



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W POZNANIU**

Poznań, dnia 13 września 2017 roku

RPZ- 410-501/16/US

DECYZJA Nr RPZ 5/2017

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r. poz. 229 z późn.zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

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

- MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,
- Przemysława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu,

porozumienia ograniczającego konkurencję, na krajowym rynku świadczenia usług obsługi kotłowni, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców oraz Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z siedzibą w Opolu, przystępujących do organizowanego w 2015 roku przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie *Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania, celem doprowadzania do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **umarza się wobec Bogusława Śmigiel** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z siedzibą w Opolu **postępowanie antymonopolowe**, prowadzone w związku z zawarciem pomiędzy:

- MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,
- Przemysławem Śmigłem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu,



- Bogusławem Śmigłem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z siedzibą w Opolu,

porozumienia ograniczającego konkurencję, na krajowym rynku świadczenia usług obsługi kotłowni, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanego w 2015 roku przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie *Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania, celem doprowadzania do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

1. MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, **karę pieniężną** w wysokości 42.083,38 zł (słownie: czterdzieści dwa tysiące osiemdziesiąt trzy i 38/100 zł) płatną do budżetu państwa,
2. Przemysława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu, **karę pieniężną** w wysokości 36.944,13 zł (słownie: trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery i 13/100 zł) płatną do budżetu państwa.

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

1. MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w wysokości 49,80 zł (słownie: czterdzieści dziewięć i 80/100 zł) płatnymi do budżetu państwa,
2. Przemysława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu w wysokości 42 zł (słownie: czterdzieści dwa zł) płatnymi do budżetu państwa,

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

UZASADNIENIE

W związku z zawiadomieniem Komendanta 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu (dalej: 14 WOG w Poznaniu lub Zamawiający) o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, postanowieniem z dnia 26 stycznia 2016 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) wszczął postępowanie wyjaśniające celem wstępnego ustalenia, czy w związku z działaniami przedsiębiorców uczestniczących w przetargach, których przedmiotem było świadczenie usług utrzymania czystości lub obsługi kotłów, mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym celem wstępnego ustalenia, czy sprawa ma charakter

antymonopolowy (sygn. RPZ-400/1/16/DW). W toku postępowania Prezes Urzędu uzyskał szczegółowe informacje, o organizowanym w 2015 roku przez 14 WOG w Poznaniu przetargu, na usługę sezonowej obsługi kotłów w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu.

W oparciu o powyższe zawiadomienie oraz zebrany materiał dowodowy Prezes Urzędu, wydał w dniu 10 listopada 2016 roku postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, w którym strony zostały poinformowane o tym, że aż do zakończenia postępowania administracyjnego mogą odnieść się do podniesionych zarzutów.

Z kolei pismem z dnia 23 sierpnia 2017 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i złożenia dodatkowych wyjaśnień w terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego pisma.

Stan faktyczny

Stronami niniejszego postępowania jest trzech przedsiębiorców:

1. MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (numer KRS 0000412064, REGON 161451462, NIP 9910494469) od dnia 24 lutego 2012 roku zarejestrowana pod adresem ul. Łączna 2, 45-950 Opole. W skład zarządu spółki wchodzi Prezes Zarządu - Tomasz Ways, a prokurentem jest Aleksandra Krupińska (prokura samoistna). Udziałowcem większościowym jest Anna Śmigiel (99% udziałów). Ostatnie roczne sprawozdanie finansowe zostało złożone w dniu 17 maja 2016 roku. Zgodnie z oświadczeniem przedsiębiorcy MEGATHERM sp. z o.o., posiada jeden rodzaj działalności, który stanowi jej główne źródło dochodu i są to usługi porządkowe (dowód: karty nr 522-525 oraz 449).
2. Przemysław Śmigiel prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław (NIP 7541014922, REGON 160383712) z siedzibą przy ul. Joannitów 13 we Wrocławiu. Jak wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Przemysław Śmigiel rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej z dniem 10 lutego 2011 roku. Zgodnie z oświadczeniem przedsiębiorcy, rodzajem działalności stanowiącym jego główne źródło przychodów jest w (usunięto) sprzątanie, a w (usunięto) obsługa kotłowni. Na dzień wydania niniejszej decyzji status indywidualnej działalności gospodarczej przedsiębiorcy określony jest w CEIDG jako „aktywny” (dowód: karty nr 521 oraz 449).
3. Bogusław Śmigiel, który w momencie wszczęcia niniejszego postępowania prowadził działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL”, ul. Szymona Koszyka 30/12 w Opolu. Jak wynika z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Bogusław Śmigiel rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej z dniem 7 stycznia 2015 roku i zaprzestał jej wykonywania z dniem 31 grudnia 2016 roku (data wykreślenia z rejestru: 8 lutego 2017 roku). Była to druga zarejestrowana działalność gospodarcza ww. podmiotu. Pierwszą, pod nazwą ŚMIGIEL BOGUSŁAW Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „Śmigiel”, prowadzona była w okresie od 6 grudnia 1993 roku do 3 listopada 2014 roku (pod ww. adresem) i obejmowała m.in. produkcję konstrukcji metalowych i ich części (PKD 25.11.Z), produkcję grzejników i kotłów centralnego ogrzewania (PKD 25.21.Z) oraz produkcję pozostałych gotowych wyrobów metalowych, gdzie indziej niesklasyfikowaną (PKD 25.99.Z). Dowód: karty nr 520 oraz 574.

Dnia 22 lipca 2015 r. 14 WOG w Poznaniu zamieścił zaproszenie do składania ofert w przetargu nieograniczonym na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu z terminem składania ofert do 30 lipca 2015 r. godz. 12.00 (dowód: karta nr 64).*

Przedmiot przetargu podzielono na 2 zadania (dowód: karty nr 18-20):

- 1) obsługa kotłowni wodnych na terenie poligonu Biedrusko,
- 2) obsługa kotłowni parowej w Dolaszewie gm. Szydłowo.

Kryterium oceny ofert stanowiły:

- 1) cena - 90%,
- 2) termin płatności - 10%.

Oferty w przedmiotowym przetargu złożyło 8 przedsiębiorców, w tym konsorcjum firm: MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu wraz z Przedsiębiorstwem Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu zwanych dalej: „Konsorcjum firm” oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z siedzibą w Opolu (dalej: Bogusław Śmigiel). Dane dotyczące wykonawców i ich ofert zawarto w poniższej tabeli (dowód: karty nr 324-325).

Zbiorcze zestawienie ofert

Nr oferty	Nazwa (firma) wykonawcy	Cena oferty - zadanie 1 -	Cena oferty - zadanie 2 -
1	Zakład Usługowy Instalacyjno - Grzewczy Zbigniew Standryk z Łodzi	168.054,77 (po korekcie: 168.928.07)	278.249,43
2	Ekologiczne Kotłownie i Systemy Grzewcze EKOL KOT Zakład Usługowo Handlowy oraz Ogólnobudowlany z Gdańska	-	163.098,00
3	PW KRISS Krzysztof Śliwiński z Niemodlina	132.102,00	210.330,00
4	<u>Konsorcjum firm:</u> MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Chmielowicach, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z Opola	144.648,00	263.466,00
5	„Q - BART’ Bartosz Kuczyk z Gdańska	-	281.916,00
6	Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z Opola	128.781,00	243.540,00

7	Zakład Handlu i Usług „JURAND” Jerzy i Elżbieta Szablowski s.c. z Bydgoszczy	206.640,00	490.032,00
8	Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „FACTUM” Sp. z o.o. z Bydgoszczy	191.909,52	276.272,81

Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosiła 494.460,00 zł, w tym zadanie nr 1: 202.950,00 zł, zadanie nr 2: 291.510,00 zł (*dowód: karta nr 332*).

W dniu 30 lipca 2015 r. Komisja przetargowa dokonała otwarcia ofert oraz wstępnej ich oceny, stwierdzając rażąco niską cenę w stosunku do wyceny Zamawiającego w ofertach nr 2, nr 3 i nr 6. Wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień do 10 sierpnia 2015r. Na powyższe wezwanie tylko Bogusław Śmigiel udzielił wyczerpujących wyjaśnień, na podstawie których komisja ustaliła, że *różnica w stosunku do wyceny zamawiającego wynika (...) z faktu, że zamawiający kalkulował koszty przy założeniu, że osoby do realizacji zamówienia będą zatrudnione na umowę o pracę, a nie na umowę zlecenie (dowód: karty nr 332-333)*.

Wobec powyższego, w dniu 13 sierpnia 2015r. Komisja przetargowa stwierdziła co następuje:

1. firma Ekologiczne Kotłownie i Systemy Grzewcze EKOL KOT Zakład Usługowo Handlowy oraz Ogólnobudowlany z Gdańska (oferta nr 2) nie udzieliła wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,
2. PW KRISS Krzysztof Śliwiński z Niemodlina (oferta nr 3) udzieliła niewystarczających wyjaśnień, nie przedstawiając dowodów wymaganych przez ustawę - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej: p.z.p.),
3. wyjaśnienia Bogusława Śmigiel (oferta nr 6) uznano za wystarczające.

Komisja przetargowa odrzuciła zatem oferty nr 2 i 3 i jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę nr 6 - Bogusława Śmigiel, z oceną 100 pkt dla zadań nr 1 i 2. Kolejną najkorzystniejszą ofertę stanowiła oferta nr 4 złożona przez Konsorcjum firm z wynikiem 90,18 pkt dla zadania nr 1 i 93,19 pkt dla zadania nr 2 (*dowód: karty nr 332-333*).

O odrzuceniu ofert nr 2 i nr 3 oraz wyborze jako najkorzystniejszej dla zadań nr 1 i nr 2 oferty nr 6 (Bogusława Śmigiel) Zamawiający zawiadomił Wykonawców pismem z dnia 19 sierpnia 2015r., które przesłane zostało do uczestników przetargu tego samego dnia drogą elektroniczną (*dowód: karty nr 273-274*). Jednocześnie poinformował, że zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta nie wcześniej niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty, co oznacza, że zostanie zawarta w dniu 26 sierpnia 2015r. (*dowód: karty 326-332*).

Pismem z dnia 21 sierpnia 2015r. MEGATHERM sp. z o.o. wystąpił do 14 WOG w Poznaniu z wnioskiem o udostępnienie do wglądu złożonych w postępowaniu ofert (*dowód: karta nr 269*). W dniu 25 sierpnia 2015 r. przedstawiciel firmy MEGATHERM sp. z o.o., w obecności przedstawicieli Zamawiającego: kierownika Sekcji Zamówień Publicznych p. (*usunięto*) oraz specjalisty ds. zamówień publicznych - sekretarza komisji, p. (*usunięto*), dokonał wglądu wyłącznie do oferty nr 6 i wskazał na nieaktualne zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach (*dowód: karta nr 14 oraz 337*).

Wobec powyższego Komisja przetargowa powtórzyła czynność badania wszystkich ofert. W rezultacie Bogusław Śmigiel został wezwany w dniu 25 sierpnia 2015r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. do złożenia zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków, zgodnego z warunkami określonymi w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (SIWZ) - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, do dnia 28 sierpnia 2015r. W wezwaniu zamieszczono

pouczenie o skutku w postaci wykluczenia z postępowania w wypadku nie złożenia dokumentu w wymienionym terminie (*dowód: karty nr 275-276*). Jednocześnie pozostali Wykonawcy zostali wezwani w dniu 25 sierpnia 2015r. do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 40 dni. Z wyjątkiem Zakładu Handlu i Usług „JURAND” (oferta najdroższa cenowo) pozostali w przetargu Wykonawcy wyrazili pisemną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

W dniu 28 sierpnia 2015r. Bogusław Śmigiel dostarczył zaświadczenie wystawione w dniu 20 sierpnia 2015r., potwierdzające brak zaległości podatkowych na dzień 20 sierpnia 2015r. (*dowód: karta nr 279-280*). Wniosek o wydanie ww. zaświadczenia został złożony przez Bogusława Śmigiel, w Pierwszym Urzędzie Skarbowym w Opolu, w dniu 20 sierpnia 2015 roku. Do odbioru zaświadczenia Bogusław Śmigiel upoważnił swoich konkurentów w przetargu na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, tj. Annę Śmigiel (posiadającą 99% udziałów w spółce MEGATHERM sp. z o.o.), Tomasza Ways (Prezesa Zarządu MEGATHERM sp. z o.o.) oraz syna - Przemysława Śmigiel (Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu) - *dowód: karty nr 443-444*. Właściwy dokument miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 30 lipca 2015r. W związku z powyższym Komisja przetargowa wykluczyła z postępowania oferty Bogusława Śmigiel z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p., z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu (przedłożono zaświadczenie z dnia 20 sierpnia 2015 roku).

Dnia 1 września 2015r. 14 WOG w Poznaniu, działając na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy p.z.p. zawiadomił, że w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Komisja przetargowa zdecydowała o wyborze oferty Konsorcjum firm jako najkorzystniejszej oferty dla realizacji zadań nr 1 i nr 2 (*dowód: karty nr 283-285*).

W piśmie skierowanym do Zamawiającego z dnia 2 września 2015r. Q - BART wskazywał na możliwość popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, zarzucając poprzez wyżej opisane działania Bogusławowi Śmigiel zмовę przetargową, której skutkiem był wybór droższej oferty Konsorcjum firm oraz informował o zauważonych nieprawidłowościach przy wcześniejszych przetargach, w których uczestniczyli MEGATHERM sp. z o.o. oraz Bogusław Śmigiel (*dowód: karty nr 291-313*). Pismem z dnia 4 września 2015r. 14 WOG w Poznaniu, działając na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., wezwał Konsorcjum firm do zajęcia stanowiska w sprawie zarzutów postawionych przez Q - BART. W odpowiedzi z dnia 8 września 2015r. MEGATHERM Sp. z o.o. odrzucił zarzuty stawiane przez Q - BART i wskazał, że złożenie oferty przez Konsorcjum firm nie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. MEGATHERM sp. z o.o. wskazał ponadto na brak powiązań kapitałowych pomiędzy MEGATHERM sp. z o.o., Przemysławem Śmigiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław i Bogusławem Śmigiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” oraz oświadczył że pomiędzy Konsorcjum firm, a Bogusławem Śmigiel nie doszło do zawarcia żadnego porozumienia dotyczącego udziału w postępowaniu, w tym do zмовы cenowej, a udział tych podmiotów w przetargu nie może być traktowany jako czyn nieuczciwej konkurencji (*dowód: karty nr 318-321*).

Pismem z dnia 16 września 2015r. 14 WOG w Poznaniu poinformował Q - BART o stanowisku Konsorcjum firm oraz własnym. 14 WOG w Poznaniu uznał, że domniemane powiązania rodzinne pomiędzy Wykonawcami, którzy złożyli oferty nr 4 i nr 6 nie są podstawą do uznania zмовы cenowej i odrzucenia oferty nr 4, podtrzymując decyzję o wyborze oferty Konsorcjum firm jako najkorzystniejszej dla zadań nr 1 i nr 2.

Ostatecznie w dniu 21 września 2015r. zostały zawarte umowy nr 24/w/2015 (zadanie nr 1) oraz 25/w/2015 (zadanie nr 2) na wykonanie *Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni*

celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu pomiędzy 14 WOG w Poznaniu, a Konsorcjum firm.

Bogusław Śmigiel posiadał w dacie złożenia oferty, w przetargu na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, zaświadczenie spełniające wymogi określone w SIWZ - to jest zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z dnia 2 lipca 2015 roku. Przedłożył je, a ściślej poświadczoną za zgodność z oryginałem fotokopię, w swojej ofercie z dnia 10 lipca 2015 roku, złożonej w ramach równolegle toczącego się przetargu, ogłoszonego przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie dot. *Obsługi kotłowni w kompleksach wojskowych w miejscowościach: Dobrze n/Kwisq (m. Dobrze n/Kwisq, Karliki, Trzebień), Żagań (m. Żagań, Potok) wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi (dowód: karty 356 - 357)*. Ponadto, w obu przedmiotowych przetargach, przedłożono tożsame zaświadczenie (poświadczone za zgodność z oryginałem fotokopie) o niezaleganiu w opłacaniu składek z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 29 czerwca 2015r. (dowód: karty nr 211 oraz 358).

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

- 1) Bogusław Śmigiel, prowadzący (do 31 grudnia 2016 roku) działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” z siedzibą w Opolu jest ojcem Przemysława Śmigła, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław we Wrocławiu oraz teściem Anny Śmigiel prowadzącej działalność gospodarczą Śmigiel Anna „ANN-POL” Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe w Opolu (dowód: karta nr 56),
- 2) Anna Śmigiel, posiadająca 99% udziałów w spółce MEGATHERM sp. z o.o., jest żoną Przemysława Śmigła i synową Bogusława Śmigła (dowód: karty nr 56 oraz 522),
- 3) Przemysław Śmigiel, mąż Anny Śmigiel, był do dnia 29 lipca 2015 roku Prezesem Zarządu MEGATHERM Sp. z o.o.¹ (dowód: karty nr 56 oraz 184 i 531),
- 4) aktualnym Prezesem Zarządu MEGATHERM sp. z o.o. jest Tomasz Ways, którego Bogusław Śmigiel upoważnił (razem z Anną Śmigiel i Przemysławem Śmigiel) do odbioru w Pierwszym Urzędzie Skarbowym w Opolu zaświadczenia potwierdzającego brak zaległości podatkowych, o które został wezwany w dniu 25 sierpnia 2015 roku przez 14. WOG w Poznaniu (dowód: karty nr 523 oraz 443-444),
- 5) Bogusław Śmigiel, ojciec Przemysława Śmigła był, do dnia 12 grudnia 2007 roku, Prezesem Zarządu Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych sp. z o.o. we Wrocławiu. Na stanowisku Prezesa Zarządu zastąpił go syn Przemysław, który jest posiadaczem 99% udziałów w ww. spółce (dowód: karty 527-530 oraz 532),

W toku postępowania ustalono, że Anna Śmigiel (Śmigiel Anna „ANN-POL” Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe w Opolu), MEGATHERM sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Przemysław Śmigiel oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. uczestniczyli, w latach 2014-2016, w licznych postępowaniach przetargowych na terenie całego kraju, których przedmiotem były m.in. usługi sprzątnięcia, utrzymania czystości, czy też obsługi kotłowni. Przedsiębiorcy rzadko składali konkurencyjne oferty. Takie przypadki miały miejsce trzykrotnie w przetargach na obsługę kotłowni i tylko raz w przetargu na utrzymanie czystości. Regułą był wspólny udział w postępowaniach w ramach konsorcjów - łącznie w 33 przetargach, z czego:

¹ W dniu 30 lipca 2015 r., o godz. 12.00 mijał termin do składania ofert w przetargu nieograniczonym na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*. Tego samego dnia, o godz. 8:30 spółka MEGATHERM złożyła swoją ofertę w ww. przetargu (od tego dnia Prezesem Zarządu był już Tomasz Ways).

- 16 razy Przemysław Śmigiel i Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o., w której posiada 99 % udziałów (13 utrzymanie czystości i 3 obsługa kotłowni)
- 11 razy Anna Śmigiel i MEGATHERM sp. z o.o., w której posiada 99 % udziałów (odpowiednio 10 i 1).

W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że MEGATHERM sp. z o.o. wystąpiła w konsorcjum z Bogusławem Śmigiem, w przetargu, którego organizatorem było Muzeum Państwowe w Oświęcimiu, a przedmiotem sprzątanie ww. obiektu w latach 2013-2016. W konsorcjum tym Bogusław Śmigiel był partnerem, a w konsekwencji wystawił na rzecz MEGATHERM sp. z o.o. 39 faktur VAT na łączną kwotę (usunięto)zł brutto (dowód: karta nr 449). Pierwsza faktura została wystawiona 31 stycznia 2013 roku, a ostatnia 30 listopada 2016 roku. Oznacza to, iż w trakcie składania ofert na udział w przetargu nieograniczonym na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, czyli 30 lipca 2015 roku, Bogusław Śmigiel pozostawał ze swoim konkurentem przetargowym, tj. z MEGATHERM sp. z o.o. w stałych i długoterminowych stosunkach gospodarczych.

Pismem z dnia 15 marca 2017 r. Bogusław Śmigiel złożył do Sądu Rejonowego Poznań Grunwald i Jeżyce wniosek o zawezwanie Skarbu Państwa - 14 WOG w Poznaniu do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 34.500 zł tytułem utraconego zysku wskutek bezprawnego, zdaniem Bogusława Śmigiel, unieważnienia czynności wyboru ofert i nie podpisania umowy (dowód: karty 633-635).

Stanowisko stron postępowania

MEGATHERM sp. z o.o. nie ustosunkowała się do zarzutu sformułowanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 10 listopada 2016 roku i nie złożyła dodatkowych wyjaśnień (data odbioru pisma: 18 listopada 2016 roku, dowód: karta nr 379).

Przemysław Śmigiel - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu, w piśmie z dnia 7 stycznia 2016 roku oświadczył, iż nie zawarł z umowy przetargowej ze swoim ojcem Bogusławem Śmigiem oraz że nie zawarło jej również Konsorcjum firm (MEGATHERM sp. z o.o. wraz z Przedsiębiorstwem Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław).

Ponadto oświadczył, iż jego rodzina nie utrzymuje bliskich relacji z rodziną jego ojca oraz, że widują się sporadycznie. Jako argument dowodzący braku powiązań gospodarczych wskazał na fakt, iż zarówno on, jak i Bogusław Śmigiel prowadzą działalność gospodarczą pod innymi adresami (w dniu wszczęcia postępowania antymonopolowego obydwaj przedsiębiorcy prowadzili działalność na terenie powiatu opolskiego, natomiast w dniu 8 lutego 2017 roku adres prowadzenia działalności gospodarczej Przemysława Śmigiel został zmieniony na miasto Wrocław).

Odnosząc się natomiast do działania pełnomocnika MEGATHERM sp. z o.o., sprawdzającego w toku procedury przetargowej wyłącznie ofertę Bogusława Śmigiel, Przemysław Śmigiel podniósł, iż była to w istocie jedyna konkurencyjna (pod kątem spełnienia warunków przetargu) oferta, albowiem inni wykonawcy nie przedstawili tak korzystnych warunków cenowych.

Pełnomocnik Bogusława Śmigiel w piśmie z dnia 8 grudnia 2016 roku (dowód: karty nr 413-421) wskazał, iż jego mocodawca kategorycznie zaprzecza, jakoby pomiędzy nim, a konsorcjum firm MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwem Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław istniała jakakolwiek zмова przetargowa.

Ponadto oświadczył, iż *Bogusław Śmigiel w toku postępowania wyjaśniającego był przesłuchiwany przez Policję i zeznawał, że nie posiada z synem żadnych bliższych relacji i nie utrzymują ze sobą kontaktu, zaś ich rodziny również nie utrzymują ze sobą bliskich*

relacji. Jako argument dowodzący braku powiązań gospodarczych wskazał zaś na fakt, iż zarówno Przemysław, jak i Bogusław Śmigiel prowadzą działalność gospodarczą pod innymi adresami (w dniu wszczęcia postępowania antymonopolowego obydwaj przedsiębiorcy prowadzili działalność na terenie powiatu opolskiego, natomiast w dniu 8 lutego 2017 roku adres prowadzenia działalności gospodarczej Przemysława Śmigiel został zmieniony na miasto Wrocław).

Odnosząc się natomiast do działania pełnomocnika MEGATHERM sp. z o.o., sprawdzającego w toku procedury przetargowej wyłącznie ofertę Bogusława Śmigiel, podniósł, iż przedstawiciel Konsorcjum dokonał w obecności przedstawiciela Zamawiającego przeglądu oferty jedynie Wnioskującego, gdyż po pierwsze to ona została wybrana, a po drugie, pozostałe oferty nie były tak korzystne cenowo.

Pełnomocnik Bogusława Śmigiel nie odniósł się do faktu przedstawienia przez swojego klienta (dalej: Wnioskujący) błędnych zaświadczeń o niezaleganiu w zobowiązaniach podatkowych. Wskazał jedynie, że zupełnie bezpodstawne było wzywianie Wnioskującego do przedłożenia ww. zaświadczenia, gdyż oferta Wnioskującego już została oficjalnie przez Zamawiającego wybrana, co zostało potwierdzone zawiadomieniem z dnia 19 sierpnia 2015 roku. Twierdzenie to jest słuszne tym bardziej, że ustawodawca nie przewidział w prawie zamówień publicznych regulacji, które umożliwiałyby odrzucenie ostatecznie wybranej w przetargu nieograniczonej oferty. (...) W sytuacji, kiedy po rozstrzygniętym przetargu o udzielenie zamówienia publicznego, okaże się że Zamawiający w trakcie przetargu dopuścił się jakiejkolwiek czynności uchybiającej przepisom prawa, to wykonawcy, uczestnikom przetargu oraz innym podmiotom, których praw i interesów to uchybienie naruszyło, mogą wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 180 i n. p.z.p. Nikt takiego odwołania jednak nie złożył (...). Nie zrobił tego również sam zainteresowany, tj. Bogusław Śmigiel.

W cytowanym wyżej piśmie pełnomocnik Bogusława Śmigiel podnosi również, że Konsorcjum firm mogło zarobić na wygraniu przetargu więcej, niż jego mandant, który w 2015 roku rozliczał zryczałtowany podatek dochodowy wg stawki 8,5%, podczas gdy Konsorcjum uiściło 19% podatku CIT. Powyższe miało świadczyć o tym, iż w istocie kontrakt uzyskany przez Konsorcjum był mniej korzystny, niż ten, który uzyskał Bogusław Śmigiel.

W odpowiedzi na szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne zarzutów postawionych w postanowieniu o wszczęciu postępowania, stanowisko w dniu 20 czerwca 2017 r. (pismo datowane na 12 czerwca 2017 r.) przedstawił jedynie Bogusław Śmigiel, wskazując że nie zgadza się ustaleniami Prezesa Urzędu. Przede wszystkim zwrócił uwagę, iż celem zawarcia zмовы przetargowej jest takie ukształtowanie przez jego uczestników, aby uzyskać jak największy dochód. Tymczasem, jego zdaniem, sytuacja w niniejszej sprawie kształtuje się odmiennie z uwagi na podnoszone we wcześniejszym piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r. kwestie różnego opodatkowania członków Konsorcjum oraz Bogusława Śmigiel. W rzeczy samej, według wyliczeń Bogusława Śmigiel, jego faktyczny zysk, po odliczeniu obciążeń tj. kosztów i podatku wyniósłby odpowiednio: 95.800,20 zł za zadanie 1 i 181.170,00 zł za zadanie 2, zaś w przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum, faktyczny zysk Konsorcjum należy określić odpowiednio na: 94.080,00 zł za zadanie 1 i 171.360,00 zł za zadanie 2.

Na dowód powyższego, Bogusław Śmigiel wniósł o zobowiązanie MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przemysława Śmigiel do przedłożenia wyliczenia, jaki dochód zostałby przez nich osiągnięty w wyniku realizacji zamówienia na rzecz 14 WOG w Poznaniu.

Bogusław Śmigiel oświadczył ponadto, iż nie miał zamiaru upoważniania Anny Śmigiel, Tomasza Waysa lub Przemysława Śmigiel do wystąpienia w jego imieniu do Urzędu Skarbowego. Treść pełnomocnictwa została bezwiednie przepisana z pełnomocnictwa pochodzącego z wcześniejszych czasów, kiedy współpracował wraz z MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przemysławem Śmigiel. W rzeczywistości zaświadczenie potwierdzające brak zaległości podatkowych odebrała siostra Bogusława (usunięto) Śmigiel.

Ustosunkowując się z kolei do ustaleń dotyczących celu uzyskania zaświadczenia z Urzędu Skarbowego w Opolu z dnia 25 sierpnia 2017 r. Bogusław Śmigiel podniósł, iż biorąc udział w różnych przetargach nigdy nie płacił zabezpieczenia gotówką, a korzystał z instytucji gwarancji ubezpieczeniowej. Takie rozwiązanie pozwalało mu na swobodne prowadzenie działalności gospodarczej poza udziałem w przetargach, gdyż nie musiał w ten sposób blokować środków finansowych, które stale miał do dyspozycji i mógł z nich w pełnym wymiarze korzystać. Ponadto zamawiającym w przetargach publicznych łatwiej zatrzymać wadium w formie gotówkowej, gdyż to uczestnik postępowania musiał podejmować działania związane ze zwrotem wadium w przeciwieństwie do wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W tym wypadku bowiem zamawiający musi każdorazowo przygotować pismo, w którym opíše sytuację bezprawnego działania uczestnika przetargu, co podlega badaniu ubezpieczyciela, który może mieć inną ocenę prawną aniżeli zamawiający.

Niezależnie od tego Bogusław Śmigiel ponownie zwrócił uwagę, że wezwanie w sprawie doręczenia prawidłowego zaświadczenia o niezaleganiu w zobowiązaniach podatkowych nastąpiło już po jego zawiadomieniu w dniu 19 sierpnia 2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem już po rozstrzygnięciu przetargu. W związku z tym wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do sprecyzowania z jakich przyczyn wybrał ofertę Konsorcjum. Jest to, zdaniem Bogusława Śmigiel, konieczne albowiem wyłączną winę za nieuprawniony wybór oferty Konsorcjum ponosi Zamawiający. Okoliczność ta nie powinna być pominięta w świetle art. 58 k.c., w świetle którego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Jednocześnie Bogusław Śmigiel poinformował, iż w związku z bezprawnym unieważnieniem czynności wyboru ofert przez Zamawiającego i poniesieniem z tego tytułu szkody w postaci utraconego zarobku pismem z dnia 15 marca 2017 r. wniósł o zawezwanie do próby ugodowej z 14 WOG w Poznaniu.

Na zakończenie Bogusław Śmigiel zauważył, iż gdyby przyjąć tok rozumowania Prezesa Urzędu zawarty w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów, to należałoby także uznać, że w zмовie uczestniczył także EKOL KOT Zakład Usługowo Handlowy oraz Ogólnobudowlany z Gdańska, który nie udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz PW KRISS Krzysztof Śliwiński z Niemodlina, którego wyjaśnienia w tym zakresie nie okazały się wystarczająco dobre. Bogusław Śmigiel przypomniał, iż tylko on udzielił wystarczająco dobrych w tym zakresie wyjaśnień. Nie uczyniłby tego gdyby zamierzał doprowadzić do odrzucenia swojej oferty.

PREZES URZĘDU ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

1. Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i 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, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych. Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa

antymonopolowego, a więc gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w interes odbiorców, a w ostateczności w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*).

Porozumienia horyzontalne, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza gdy dotyczą praktyk określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia te zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywoływany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny.

W niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej w przetargu zorganizowanym przez 14 WOG w Poznaniu, został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji. W związku z powyższym w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że istnieją podstawy do podjęcia działań w interesie publicznym.

2. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek świadczenia usług obsługi kotłowni. Usługa ta polega na zorganizowaniu produkcji energii cieplnej w oparciu o urządzenia udostępnione przez zamawiającego oraz pracę własnych pracowników. W szczególności, usługa obejmuje zapewnienie gotowości i obsługę urządzeń, instalacji i elementów kotłowni, utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni oraz dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła, a ponadto nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników. Usługa ta nie posiada substytutów. Uzyskane zlecenia od zamawiających ww. usługi mają charakter długotrwały (zlecenia zazwyczaj obejmują od jednego do kilku sezonów grzewczych) i zapewniają stały dochód w dłuższym okresie. Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym m. in. liczba oferentów w analizowanych postępowaniach w sprawie zamówień publicznych. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty zatrudnienia wymaganej dla wykonania danego zlecenia liczby osób na stanowisku palacza. Dodatkowe koszty to koszty nadzoru oraz tzw. koszty ogólnozakładowe (dojazd do kotłowni, koszty księgowe i kadrowe, środki przewidziane na ewentualne drobne awarie, sprzęt podręczny, środki higieniczne, itp.). Odbiorcami usług tego rodzaju usług są właściciele i zarządcy obiektów wymagających stałej lub sezonowej obsługi kotłowni. W związku z istnieniem dużej konkurencji w pozyskiwaniu zleceń na powyższą usługę przedsiębiorcy zajmujący się zawodowo obsługą kotłowni biorą też udział w dużej ilości przetargów na terenie całej Polski.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis*.² Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku.

W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa Urzędu, rynek właściwy ma charakter krajowy. Wskazuje na to fakt zamieszczania informacji o przetargach na zamówienia dotyczące rynku właściwego na stronach internetowych zamawiających oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto, jak wynika z posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji, do tak ogłaszanych przetargów przystępują przedsiębiorcy z terenu całego kraju [np. Bogusław Śmigiel posiadający siedzibę na terenie województwa opolskiego przystąpił do przetargów na terenie małopolski (utrzymanie terenów zielonych - Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau) oraz wielkopolski (sezonowa obsługa kotłowni - 14. WOG w Poznaniu)]. Przyjęta definicja rynku geograficznego nie wpływa jednak na ocenę zachowania uczestników postępowania, z uwagi na fakt, iż zarzucane im porozumienie nie podlega wyłączeniu przewidzianemu w art. 7.

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku świadczenia usług obsługi kotłowni.

3. Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- osobę fizyczną, osobę prawną a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,

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

- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 ze zm.) - zwanej dalej u.s.d.g. - jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

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

MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przemysław Śmigiel w dalszym ciągu prowadzą działalność gospodarczą. Bogusław Śmigiel zaprzestał jej prowadzenia z dniem 31 grudnia 2016 roku. W toku postępowania ustalono, że z dniem 8 lutego 2017 roku nastąpiło wykreślenie wpisu Bogusława Śmigiel z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. Do dnia wydania niniejszego pisma Bogusław Śmigiel nie dokonał ponownego wpisu potwierdzającego prowadzenie działalności gospodarczej.

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

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

Zmowy przetargowe mają na celu uzyskanie przez będących w porozumieniu wykonawców określonych zleceń oraz zapewnienia sobie większych zysków, niż w stanie skutecznej konkurencji. Strony porozumienia – zazwyczaj wykonawcy – dopuszczają się określonej manipulacji składanymi ofertami, tak aby osiągnąć pożądaną wynik przetargu.

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

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,

- b) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje różne formy współpracy i koordynacji działań między przedsiębiorcami, które ze względu na swój cel lub skutek prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego związanego z brakiem pewności, co do zachowań innych uczestników rynku. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: *Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.*³

W celu wyeliminowania możliwości obejścia prawa poprzez dokonywanie czynności i działań nie spełniających przesłanek umowy cywilnoprawnej uznaje się za porozumienia, jak wskazano powyżej, także uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek formie. Dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza jednak stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Koniecznym jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być ustalenie relacji prawnych i gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami⁴.

Najczęstszą formą zmów przetargowych są:

- składanie oferty zabezpieczającej, o której z góry wiadomo, że zostanie ona odrzucona przez zamawiającego celem sprawienia wrażenia istnienia rzeczywistej konkurencji pomiędzy oferentami,
- ograniczanie ofert przetargowych poprzez rezygnację przez określonych przedsiębiorców z udziału w przetargu lub też cofnięcie oferty lub w inny sposób doprowadzenie do nie wybrania oferty pierwotnie najkorzystniejszej,
- rotacyjne składanie ofert polegające na podziale pomiędzy uczestników zmowy wygranej w kolejnych przetargach,
- alokacja rynkowa, czyli podział rynku przez uczestników zmowy, w wyniku którego w danym regionie do przetargu startują tylko z góry ustaleniu oferenci⁵.

Jakkolwiek brak bezpośredniego dowodu na to, że porozumienie pomiędzy uczestnikami Konsorcjum firm (MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław), a Bogusławem Śmigiel zostało zawarte, to zebrany materiał dowodowy pozwala na ustalenie faktów, które stanowią podstawę do wniosku, że takie uzgodnienia miały miejsce.

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

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04.

⁴ Ibidem, s. 45.

⁵ "Raport – System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce" Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa, wrzesień 2013 r.

podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

W niniejszej sprawie zawarcie przez strony porozumienia udowodniono w oparciu o następujące fakty:

- a) „wycofanie” oferty przez Bogusława Śmigiel,
- b) współpracę przedsiębiorców w ramach przetargu dla 14 WOG w Poznaniu,
- c) bliskie relacje pomiędzy przedsiębiorcami - powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne.

Ad. a)

Działania przedsiębiorców polegające na „wycofywaniu” ofert, mogą przybierać różne formy. W niniejszej sprawie oferta przedsiębiorcy Bogusława Śmigiel została wycofana „nie wprost”, tzn. oferent nie uzupełnił w sposób zgodny z wymogami ustawy jej braków, do czego wezwany przez Zamawiającego.

Bogusław Śmigiel, w złożonej ofercie przetargowej z dnia 28 lipca 2015 roku na świadczenie *Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, przedłożył nieaktualne zaświadczenie o niezaleganiu z opłaceniem podatków, to jest z dnia 9 kwietnia 2015 roku oraz po wezwaniu z dnia 25 sierpnia 2015 roku kolejne zaświadczenie niespełniające warunków udziału w postępowaniu, z dnia 20 sierpnia 2015 roku, podczas gdy właściwy dokument miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 30 lipca 2015r.

Należy podkreślić, iż Bogusław Śmigiel do swojej oferty z dnia 10 lipca 2015r. na świadczenie usługi *Obsługi kotłowni w kompleksach wojskowych w miejscowościach: Dobren/Kwisq (m. Dobren/Kwisq, Karliki, Trzebień), Żagań (m. Żagań, Potok) wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi*, w przetargu ogłoszonym przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie załączył zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z dnia 2 lipca 2015r. W istocie była to potwierdzona za zgodność z oryginałem fotokopia tego dokumentu co oznacza, iż Bogusław Śmigiel dysponował zaświadczeniem spełniającym wymogi w przetargu organizowanym przez 14 WOG. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, iż oba przetargi toczyły się niemal równolegle i nic nie stało na przeszkodzie, aby w ofercie składanej do 14 WOG w Poznaniu dołączyć nie tylko to samo zaświadczenie z ZUS, ale również to samo zaświadczenie z US.

Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty oraz udział w postępowaniu przetargowym, stara się zrobić to jak najrzetelniej i najdokładniej, tak, aby zmaksymalizować swoje szanse na zwycięstwo. Trudnym do zrozumienia i wytłumaczenia pozostaje więc postępowanie Bogusława Śmigiel, który mając duże doświadczenie związane z udziałem w przetargach publicznych i samodzielnym prowadzeniem działalności gospodarczej (pierwsza działalność ww. przedsiębiorcy została zarejestrowana w 1993 roku), będąc w posiadaniu wymaganych do udziału w przetargu dokumentów, przedstawia inne, niewłaściwe - powodujące wykluczenie jego oferty. Takie zachowanie świadczy o zamierzonej próbie uchylecia się od zawarcia umowy, w celu umożliwienia zwycięstwa innemu uczestnikowi przetargu, tj. Konsorcjum firm (MEGATHERM oraz Przemysław Śmigiel), którego oferta była kolejną najkorzystniejszą wybraną przez Zamawiającego.

Ad. b)

Okolicznością wskazującą na współdziałanie przedsiębiorców w toku przetargu jest również upoważnienie przez Bogusława Śmigiel do odbioru zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z dnia 20 sierpnia 2015 r. swoich przetargowych konkurentów, tj. synowej - Anny Śmigiel (udziałowca większościowego w spółce MEGATHERM sp. z o.o.), Tomasza Ways (Prezesa Zarządu MEGATHERM sp. z o.o.) oraz syna - Przemysława Śmigiel (Przedsiębiorstwo

Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu), dowód: karta nr 444. Twierdzenia Bogusława Śmigla zawarte w stanowisku wobec ocen zawartych w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów jakoby osoba przygotowująca wniosek do Urzędu Skarbowego w Opolu skopiowała bez zastanowienia treść wniosku pochodzącego z wcześniejszych czasów, a w rzeczywistości nie miał on zamiaru upoważniania ww. osób jako całkowicie gołosłowne uznać należy za niewiarygodne. Ponadto, ocenę tę uzasadnia fakt, iż wniosek o wydanie zaświadczenia składany jest na jednostronicowym formularzu, którego stopień skomplikowania, oceniając rzecz rozsądnie, nie wymaga dla jego poprawnego wypełnienia jakiegokolwiek wzorowania się na innym tego rodzaju wniosku. Poza bowiem danymi wnioskodawcy należy wpisać cel złożenia wniosku i ewentualnie, do wyboru wnioskodawcy, osoby upoważnione do odbioru zaświadczenia.

Nie bez znaczenia pozostaje także data, w której Bogusław Śmigiel złożył ww. wniosek, tj. 20 sierpnia 2015 roku. W dniu 19 sierpnia 2015 roku zostały bowiem ogłoszone wyniki przetargu, a wezwanie do uzupełnienia braków Zamawiający (14 WOG w Poznaniu) wystosował do Bogusława Śmigla dopiero 25 sierpnia 2015 roku. Wyjaśniając przyczyny takiego postępowania, w piśmie z dnia 26 września 2016 roku [dowód: karty nr 87 oraz 19 (SIWZ)], Bogusław Śmigiel stwierdził, co następuje: *Wystąpiłem z wnioskiem do Urzędu Skarbowego o wydanie zaświadczenia, ponieważ otrzymałem informację od Zamawiającego, o wybraniu mojej oferty jako najkorzystniejszej, a w związku z tym, iż Zamawiający w treści SIWZ wymógł na wykonawcach zabezpieczenia nienależytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny oferty, wystąpiłem do kilku banków i towarzystw ubezpieczeniowych z wnioskiem o takie zabezpieczenie. Zostałem przy tym poinformowany, że do przyznania takiego zabezpieczenia niezbędne jest dołączenie bieżących zaświadczeń z Urzędu Skarbowego, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy też informację o zgromadzonych w banku środkach. Dlatego też wystąpiłem do tych instytucji z wnioskiem o wydanie zaświadczeń. W piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r., w którym Bogusław Śmigiel odnosił się do szczegółowego uzasadnienia zarzutów wskazał ponadto, że biorąc udział w różnych przetargach, nigdy nie płacił zabezpieczenia gotówką, lecz korzystał z gwarancji ubezpieczeniowej. Powyższe wytłumaczenie jest jednak o tyle mało wiarygodne, że 2% ceny oferty to kwota wynosząca 7.446,42zł, co w kontekście przychodów Bogusława Śmigla za ostatnie trzy lata obrotowe poprzedzające datę udziału w przetargu, będącego przedmiotem niniejszej sprawy, wynoszących (usunięto)zł (dochód za lata 2013 i 2014 - (usunięto)zł, rok 2015 - brak danych) stanowi kwotę niewielką. Tym bardziej nieprawdopodobną jest sytuacja, w której przedsiębiorca o tak wysokich dochodach, występujący z przetargu z ofertą na kwotę prawie 400 tys. zł, musi występować do banków i towarzystw ubezpieczeniowych o udzielenie zabezpieczenia dla kwoty nie przekraczającej 7,5 tys. zł. Niezależnie od tego Bogusław Śmigiel nie zaoferował żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń.*

Powyższa okoliczność wskazuje na to, że Bogusław Śmigiel wiedział, że złożona przez niego w przetargu oferta zawiera błędy. Założył także, że po sprawdzeniu jego oferty przez pozostałych uczestników przetargu (posiadających wiedzę o tym, jakich „błędów” powinni szukać w aktach) zostanie on wezwany do uzupełnienia braków na podstawie ustawy p.z.p.

Sama treść wezwania wystosowanego przez 14 WOG w Poznaniu nie pozostawia wątpliwości dotyczących tego, jakiego zaświadczenia oczekiwał Zamawiający (dowód: karty nr 276-276).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 28 sierpnia 2015 roku, Bogusław Śmigiel przedłożył do 14 WOG w Poznaniu zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z 20 sierpnia 2015 roku. Zasady racjonalności oraz logiki życiowej kazały wątpić w to, że w wygranym przetargu, którego wartość sięgała niemal 400 tys. zł, Bogusław Śmigiel - przedsiębiorca z ponad 20-letnim doświadczeniem, nie zadał sobie trudu przeczytania ze zrozumieniem treści wezwania, które otrzymał od Zamawiającego. Wskazane wyżej pismo w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje bowiem, że wnioskowane zaświadczenie winno być wystawione nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert i nie później, niż w dniu, w którym ww. upływał, tj. 30 lipca 2015 roku.

Powyższe fakty w porządku chronologicznym przedstawiają się zatem następująco:

- Bogusław Śmigiel posiada wymagane w przetargu organizowanym przez 14 WOG zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, ale celowo do swojej oferty załącza inne - starsze, które nie spełnia wymogów ustawy p.z.p.,
- po otrzymaniu zawiadomienia o zwycięstwie w przetargu, wiedząc że przedstawiciel spółki MEGATHERM przejrzy jego ofertę i wskaże Zamawiającemu brak właściwego zaświadczenia, Bogusław Śmigiel występuje do Urzędu Skarbowego o wydanie nowego zaświadczenia. Ponieważ działa w porozumieniu z pozostałymi uczestnikami przetargu (tj. Konsorcjum firm), upoważnia odbioru zaświadczenia swojego syna, synową i Prezesa Zarządu ww. spółki,
- zgodnie z założeniami Bogusława Śmigiel, 14 WOG w Poznaniu wzywa go - jako zwycięskiego oferenta, do przedstawienia wymaganego przepisami p.z.p. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach wystawionego nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz nie później, niż 30 lipca 2015 roku,
- Bogusław Śmigiel, w odpowiedzi na wezwanie z 25 sierpnia 2015 roku (skan powyżej), przedkłada do 14 WOG zaświadczenie z 20 sierpnia 2015 roku, które nie spełnia wymagań określonych przepisami p.z.p.
- oferta Bogusława Śmigiel zostaje wykluczona z przetargu. Przetarg wygrywa Konsorcjum firm, tj. MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław.

Ad. c)

Podstawę domniemania zмовы przetargowej stanowi również całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami - powiązania gospodarcze, organizacyjne i rodzinne.

Po raz kolejny podkreślenia wymaga, iż Bogusław Śmigiel jest ojcem Przemysława Śmigla oraz teściem Anny Śmigiel, posiadającej 99% udziałów w spółce MEGATHERM sp. z o.o. Przemysław Śmigiel, mąż Anny Śmigiel, był do dnia 29 lipca 2015 roku Prezesem Zarządu MEGATHERM Sp. z o.o., aktualnym Prezesem ww. spółki jest natomiast Tomasz Ways, którego Bogusław Śmigiel upoważnił (razem z Anną Śmigiel i Przemysławem Śmigiel) do odbioru w Pierwszym Urzędzie Skarbowym w Opolu zaświadczenia potwierdzającego brak zaległości podatkowych, o które został wezwany w dniu 25 sierpnia 2015 roku przez 14. WOG w Poznaniu. Zwraca przy tym uwagę powołana wcześniej argumentacja Bogusława Śmigiel jakoby osoba przygotowująca wniosek do Urzędu Skarbowego w Opolu o wydanie tego zaświadczenia skopiowała bez zastanowienia treść wniosku pochodzącego z wcześniejszych czasów. Jeśli bowiem rzeczywiście Bogusław Śmigiel już wcześniej upoważniał wszystkie ww. osoby do odbioru zaświadczeń, to oznacza to, iż współpraca pomiędzy stronami niniejszego postępowania nie dotyczyła li tylko przetargu organizowanego przez 14 WOG.

Szczególnie znaczący w kontekście powiązań gospodarczych pomiędzy stronami postępowania zdaje się być fakt, że MEGATHERM sp. z o.o. wystąpiło w konsorcjum z Bogusławem Śmiglem, w przetargu, którego organizatorem było Muzeum Państwowe w Oświęcimiu, a przedmiotem sprzątanie ww. obiektu w latach 2013-2016. W konsorcjum tym Bogusław Śmigiel był partnerem, a w konsekwencji wystawił na rzecz MEGATHERM sp. z o.o. 39 faktur VAT na łączną kwotę (usunięto)zł brutto (dowód: karta nr 449). Pierwsza faktura została wystawiona 31 stycznia 2013 roku, a ostatnia 30 listopada 2016 roku. Oznacza to, iż w trakcie składania ofert na udział w przetargu nieograniczonym na *Usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu*, czyli 30 lipca 2015 roku, Bogusław Śmigiel pozostawał ze swoim konkurentem przetargowym, tj. spółką MEGATHERM, należącą do jego synowej, w stałych i długoterminowych stosunkach gospodarczych, z których czerpał znaczne korzyści finansowe. Powyższe przeczy zaś w sposób oczywisty oświadczeniu Bogusława Śmigla o tym, iż *nie posiada z synem żadnych bliższych relacji i nie utrzymują ze sobą kontaktu, zaś ich rodziny również nie utrzymują ze sobą bliskich relacji*.

Powyższe okoliczności świadczą o istnieniu pomiędzy przedsiębiorcami złożonych powiązań gospodarczych, organizacyjnych i rodzinnych, które wskazują na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych. Powiązania te zapewniały nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert. Rozważając te okoliczności łącznie i uwzględniając dodatkowo wskazane już zachowanie Bogusława Śmigiel należy wyprowadzić wniosek, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także że w ramach wyżej opisanego przetargu, zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności („wycofanie” oferty poprzez skompletowanie jej w sposób sprzeczny z ustawą prawo zamówień publicznych oraz nieuzupełnienie jej braków, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów oraz istniejące między nimi powiązania), pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez Bogusława Śmigiel oraz konsorcjum firm MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Przemysław Śmigiel, zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powyższe prowadzi zatem do konkluzji, że w opisanych przetargach strony postępowania występowały jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Strony postępowania w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowywaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes Urzędu nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zmowy przetargowej.

Powyższej oceny w żaden sposób nie podważają twierdzenia Bogusława Śmigiel wskazujące na brak interesu MEGATHERMU sp. z o.o. oraz Przemysława Śmigiel w zawarciu porozumienia w związku z niższym faktycznym zyskiem członków Konsorcjum pomimo wyższej o 35.793 zł ceny zaoferowanej w przedmiotowym przetargu od ceny zaproponowanej przez Bogusława Śmigiel. Niższy zysk, zdaniem Bogusława Śmigiel, miał wynikać z różnej formy opodatkowania członków Konsorcjum i Bogusława Śmigla. Przedstawione wyliczenia, tak w piśmie z 8 grudnia 2016 r., jak i w piśmie z 12 czerwca 2017 r. są jednak całkowicie niewiarygodne. Po pierwsze, Bogusław Śmigiel przedstawia jedynie końcową wartość faktycznego zysku własnego oraz członków Konsorcjum, nie podając metodologii, którą posłużył się dokonując obliczeń, ani też wartości kosztów, którą przyjął. Po drugie, przedstawione wyliczenie w rażący sposób odbiega od zakładanego zysku, który wskazany został w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 r., kierowanym do 14 WOG w Poznaniu w odpowiedzi na zarzuty zaoferowania ceny rażąco niskiej w zakresie zadania 1. W piśmie tym Bogusław Śmigiel podał wartość zysku na poziomie 6.949,80 zł, podczas gdy w piśmie z 12 czerwca 2017 r. zysk ten wylicza na kwotę 95.800,20 zł (*dowód: karta 26*). Na marginesie, taki poziom zysku przy zaoferowanej kwocie wynagrodzenia za zadanie 1 w wysokości 128.781,00 zł sam w sobie jest wysoce nieprawdopodobny. Po trzecie wreszcie, łączna kwota faktycznego zysku, którą za obydwa zadania wyliczył Bogusław Śmigiel to 276.970,20 zł jest wielokrotnie wyższa od kwoty odszkodowania w postaci utraconego zysku (34.500 zł) jakiego domaga się on do 14 WOG w Poznaniu we wniosku o zawezwanie tego podmiotu do próby ugodowej (*dowód: karty 633-635*).

Niezależnie od tego wymaga podkreślenia, iż Bogusław Śmigiel ani w postępowaniu wyjaśniającym, ani w postępowaniu antymonopolowym nie wyjaśnił przyczyn przedłożenia nieprawidłowego zaświadczenia. W toku postępowania antymonopolowego natomiast prezentował stanowisko kwestionujące zasadność wezwania go do doręczenia zaświadczenia już po zawiadomieniu go w dniu 19 sierpnia 2015 r. o wyborze oferty, a w ostatecznym rachunku bezprawność odrzucenia jego oferty. W konsekwencji, złożył wniosek o zawezwanie 14 WOG w Poznaniu do próby ugodowej. To stanowisko i te działania Prezes Urzędu ocenia jako czynione na użytek niniejszego postępowania i wsparcia tezy, iż Bogusław Śmigiel był żywotnie zainteresowany uzyskaniem zamówienia 14 WOG. Przemawia za tym fakt, iż w toku procedury przetargowej, względnie bezpośrednio po jej zakończeniu

Bogusław Śmigiel nie podjął żadnych działań w celu wzruszenia czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Działania takie, w postaci wniosku o zawezwanie do próby ugodowej zostały podjęte dopiero w marcu 2017 r., kiedy Bogusław Śmigiel otrzymał wezwanie od Prezesa Urzędu m.in. o wskazanie, jakie kroki podjął w związku z zasygnalizowanym w piśmie z 8 grudnia 2016 r. nieprawidłowym przebiegiem postępowania (*dowód: karty 427 - 428*). Dlatego Prezes Urzędu nie uwzględnił wniosku Bogusława Śmigiel o zobowiązanie Zamawiającego do sprecyzowania z jakich przyczyn wybrał ofertę Konsorcjum.

W przeciwieństwie do stanowiska Bogusława Śmigiel, o braku zmowy przetargowej nie świadczy także fakt, iż odpowiedział on na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie wobec zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny za realizację zadania 1. Przedstawiając swoje wyjaśnienia Bogusław Śmigiel nie mógł przecież wiedzieć, czy pozostali oferenci przedłożą swoje wyjaśnienia w tym zakresie oraz czy ich treść zostanie uznana za właściwą przez Zamawiającego. Wymaga nadto podkreślenia, iż w zakresie zadania 1 oferty Bogusława Śmigiel (na kwotę 128.781,00 zł) oraz Konsorcjum (na kwotę 144.648,00 zł) były rozdzielone ofertą PW KRISS Krzysztof Śliwiński z Niemodlina (na kwotę 132.102,00 zł), który również został wezwany o przedstawienie wyjaśnień wobec zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji złożenie wyjaśnień przez Bogusława Śmigiel było racjonalne albowiem umożliwiało mu albo pozyskanie zamówienia w przypadku, gdyby PW KRISS przekazał odpowiednie wyjaśnienia, albo doprowadzenie do odrzucenia własnej oferty na rzecz Konsorcjum w przypadku, gdyby PW KRISS tego nie uczynił i oferta tego przedsiębiorcy zostałaby odrzucona.

5. Stosowanie praktyki

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

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

Analizując kwestię, czy porozumienie zostało zaniechane czy trwa nadal, trzeba rozróżnić sam fakt zawarcia porozumienia od jego wykonywania. Praktyka trwała bowiem tak długo, jak długo postępowanie nie zostało zakończone, a zamawiający podjął decyzję co do udzielenia zamówienia i faktycznie go udzielił (zawarł odpowiednią umowę z przedsiębiorcą będącym zwycięzcą przetargu, tj. Konsorcjum firm - Przemysławem Śmigłem i MEGATHERM sp. z o.o.).

W dniu 1 września 2015 roku, komisja przetargowa wybrała zwycięskie oferty dla zadań nr 1 i 2 oraz zawiadomiła uczestników przetargu o tym, że zwyciężyła oferta Konsorcjum firm. Ostatecznie, w dniu 21 września 2015 roku zostały zawarte umowy nr 24/w/2015 (zadanie nr 1) oraz 25/w/2015 (zadanie nr 2) na wykonanie *Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez 14 WOG w Poznaniu* pomiędzy 14 WOG w Poznaniu, a Konsorcjum firm.

W tych okolicznościach należy przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 21 września 2015 roku. Uczestnicy porozumienia zrealizowali bowiem swój cel, tj. poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania przetargowego, doprowadzili do wyboru tego z ww. przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu, który zaoferował najwyższą cenę, tj. Konsorcjum firm.

6. Umożenie postępowania w zakresie zarzutu dot. Bogusława Śmigiel

Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję toczy się z udziałem podmiotów mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Przedmiotem zarzutu w niniejszym postępowaniu antymonopolowym jest zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Zgodnie zaś z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez porozumienia rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, a także uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Należy wskazać więc, że przepisy ww. ustawy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorców, a zatem ostatecznie podmiotem, który uzyskuje status strony, może być przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec którego wszczęto postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Stosownie do treści art 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem przedsiębiorcy rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie natomiast z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć osobę fizyczną osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy).

W niniejszej sprawie postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczeni usług obsługi kotłowni zostało wszczęte wobec trzech przedsiębiorców, w tym wobec Bogusława Śmigiel.

Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych w ustawie, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Stosownie do art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przesłanka bezprzedmiotowości, o której mowa w art. 105 § 1 k.p.a., występuje wtedy, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jednocześnie wskazać należy, że bezprzedmiotowość postępowania wynikać może także wyłącznie z przyczyn podmiotowych (np. śmierć strony, ustanie bytu prawnego osoby prawnej).

Bogusław Śmigiel prowadził działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław Śmigiel Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „ŚMIGIEL” w Opolu. W toku postępowania ustalono, że zaprzestał jej prowadzenia z dniem 31 grudnia 2016 roku, a w dniu 8 lutego 2017 roku nastąpiło wykreślenie wpisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. Do dnia wydania niniejszego pisma Bogusław Śmigiel nie dokonał ponownego wpisu potwierdzającego prowadzenie działalności gospodarczej.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Bogusław Śmigiel utracił status przedsiębiorcy w rozumieniu powołanego wyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym nie może być on stroną postępowania i adresatem decyzji.

Z ustaleń dokonanych w przedmiotowym postępowaniu wynika, iż przesłanka umorzenia postępowania powstała w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym. Postępowanie przed Prezesem Urzędu zostało wszczęte w dniu 10 listopada 2016 roku, a wykreślenie wpisu Bogusława Śmigiel z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nastąpiło z dniem 8 lutego 2017 roku.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że postępowanie niniejsze powinno zostać, na podstawie art. 105 §1 k.p.a., umorzone w części, tj. w stosunku do Bogusława Śmigiel, gdyż stało się w tym zakresie bezprzedmiotowe.

7. Kara pieniężna

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

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

W niniejszym postępowaniu, na podstawie dokumentów przedstawionych przez strony postępowania, jako podstawę obliczenia kary przyjęto obrót za rok 2015, tj. rok, w którym przypisana MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przemysławowi Śmigiel praktyka była stosowana.

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

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

Prezes Urzędu, decydując o wymiarze kary pieniężnej ma obowiązek uwzględnić w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia i działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.).

Wskazać przy tym należy, iż pod względem szkodliwości (natury) naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia:

- bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku),
- naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe

wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów) oraz

- naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

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

Natura naruszenia skutkuje wysokością kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary, jako baza do dalszych wyliczeń kształtuje się dla poszczególnych naruszeń następująco:

- powyżej 1%, jednak nie więcej niż 3% obrotu w przypadku naruszeń bardzo poważnych,
- powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1% obrotu w przypadku naruszeń poważnych,
- powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2% obrotu w przypadku naruszeń pozostałych.

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

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

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (ustalona na podstawie (usunięto) % przychodu/obrotu w zł)
1	MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu	usunięto
2	Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu	usunięto

Prezes Urzędu wziął pod uwagę specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, a w szczególności strukturę rynku właściwego, na którym doszło do zawarcia porozumienia. Przede wszystkim Prezes Urzędu uwzględnił okoliczność, iż rynek świadczenia usług obsługi kotłowni jest rynkiem, na którym występują małe bariery wejścia i na którym funkcjonuje bardzo duża liczba przedsiębiorców.

Z drugiej strony, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, iż porozumienie między stronami zostało wprowadzone w życie, a także że wywarło negatywne skutki na rynku. W wyniku porozumienia wykonawcy, tj. Konsorcjum firm oraz Bogusław Śmigiel, nie tylko uzgadniali ceny oferowane w przetargu, ale także uzgodnili i koordynowali swoje zachowania w trakcie trwania postępowań dot. zamówienia publicznego doprowadzając do wyboru przez Zamawiającego oferty Konsorcjum firm.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku, działaniem stron postępowania oraz skutkami rynkowymi postanowiono na tym etapie kalkulacji nie zmieniać kwoty wyjściowej wskazanej powyżej.

W rozpatrywanej sprawie Prezes Urzędu, miarkując karę wziął pod uwagę również fakt, iż **porozumienie trwało krócej niż rok**, nie było więc długotrwałe, **a jego był ustał przed wszczęciem postępowania**.

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął także pod uwagę ustawowo określone okoliczności łagodzące oraz obciążające, które wystąpiły w sprawie.

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

Ponadto, ustalając wysokość kar pieniężnych bierze się również pod uwagę okoliczności obciążające, które wystąpiły w sprawie. Wśród zamkniętego katalogu takich okoliczności, w art. 111 ust. 4 pkt 1 u.o.k.k., wymienia się rolę lidera lub inicjatora porozumienia ograniczającego konkurencję (ewentualnie nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu), przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców lub osób w celu wprowadzenia w życie lub kontynuowania naruszenia, jak również umyślność naruszenia oraz dokonanie podobnego naruszenia po raz kolejny.

Zdaniem Prezesa Urzędu **zawarte porozumienie miało charakter umyślny**. Zostało ono bowiem zawarte w określonym celu, który został osiągnięty. Strony, którym postawiono zarzut w postanowieniu o wszczęciu postępowania, świadomie podjęły działania zmierzające do osiągnięcia celu.

Zachowań wykonawców w postępowaniu przetargowym nie można uznać za niezamierzone, czy pozbawione określonego planu. Zważywszy, że dotyczy to przedsiębiorców, którzy nie rozpoczynają działalności gospodarczej, ale funkcjonują na rynku od kilku lat i brali udział w postępowaniach przetargowych co najmniej kilkakrotnie, trudno przyjąć, iż podejmowane przez strony działania i czynności miały charakter nieświadomy, czy przypadkowy.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przestanki zawinienia, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć⁶. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenia zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają charakter umyślny.

Powyższa ocena wynika przede wszystkim z faktu, że w przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych

⁶ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁷ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym zamówienia byli świadomi, iż prowadzone jest ono w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w ustawie p.z.p. (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy).

Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt XVII Ama 106/08) stwierdził, iż *Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania.*

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

Tak więc, uwzględniając wymienioną okoliczność obciążającą, w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców (tj. MEGATHERM sp. z o.o. oraz Przemysława Śmigiel) postanowiono zwiększyć kwoty kar o 10 % w stosunku do kwoty ustalonej na poprzednim etapie.

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

1. MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, **karę pieniężną** w wysokości 42.083,38 zł płatną do budżetu państwa,
2. Przemysława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Przemysław z siedzibą we Wrocławiu, **karę pieniężną** w wysokości 36.944,13 zł płatną do budżetu państwa.

Wysokość ww. kar pieniężnych mieści się w granicach (**usunięto**) - w przypadku MEGATHERM sp. z o.o. - oraz (**usunięto**) - w przypadku Przemysława Śmigiel - wysokości maksymalnej kary jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie.

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

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

8. Koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu

postępowania administracyjnego, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w kwocie 49,80 zł w odniesieniu do MEGATHERM sp. z o.o. oraz w kwocie 42 zł w odniesieniu do Przemysława Śmigiel, a więc w odniesieniu do każdej ze stron postępowania, wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

9. Pouczenia

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

NBP O/O Warszawa Nr 51101010100078782231000000

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

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 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 Poznaniu, 61-851 Poznań, ul. Zielona 8.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie IV 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 Poznaniu, 61-851 Poznań, ul. Zielona 8.

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