienia, tym bardziej że sytuacja powtórzyła się w dwóch przetargach organizowanych w krótkim odstępie czasu. Jeżeli zatem nawet przyjąć, że w pierwszym z powyższych przetargów Młyn Malinie dokonał nieprawidłowej kalkulacji ceny, to można spodziewać się, że racjonalnie działający przedsiębiorca wyciągnąłby wnioski z takiej sytuacji i w kolejnym przetargu ukształtował cenę na odpowiednim poziomie. Tymczasem Młyn Malinie w dniu 7 sierpnia 2015 r. odmówił ze względów ekonomicznych zawarcia umowy z Zespołem Obsługi Oświaty w Chmielniku, zaś w tym samym okresie – w dniu 29 lipca 2015 r. złożył ofertę w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce, w którym później odmówił zawarcia umowy z zamawiającym powołując się ponownie na względy ekonomiczne. W ocenie Prezesa Urzędu opisana powtarzalność zachowań i zdarzeń jednoznacznie wskazuje na przyczynę odmowy zawarcia przez Młyn Malinie umowy w ramach omawianych przetargów, którą było działanie wspólnie z Sylwią Graniczką w ramach zmowy przetargowej.

Zagraniczny wyjazd zarządu

Ostatnią ze wskazanych przez przedsiębiorców przyczyną odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego był dłuższy, zagraniczny wyjazd zarządu. Taka

przyczyna została podana przez Młyn Malinie w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 4226. W tym przetargu zamawiający dokonał wyboru oferty Młyn Malinie jako najkorzystniejszej i zaprosił tego wykonawcę do swojej siedziby w dniu 9 grudnia 2014 r. w celu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W powyższym terminie żaden przedstawiciel Młyn Malinie nie stawiał się w wyznaczonym miejscu i nie skontaktował się z zamawiającym. W związku z powyższym zamawiający wyznaczył kolejny, ostateczny termin zawarcia umowy na dzień 12 grudnia 2014 r., o czym poinformował Młyn Malinie pismem z dnia 10 grudnia 2014 r. Pismem tym zamawiający ponadto poinformował Młyn Malinie, że brak potwierdzenia przybycia w ww. terminie zostanie uznany za odstąpienie od zawarcia umowy, a zamawiający będzie uprawniony do zachowania wniesionego wadium. W odpowiedzi na powyższe zamawiający otrzymał jedynie pismo podpisane przez Zofię Surowiec, że *„Zarząd jest na dłuższym wyjeździe zagranicznym i wróci dopiero po okresie świątecznym”*. W ocenie Prezesa Urzędu powyższe wyjaśnienia są całkowicie niewiarygodne. Wyjazdy zagraniczne zazwyczaj są planowane ze znacznym wyprzedzeniem czasowym i z całym pewnością nie można ich uznać za nadzwyczajne sytuacje, których nie można było wcześniej przewidzieć. Racjonalnie działający przedsiębiorca, który bierze udział w postępowaniu przetargowym i którego celem jest uzyskanie zamówienia, podejmuje odpowiednie działania, aby zapewnić reprezentację spółki w okresie planowanych wyjazdów członków zarządu i tym samym umożliwić zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie przez niego wyznaczonym. Jeżeli celem Młyn Malinie byłoby uzyskanie omawianego zamówienia, a członkowie zarządu w powyższych terminach przebywali poza granicami Polski, to z całą pewnością przedsiębiorca udzieliłby innym osobom (np. pracownikom) stosownych pełnomocnictw do zawarcia umowy. Ponadto należy zwrócić uwagę, że Młyn Malinie w dniu otwarcia ofert, tj. 14 listopada 2014 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie informacji z otwarcia ofert, a zamawiający udzielił takiej informacji tego samego dnia przesyłając odpowiedź faksem. Tym samym już w dniu 14 listopada 2014 r. Młyn Malinie uzyskał wiedzę o tym, że jego oferta zawiera najniższą cenę i od tego momentu mógł zasadnie spodziewać się udzielenia mu zamówienia. Od tego dnia do terminów wyznaczonych przez zamawiającego na zawarcie umowy – 9 grudnia 2014 r. (pierwszy termin) i 12 grudnia 2014 r. (drugi termin) – upłynął niemal miesiąc, a więc znaczny okres czasu. Kolejną okolicznością, na którą należy wrócić uwagę jest to, że zamawiający w związku z odstąpieniem Młyn Malinie od zawarcia umowy zatrzymał wpłacone przez tego przedsiębiorcę wadium w wysokości 11 400 zł. Młyn Malinie powinien mieć świadomość, że odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium, gdyż taka okoliczność została wymieniona wprost w art. 46 ust. 5 pkt 1 Prawa zamówień publicznych jako przesłanka zatrzymania wadium. Ponadto zamawiający wyznaczając ostateczny termin zawarcia umowy pouczył Młyn Malinie, że będzie uprawniony do dokonania takiej czynności. Powyżej opisanych zachowań Młyn Malinie, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, nie można wytłumaczyć w inny sposób niż działaniem w ramach z umowy przetargowej. W przeciwnym wypadku działania Młyn Malinie polegające na odmowie zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego, a co za tym idzie pozbawienie się możliwości realizacji zamówienia o znacznej wartości i umożliwienie zamawiającemu zatrzymania dużej kwoty wadium, nie można by nazwać inaczej niż działaniem na własną szkodę. Dopiero istnienie niedozwolonego porozumienia pomiędzy Sylwią Graniczką a Młyn Malinie i zamiar doprowadzenia do wyboru droższej oferty Sylwii Graniczki tłumaczy i racjonalizuje działania Młyn Malinie. Porozumienie to zapewniało Młyn Malinie rekompensatę utraty możliwości odniesienia zysku (związanego z realizacją zamówienia) i utraty kwoty wadium, tj. strat spowodowanych pozornie nieracjonalnym działaniem Młyn Malinie w przetargu.

Wadium

Omawiając zagadnienie wadium w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 4226 należy podkreślić, że na skutek odstąpienia przez Młyn Malinie od zawarcia umowy i doprowadzenia do wyboru zawierającej wyższą cenę oferty Sylwii Graniczki, przedsiębiorcy ci uzyskali korzyść znacznie przewyższającą kwotę zatrzymanego wadium. W przypadku postępowań przetargowych, w których zamawiający zastrzega wniesienie wadium, a mechanizm zmowy obejmuje działania, które umożliwiają zamawiającemu zatrzymanie wadium, korzyść jaką mogą odnieść uczestnicy niedozwolonego porozumienia stanowi różnica zaoferowanych przez nich cen pomniejszona o kwotę wadium (w przypadku zatrzymania wadium przez zamawiającego). Jeżeli wysokość wadium przewyższa różnicę zaoferowanych cen, to uczestnicy zmowy nie uzyskają żadnych korzyści związanych z udziałem w zlocie. Taka sytuacja, ze względu na brak ekonomicznego uzasadnienia, wskazywałaby na inne przyczyny odstąpienia od zawarcia umowy niż zamiar doprowadzenia do wyboru droższej oferty innego uczestnika przetargu. W przypadku ww. przetargu najniższą cenę zawierała oferta złożona przez Młyn Malinie – 47 510,22 zł za część 1 zamówienia i 349 890,97 zł za część 2 zamówienia, tj. łącznie 397 401,19 zł. Następną w kolejności ofertą pod względem ceny była oferta Sylwii Graniczki zawierająca cenę 54 653,01 zł za część 1 zamówienia i 400 545,11 zł za część 2 zamówienia, tj. łącznie 455 198,12 zł. Różnica pomiędzy łącznymi cenami wynosiła 57 796,93 zł. Zamawiający zatrzymał wniesione przez Młyn Malinie wadium dla obydwu części zamówienia w łącznej wysokości 11 400 zł. Oznacza to, że przedsiębiorcy w następstwie odstąpienia Młyn Malinie od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia Sylwii Graniczce uzyskali dodatkową korzyść w wysokości 46 396,93 zł.

Brak reakcji na odrzucenie oferty

W przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Publiczną Szkołę Podstawową w Klimontowie nie wystąpiła odmowa zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak w ocenie Prezesa Urzędu okoliczności tego przetargu dodatkowo wskazują na rzeczywiste motywy działań stron postępowań, tj. zamiar doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. W ww. postępowaniu przetargowym oferta złożona przez Sylwią Graniczkę zawierała najniższą cenę, jednak zamawiający odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych ze względu na błędy w obliczeniu ceny. Błąd polegał na nieprawidłowym zsumowaniu 6 cen

częstkowych wprowadzonych przez Sylwię Graniczkę do formularza przygotowanego przez zamawiającego. W formularzu zostały wpisane następujące produkty i całkowite ceny za dostawy tych produktów: (1) chleb – cena 2856,00 zł, (2) bułka tarta – 95,00 zł, (3) bułka – 13,60 zł, (4) pączek – 403,20 zł, (5) bułka z serem 392,00 zł, (6) bułka z jagodami – 330,40 zł. Prawidłowo zsumowana wartość tych produktów wynosiła 4090,20 zł, zaś Sylwia Graniczka wprowadziła w ofercie cenę 4089,80 zł. Różnica pomiędzy ceną prawidłowo obliczoną, a ceną wskazaną w ofercie wynosiła zatem zaledwie 40 groszy. Omyłka mogła zostać potraktowana przez zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa i poprawiona przez niego na podstawie art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W praktyce zamówień publicznych znacznie częstsza jest taka właśnie klasyfikacja drobnych omyłek przy sumowaniu cen częściowych. Na uwagę zasługuje fakt, że Sylwia Graniczka, po zawiadomieniu przez zamawiającego o odrzuceniu jej oferty z pouczeniem o prawie do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, nie tylko nie skorzystała z tego prawa, ale i w żaden sposób nie zaprotestowała przeciwko odrzuceniu jej oferty. W następstwie odrzucenia oferty Sylwii Graniczki zamawiający dokonał wyboru zawierającej wyższą cenę oferty Młyn Malinie. Bierne zachowanie Sylwii Graniczki wskazuje, że odrzucenie jej oferty przez zamawiającego było w warunkach tego postępowania przetargowego zdarzeniem dla niej korzystnym, gdyż umożliwiło wybór droższej oferty działającego z nią w porozumieniu Młyn Malinie.

Podsumowując powyższe należy wskazać, że przedstawione okoliczności i argumenty w pełni uzasadniają wniosek o działaniu przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w ramach zmowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert, zaś wyjaśnienia przedstawione przez przedsiębiorców nie mogą zostać uznane za prawdopodobne wytłumaczenie ich zachowań.

6.2. Okoliczności wskazujące na faktyczną współpracę stron w ramach przetargów

W toku postępowania antymonopolowego ustalono szereg okoliczności, które wskazują na faktyczną współpracę stron postępowania w ramach przetargów.

6.2.1. Współpraca przy sporządzaniu ofert

W kontekście analizy okoliczności wskazujących na współpracę przedsiębiorców przy sporządzaniu ofert w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt podpisania przez Artura Dziewita dokumentów wchodzących w skład oferty Sylwii Graniczki złożonej w ramach przetargu przeprowadzonego przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku i Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce. W obydwu przypadkach do dokumentacji ofertowej zostało załączone pełnomocnictwo z podpisem notarialnie potwierdzonym udzielone przez Sylwię Graniczkę Arturowi Dziewitowi. Zakresem pełnomocnictwa objęte było m.in. podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach. W tych samych postępowaniach przetargowych Młyn Malinie wzięło udział składając własne oferty. Artur Dziewit jest bratem Sylwii Graniczki oraz większościowym udziałowcem Młyn Malinie, a do końca 2014 r. był także prokurentem samoistnym tej spółki i działając w takim charakterze podpisywał dokumentacje ofertowe składane przez Młyn Malinie

w postępowaniach przetargowych. Mając na uwadze powyższe okoliczności uprawnione jest przyjęcie, że Młyn Malinie znał warunki – w tym cenę – ofert złożonych przez Sylwię Graniczkę w ww. postępowaniach przetargowych.

Wobec powyższego należy wyjaśnić, że w przetargach publicznych przedsiębiorcy konkurują ze sobą, starając się złożyć najkorzystniejszą dla zamawiającego ofertę. W przypadku przetargów, w których cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert – jak w niniejszej sprawie – złożenie oferty o jak najniższej cenie zwiększa prawdopodobieństwo na uzyskanie zamówienia przez przedsiębiorcę. Z drugiej strony – im niższą cenę zaproponuje przedsiębiorca w swojej ofercie, tym niższe uzyska wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia w przypadku, gdy jego oferta okaże się najkorzystniejszą. Na decyzję przedsiębiorcy o wysokości ceny jego oferty składanej w przetargu mają również wpływ jego przewidywania, co do wysokości cen zamieszczanych w ofertach przez pozostałych uczestników przetargu. Optymalną ceną, jaką może zaoferować przedsiębiorca jest zatem cena niższa od najniższej z cen oferowanych przez pozostałych przedsiębiorców, gdy różnica pomiędzy nimi jest możliwie minimalna. Oferta taka pozwoli mu uzyskać zamówienie i jednocześnie zmaksymalizować wysokość zysku możliwego do uzyskania z jego realizacji. Wykonawca nie zna jednak cen, jakie zaoferują inni przedsiębiorcy; jest w tym zakresie skazany na niepewność i domysły. Znajomość ceny, którą oferuje inny wykonawca, umożliwia danemu wykonawcy złożenie oferty korzystniejszej przy jednoczesnym zminimalizowaniu kosztu (w postaci utraconego zarobku). Wzajemna niepewność poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu co do cen, oferowanych przez pozostałych oferentów, jest kluczowa dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji w przetargu. Mechanizm ten z kolei ma zapewniać maksymalną efektywność wyboru oferty dla zamawiającego – najniższą cenę realizacji zamówienia, w przypadku przetargów, w których jedynym kryterium jest cena.

Z tych względów kwestia zachowania w tajemnicy treści oferty jest priorytetowa w postępowaniu przetargowym. W przetargach prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych sposób przygotowania ofert i postępowania z nimi jest szczegółowo określony w dokumentach regulujących procedurę przetargową. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 10 i 11 Prawa zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać m.in. :

- opis sposobu przygotowywania ofert;
- miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert.

W praktyce udzielania zamówień publicznych przyjmuje się, że opis sposobu przygotowania oferty powinien zawierać m.in. informacje o złożeniu oferty w sposób uniemożliwiający ujawnienie jej treści przed upływem terminu otwarcia ofert.¹³

W niniejszej sprawie Sylwia Graniczka powierzając wypełnienie oferty Arturowi Dziewitowi – osobie silnie związanej z Młyn Malinie – godziła się na ujawnienie warunków swojej oferty drugiemu przedsiębiorcy. Takie zachowanie przedsiębiorcy byłoby działaniem na jego własną

¹³ J. E. Nowicki, „Prawo zamówień publicznych”, LEX 2014, komentarz do art. 36

szkodę, poprzez wysoce prawdopodobne pozbawienie się szans na wygraną z konkurentem, któremu ujawnił w ten sposób szczegóły swojej oferty. Zachowania stron postępowania nie da się zatem racjonalnie wyjaśnić inaczej, niż działaniem przedsiębiorców w porozumieniu, w ramach którego Sylwia Graniczka miała zapewnioną rekompensatę straty (utraconego zarobku) spowodowanej jej pozornie nieracjonalnym działaniem w przetargu. Rekompensata ta może przybrać formę udziału w podwyższonym – dzięki skoordynowanym zachowaniom uczestników przetargu – zysku zrealizowanym przez drugiego z przedsiębiorców. Uczestnik porozumienia obejmującego uczestnictwo w serii przetargów może również uzyskać rekompensatę swojego pozornie nieracjonalnego zachowania w jednym przetargu, w postaci symetrycznego zachowania drugiego przedsiębiorcy w innym przetargu, umożliwiającego mu uzyskanie zamówienia realizowanego po wyższej cenie, niż cena jaką zaoferowałby on w warunkach niezaburzonej konkurencji. Taka sytuacja miała miejsce w analizowanej sprawie.

Na współpracę przedsiębiorców przy sporządzaniu ofert wskazuje wiele podobieństw w składanych przez nich dokumentacjach ofertowych (szczegółowo opisanych już w niniejszej decyzji). Podobieństwa polegają m.in. na popełnianiu takich samych błędów w dokumentacjach ofertowych, w tym braku załączenia do oferty określonych dokumentów, oraz oznaczaniu dokumentów wchodzących w skład dokumentacji ofertowej takimi samymi datami. Takimi samymi datami zostały oznaczone oferty i załączone do nich oświadczenia obydwu przedsiębiorców złożone aż w 7 analizowanych postępowaniach przetargowych. Różne daty zostały wpisane jedynie w dwóch dokumentacjach ofertowych złożonych w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w 2015 r., w których oferty Sylwii Graniczki zostały podpisane przez Artura Dziewita. W postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie daty w ogóle nie zostały wpisane. Należy przy tym zauważyć, że okres od ogłoszenia przetargu w Biuletynie Zamówień Publicznych do terminu składania ofert wynosił średnio od 7 do 14 dni, zaś w przypadku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Jednostkę Wojskową Nr 4226 (ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) wynosił jeden miesiąc. Prawdopodobieństwo przypadkowego wystąpienia ww. zbieżności dotyczących dat jest zatem wyjątkowo niskie.

Podobieństwa dotyczą również wyjaśnień udzielanych zamawiającym w trakcie postępowań przetargowych, co świadczy o współpracy także na tym etapie postępowań przetargowych. Taka sytuacja miała miejsce m.in. w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie, w którym zamawiający, w związku z podaniem przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w swoich ofertach tego samego numeru faks oraz referencji od różnych podmiotów tej samej treści, wezwał tych wykonawców do wyjaśnienia istniejącej między nimi powiązań. W odpowiedzi obydwaj przedsiębiorcy przedstawili wyjaśnienia o niemal identycznej treści. Także wyjaśnienia przedsiębiorców złożone w toku postępowania antymonopolowego były niemal identyczne (co do formy jak i treści).

Opisane podobieństwa i zbieżności jednoznacznie wskazują, że przedsiębiorcy wspólnie opracowywali dokumentacje ofertowe, uzgadniali treść wyjaśnień udzielanych zamawiającym

w trakcie postępowań przetargowych oraz wzajemnie udostępniali sobie własne opracowania, wzory i szablony pism wykorzystywane w kontaktach z zamawiającymi.

6.2.2. Współpraca przy składaniu ofert

Obydwaj przedsiębiorcy w większości przypadków nadawali przesyłki zawierające dokumentację przetargową (lub jej uzupełnienia) w tych samych urzędach pocztowych, tj. w Urzędzie Pocztowym Mielec 1 lub Urzędzie Pocztowym Tuszów Narodowy. W tych przypadkach przesyłki posiadały podobne numery, na podstawie których (w oparciu o system śledzenia przesyłek Poczty Polskiej) ustalono, że były nadawane tego samego dnia o tej samej godzinie. Powyższe sytuacje zostały już szczegółowo opisane w niniejszej decyzji, a w tym miejscu zostanie przywołany jeden, szczególnie wymowny przykład postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce. Obydwie przesyłki zawierające dokumentację ofertową przedsiębiorców zostały nadane w Urzędzie Pocztowym Mielec 1 tego samego dnia, tj. 6 marca 2014 r., o godzinie 14²⁸. Przesyłki miały podobne numery: 00159007734615774718 i 00159007734615774701. Z kolei przesyłki zawierające uzupełnienia dokumentacji ofertowych złożonych w ramach tego postępowania przetargowego na wezwanie zamawiającego zostały nadane w Urzędzie Pocztowym Tuszów Narodowy również tego samego dnia, tj. 21 marca 2014 r., o godzinie 13²⁸. Przesyłki miały podobne numery, tj. 00159007734836614053 i 00159007734836614060.

Ponadto w jednym z opisanych w decyzji przetargów oferty przedsiębiorców zostały złożone w siedzibie zamawiających przez tę samą osobę. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie, w którym oferty Sylwii Graniczki i Młyn Malinie zostały złożone przez Alana Radłowskiego. Osoba ta następnie uczestniczyła w czynności otwarcia ofert.

Powyższe zbieżności pozwalają na wywiedzenie wniosku, że przesyłki zawierające dokumentację ofertową przedsiębiorców były nadawane wspólnie, razem z innymi przesyłkami przedsiębiorców, a przedsiębiorcy z całą pewnością współpracowali w omawianym zakresie.

Podsumowując powyższe okoliczności należy wskazać, że jednoznacznie wskazują one na faktyczną współpracę stron postępowania na różnych etapach związanych z udziałem w przetargu, tj. na etapie przygotowania i składania ofert, jak i w trakcie postępowania przetargowego, w korespondencji z zamawiającymi. Taka współpraca 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.

6.3. Całokształt relacji pomiędzy Sylwią Graniczką i Młyn Malinie – powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne

Stwierdzając istnienie między stronami postępowania antymonopolowego z umowy przetargowej w wymienionych wyżej przetargach Prezes Urzędu uwzględnił całokształt relacji między Sylwią Graniczką i Młyn Malinie, uznając że okoliczności współpracy między tymi przedsiębiorcami wzmacniają tezę o istnieniu umowy przetargowej, nawet jeśli brak jest

wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnił, że pomocne dla udowodnienia zawarcia porozumienia może być wykazanie istnienia różnorodnych związków między przedsiębiorcami, w tym organizacyjnych, gospodarczych lub rodzinnych. Podobnie oceniane jest utrzymywanie przez konkurentów regularnej współpracy biznesowej lub kontaktów towarzyskich.

W toku postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem niniejszej decyzji ustalono istnienie powiązań organizacyjnych pomiędzy przedsiębiorcami.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że obydwaj przedsiębiorcy współpracowali z tymi samymi osobami. Młyn Malinie w piśmie z dnia 2 kwietnia 2015 r. wyjaśnił, że składał oferty w postępowaniach przetargowych m.in. bezpośrednio w siedzibach zamawiających poprzez pracownika – Ryszarda Mieszkowskiego. Ta sama osoba (Ryszard Mieszkowski) została wskazana w dokumencie „Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia” będącego częścią dokumentacji ofertowej złożonej przez Sylwię Graniczkę w postępowaniu przetargowym na zakup i dostawę pieczywa dla Jednostki Wojskowej Nr 2063 i Domu Emeryta Wojskowego. Jako podstawa dysponowania ww. osobą została podana w tym dokumencie umowa o pracę. Z kolei w postępowaniu przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w Krakowie w dniu 16 września 2014 r. ta sama osoba – Alan Radłowski – złożyła w siedzibie zamawiającego oferty obydwu przedsiębiorców.

Istotne jest również korzystanie przez Sylwię Graniczkę ze środków transportu stanowiących własność Stanisławy Dziewit – współnika i członka zarządu Młyn Malinie oraz w szczególności wspólne korzystanie w kontaktach z zamawiającymi z tych samych środków łączności. Z analizy dokumentacji ofertowych wynika, że obydwaj przedsiębiorcy wskazywali takie same numery faks (17 857 96 11 i 17 581 52 24) jako ich numery do kontaktu z zamawiającymi.

Na powiązania między Sylwią Graniczką a Młyn Malinie wskazuje także podanie przy zgłoszeniu rozpoczęcia działalności gospodarczej przez Sylwię Graniczkę adresu poczty elektronicznej należącego do Młyn Malinie. Dane w tym zakresie zostały zmienione w CEIDG kilka dni po zgłoszeniu rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej, poprzez usunięcie tego adresu e-mail z pola dotyczącego danych kontaktowych.

Sylwia Graniczka odnosząc się do powyższej okoliczności wyjaśniła, że wynikało to jedynie z omyłki spowodowanej korzystaniem przy rejestracji działalności gospodarczej z pomocy osób, które najwyraźniej błędnie wskazały adres mailowy w formularzu. Adres ten został usunięty niezwłocznie po wykryciu omyłki. Nie było to działanie zamierzone czy celowe i nie wskazywało na „jakieś połączenie działalności” Sylwii Graniczki z Młynem Malinie. Sylwia Graniczka nie przypomina sobie, czy wskazywała dane w CEIDG samodzielnie a później samodzielnie usuwała adres e-mail należący do Młyn Malinie.

Prezes Urzędu nie kwestionuje tego, że podanie przy zgłoszeniu rozpoczęcia działalności gospodarczej przez Sylwię Graniczkę adresu poczty elektronicznej używanego przez Młyn

Malinie nie wskazuje na „jakieś połączenie działalności” czy też brak niezależności przedsiębiorców. Z całą jednak pewnością taka okoliczność, jak i korzystanie z tych samych środków łączności, w tym linii faks, wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy przedsiębiorcami istotnych informacji gospodarczych.

Dodatkową okoliczność świadczącą o powiązaniach gospodarczych przedsiębiorców stanowi przeniesienie przez Młyn Malinie na Sylwię Graniczkę „ogółu praw i obowiązków” (czy też cesja wierzytelności) związanych z danym zamówieniem publicznym. Przedsiębiorcy wskazali, że powyższe związane było z przysługującymi Sylwii Graniczkę względem Młyn Malinie wierzytelnościami z tytułu zapłaty długów Młyn Malinie dochodzonych w postępowaniach egzekucyjnych. Bez względu na rzeczywiste przyczyny dokonania ww. czynności prawnej, z całą pewnością świadczy ona o istnieniu złożonych powiązań gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami.

Pomiędzy Sylwią Graniczką a wspólnikami Młyn Malinie, osobami wchodzącymi w skład zarządu Młyn Malinie i prokurentem tej spółki istnieją ponadto więzy rodzinne – pokrewieństwo I i II stopnia. Sylwia Graniczka jest córką Stanisława Dziewita, tj. byłego członka zarządu Młyn Malinie, i Stanisławy Dziewit, tj. aktualnego członka zarządu Młyn Malinie oraz wspólnika tej spółki. Ponadto Sylwia Graniczka jest siostrą Artura Dziewita będącego większościovym udziałowcem Młyn Malinie i jego byłym prokurentem samoistnym.

Podsumowując całokształt okoliczności związanych z relacjami pomiędzy przedsiębiorcami wskazać należy, że nie podejmowali oni działań zmierzających do utrzymania w tajemnicy treści składanych ofert, a istniejące pomiędzy nimi relacje organizacyjne i rodzinne zapewniały nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert. Rozważając te okoliczności łącznie i uwzględniając dodatkowo fakt ścisłej współpracy gospodarczej pomiędzy przedsiębiorcami, można wyprowadzić wniosek, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także że w ramach wyżej opisanych przetargów, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców składa ofertę zawierającą cenę niższą – a więc korzystniejszą – często jest obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą. Co prawda zachowanie takie może być również uzasadnione nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron postępowania w przetargach („wycofywanie” najkorzystniejszych ofert w sytuacji, gdy umożliwiało to zwycięstwo drugiemu w kolejności uczestnikowi porozumienia) nie pozwalają na przyjęcie, że sytuacja taka miała miejsce.

Na uwagę zasługuje również fakt, że zachowania stron postępowania wzbudziły podejrzenia niektórych zamawiających. Dwaj z nich – Jednostka Wojskowa Nr 4226 i Areszt Śledczy w Krakowie – zawiadomili Prezesa Urzędu o podejrzeniu stosowania przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie praktyk ograniczających konkurencję, poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez tych zamawiających. W uzasadnieniu zawiadomień zamawiający wskazali na powiązania rodzinne przedsiębiorców oraz podobieństwa w ich ofertach, uzasadniające podejrzenie istnienia zмовy pomiędzy przedsiębiorcami. Dodatkowo Areszt Śledczy w Krakowie uznał, że złożenie oferty przez Sylwię Graniczkę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i odrzucił jej ofertę. Zachowanie stron postępowania wzbudziło podejrzenia jeszcze jednego zamawiającego – Domu Pomocy Społecznej w Teodorówce. Zamawiający ten po odmowie zawarcia umowy w sprawie zamówienia przez Młyn Malinie podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności (wycofywanie ofert, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, pozwala w sposób całkowicie uzasadniony wyprowadzić wniosek o zawarciu przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sylwia Graniczka i Młyn Malinie w powyżej wskazanych przetargach występowali jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. W rzeczywistości nie konkurowali ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowali ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, nie można wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zмовy przetargowej.

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

7. Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

Stosownie do treści przepisu 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 przyjąć należy, 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 ostateczne wyniki przetargów, 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. Celem współpracy przedsiębiorców było niewątpliwie ograniczenie konkurencji.

Porozumienie opisane w sentencji niniejszej decyzji, nie tylko zmierzało (miało na celu) do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowań przetargowych, w wyniku czego wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji.

Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

8. 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 wydane 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. Mając powyższe na uwadze, za nietrafną należy uznać argumentację przedsiębiorców, w której wskazali, że wielkość prowadzonych przez nich działalności gospodarczych oraz rynek właściwy, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia, są istotne dla oceny, czy doszło do naruszenia zasad konkurencji.

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 opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, 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.

9. Ciągły charakter praktyki

W orzecznictwie Komisji Europejskiej i sądów unijnych została wypracowana i utrwalona koncepcja, że w kartelach trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji, uprawnione jest przyjęcie, że stanowią one jedno, ciągłe naruszenie. Takie podejście zostało zaprezentowane w sprawie Herkules przeciwko Komisji, w której wskazano, że sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia.¹⁴ Z kolei w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA,

¹⁴ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja, Zb. Orz. Z 1991 r., II-1711, pkt 262-263; także decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Pre-Insulated Pipe Cartel, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131; decyzja Komisji w sprawie Citrid acid, Dz. Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że antykonkurencyjne porozumienie może się składać nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania.¹⁵

Powyższa koncepcja jednego, ciągłego naruszenia ma w pełni zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Praktyka stwierdzona w punkcie I decyzji przejawiała się powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem stron postępowania, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego opracowania ofert i rezygnacji z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego przez tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę, w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował cenę wyższą. Istotną okolicznością uzasadniającą ciągły charakter praktyki stwierdzonej w niniejszej decyzji jest duża liczba (10) postępowań przetargowych, w których stwierdzono przesłanki działania przedsiębiorców w ramach zmowy przetargowej, w trakcie 2 lat trwania praktyki. Nagromadzenie takich postępowań przetargowych było tak duże, że okresy, w których przeprowadzane były poszczególne przetargi zazwyczaj nakładały się na siebie. Przykładowo można wskazać, że: (1) od grudnia 2013 r. do stycznia 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Publiczną Szkołę Podstawową w Klimontowie (2) od stycznia do lutego 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Dom Pomocy Społecznej w Trzemeśni, (3) od marca do kwietnia 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce, (4) od kwietnia do czerwca 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Dom Pomocy Społecznej w Sandomierzu, (5) od maja do lipca 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Dom Pomocy Społecznej w Łyszkowicach, (6) od sierpnia do września 2014 r. prowadzone było postępowanie przez Areszt Śledczy w Krakowie, a (7) od października do grudnia 2014 r. prowadzone było postępowanie przetargowe przez Jednostkę Wojskową Nr 4226. Powyższe wskazuje, że przedsiębiorcy dokonywali uzgodnień ofert i zachowań wpływających na ostateczny wynik danego przetargu jeszcze przed zakończeniem poprzedniego postępowania przetargowego, w którym dokonywali takich uzgodnień. W pełni uprawniony jest zatem wniosek, że powtarzalne i jednorodne zachowania stron postępowania w różnych przetargach były przejawem realizacji jednolitego porozumienia mającego wspólny cel w postaci ograniczenia konkurencji i praktyki o charakterze ciągłym.

10. Nakaz zaniechania praktyki

Praktyka będąca przedmiotem zarzutów postawionych przedsiębiorcom w niniejszej sprawie polegała na uzgadnianiu przez Sylwię Graniczkę i Młyn Malinie w postępowaniach o udzielenie zamówień na dostawy pieczywa warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Jak powyżej wyjaśniono, praktyka ma charakter jednego, ciągłego naruszenia, co oznacza, że porozumienie obejmuje uzgadnianie ofert oraz innych

¹⁵ Sprawa C-49/92P Komisja v Anic Partecipazioni SpA, pkt 78-81, 83-85 i 203 oraz decyzja Komisji sprawa COMP/38.620 Hydrogen Peroxide and Perborate, pkt 327.

zachowań przedsiębiorców w szeregu przetargów. Analizując okoliczności przedmiotowej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że przedsiębiorcy nie zaniechali stosowania zarzucanej im praktyki. Na taką ocenę miało wpływ stwierdzenie przetargów, w których było realizowane antykonkurencyjne porozumienie, przeprowadzonych już po wszczęciu postępowania antymonopolowego i zakończonych w okresie niemal bezpośrednio poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji. Takimi postępowaniami przetargowymi są: postępowanie przeprowadzone w lipcu i sierpniu 2015 r. przez Dom Pomocy Społecznej w Teodorówce oraz w szczególności postępowanie przeprowadzone w okresie od lipca do września 2015 r. przez Zespół Obsługi Oświaty w Chmielniku. To ostatnie postępowanie przetargowe zakończyło się w dniu 21 września 2015 r. zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a Sylwią Graniczką.

W ocenie Prezesa Urzędu całokształt materiału dowodowego zebranego w sprawie wskazuje, że pomimo zakończenia poszczególnych postępowań przetargowych, w których ujawniła się niedozwolona współpraca między przedsiębiorcami, sam zamiar przedsiębiorców niedozwolonego wpływania na wyniki postępowań przetargowych nie został przez nich porzucony. Zamiar ten ma ogólny charakter i wykracza poza konkretne postępowania przetargowe, zaś działania podejmowane przez przedsiębiorców w ramach poszczególnych przetargów stanowiły jedynie przejawy realizacji szerszej i uzgodnionej przez przedsiębiorców strategii nakierowanej na ograniczanie konkurencji.

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

11. 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 niewylączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.

Zgodnie z art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 tej ustawy, „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 przedmiotowej sprawie przedsiębiorcy nie przekazali na wezwanie Prezesa Urzędu informacji o obrocie uzyskanym w 2014 r. Wobec powyższego obrót osiągnięty przez obydwu przedsiębiorców ustalono przy zastosowaniu art. 106 ust. 3 pkt 3 ww. ustawy jako sumę udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym wynikających w przypadku Sylwii Graniczki z zeznania PIT-36 o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym 2014 r., a w przypadku Młyn Malinie z zeznania CIT-8 o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych za rok podatkowy 2014 r. Przy zastosowaniu powyższych zasad ustalono, że Sylwia Graniczka osiągnęła w 2014 r. obrót w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa), zaś Młyn Malinie w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa).

Zgodnie z art. 106 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro (w niniejszej sprawie 426 230 zł po przeliczeniu na złote, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy), Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Natomiast zgodnie z art. 106 ust. 6 tej ustawy, 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 (42 623 zł po przeliczeniu na złote, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy).

Jak wyżej wskazano, Sylwia Graniczka osiągnęła w 2014 r. obrót w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa). W 2013 r. prowadziła działalność gospodarczą jedynie przez jeden miesiąc, a w 2012 r. w ogóle nie prowadziła działalności gospodarczej. Sylwia Graniczka w okresie trzyletnim poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnęła zatem średniego obrotu o równowartości co najmniej 426 230 zł, co oznacza, że maksymalna kara, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na tego przedsiębiorcę stanowi równowartość 10.000 euro, tj. 42 623 zł po przeliczeniu na złote. Z kolei Młyn Malinie osiągając w 2014 r. obrót w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) przekroczył ww. próg 100.000 euro, a zatem maksymalna kara, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na tego przedsiębiorcę wynosi zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy (tajemnica przedsiębiorstwa).

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia 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*”.¹⁶ Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnia w szczególności

¹⁶ wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 r. (sygn. akt: XVII AmA 81/03)

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.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego naruszenia. Wskazać przy tym należy, że w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia: naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze). W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy Sylwią Graniczką i Młyn Malinie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, a kwota bazowa, stanowiąca podstawę dalszych wyliczeń kary nałożonej na Młyn Malinie, ustalona na poziomie 1,5% przychodu osiągniętego w 2014 r., tj. (tajemnica przedsiębiorstwa).

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynków, na jakich 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 dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych 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 ofert złożonych w ramach postępowań przetargowych analizowanych

w postępowaniu antymonopolowym zakończonym wydaniem niniejszej decyzji. W znacznej większości przetargów liczba ta wynosiła od 3 do 5. Jedynie w jednym przetargu przeprowadzonym przez Powiatowy Park Rozwoju w Wieliczce nie zostały złożone oferty przez podmioty inne niż strony postępowania.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, a także negatywne skutki dla uczestników rynku, czyli organizatorów przetargów. Na skutek zawartej umowy zamawiający byli bowiem stawiani w sytuacjach, w których mogli: (1) wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo w świetle pierwotnego rozstrzygnięcia przetargu lub (2) unieważnić przeprowadzone postępowanie i przeprowadzić ponownie procedurę przetargową. Znaczna większość organizatorów przetargów zbadanych w ramach postępowania antymonopolowego decydowała się na pierwszą możliwość – wybór najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Tym samym przedsiębiorcy doprowadzili bezpośrednio do zamierzonego przez nich skutku – uzyskania zamówienia po wyższej cenie. Należy przy tym podkreślić, że wybór przez zamawiających drugiej możliwości – unieważnienia przetargu i ponowienia procedury udzielenia zamówienia publicznego – wiąże się z dodatkową zwłoką w uzyskaniu zamawianych usług. Istotne przy tym jest, że stałe dostawy pieczywa są niezwykle ważnym czynnikiem codziennego funkcjonowania takich podmiotów jak placówki służby zdrowia, pomocy społecznej i oświaty czy też jednostki wojskowe i służby więziennej. Szczególnie istotna dla takich instytucji jest ciągłość i terminowość dostaw pieczywa, niezbędnych dla prawidłowego przebiegu procesu zbiorowego żywienia pacjentów, pensjonariuszy, uczniów, żołnierzy lub osadzonych. Znaczna większość zamawiających, mając do wyboru ponowienie postępowania przetargowego pod presją czasu lub zakup usług po wyższej cenie, decydowała się na to ostatnie rozwiązanie.

Powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem stron postępowania uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na obydwu przedsiębiorców; w przypadku Młyn Malinie postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 10%.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki powinna mieć wpływ na wysokość kary szczególnie w sytuacji, gdy prowadzi do zwiększenia korzyści uzyskanych przez przedsiębiorców dopuszczających się naruszenia lub szkody ponoszonej przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję miało charakter ciągły i funkcjonowało w sposób zakwestionowany w niniejszej decyzji od grudnia 2013 r. Do czasu wydania decyzji nie zostało zaniechane. Uznano zatem, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka należy do kategorii naruszeń długotrwałych. W przypadku umowy przetargowej obejmującej większą liczbę postępowań przetargowych długotrwałość praktyki może przekładać się na większą liczbę przetargów, w których przedsiębiorcom udaje się osiągnąć antykonkurencyjny skutek i tym samym uzyskać dodatkowe korzyści. Taka sytuacja

miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Powyższa okoliczność została uwzględniona przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na obydwu przedsiębiorców; w przypadku Młyn Malinie postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 50%.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził występowania w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących, takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, czy dobrowolne usunięcie skutków naruszenia.

Jeżeli natomiast chodzi o okoliczności obciążające to uznano, że działanie przedsiębiorców miało charakter umyślny, co potwierdzają dowody wskazujące na koordynację ich zachowań. Wskazane dowody i okoliczności sprawy świadczą o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, 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 przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Rozważając zagadnienie umyślności działań przedsiębiorców należy również zwrócić uwagę na powołaną już prawomocną decyzję Prezesa Urzędu Nr RKR-51/2013 z dnia 30 grudnia 2013 r., którą uznano za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte pomiędzy „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. z siedzibą w Maliniu oraz Stanisławą Dziewit polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców w ramach przetargów publicznych dotyczących dostaw pieczywa, organizowanych w 2012 r. przez jednostki służby zdrowia i pomocy społecznej, warunków składanych ofert oraz innych zachowań, takich jak rezygnacja z zawarcia umowy i doprowadzenia w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Uczestnikami tego porozumienia formalnoprawnie byli inni przedsiębiorcy niż strony postępowania antymonopolowego zakończonego niniejszą decyzją, jednak współnikami „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. i Młyn Malinie są te same osoby, tj. Artur Dziewit i Stanisława Dziewit. Mechanizmy zmów przetargowych stwierdzonych decyzją Nr RKR-51/2013 z dnia 30 grudnia 2013 r. jak i niniejszą decyzją są identyczne i polegają na wspólnym opracowaniu ofert i rezygnacji z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez tego z przedsiębiorców, którego oferta zawiera niższą ceną, w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który oferuje cenę wyższą. Praktyka stwierdzona niniejszą decyzją jest zatem swoistą kontynuacją proceduru stosowanego przez „Młyn Malinie” Dziewit sp.j. i Stanisławę Dziewit. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że działania Sylwii Graniczki i Młyn Malinie podejmowane były z pełną świadomością ich bezprawności i stanowiły wyraz szczególnie lekceważącego stosunku tych przedsiębiorców do obowiązującego porządku prawnego.

Powyżej wymienioną okoliczność obciążającą (polegającą na szczególnej naganności i uporczywości naruszenia porządku prawnego przez przedsiębiorców, którzy mieli pełną świadomość bezprawności swoich działań) i brak okoliczności łagodzących uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na obydwu przedsiębiorców; w przypadku Młyn Malinie postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 30%.

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 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: 21 322,00 zł – w przypadku Sylwii Graniczki (co stanowi 50% maksymalnego dopuszczalnego wymiaru kary), oraz w wysokości: 109 127,00 zł – w przypadku Młyn Malinie.

Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców.

W świetle powyższego orzeczono, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

12. 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 61,80 zł, czyli 30,90 zł w przypadku każdej ze stron postępowania.

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 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 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji – stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów