

Sygn. akt *XVII AmA 28/14*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Maria Witkowska

Protokolant: sekretarz sądowy Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania **Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)** w Z.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych:

**A. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą (...)**  
w Z.

**J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)**  
w Z.

**(...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...)) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.**

**o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję**

oraz

sprawy z odwołania **(...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...)) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych:

**Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)** w Z.

**A. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą (...)** w Z.

**J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)** w Z.

**o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję**

na skutek odwołania **Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)** w Z. oraz **(...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...)) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.** od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2013 roku Nr (...)

1) *oddala odwołania,*

2) *zasądza od (...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) z siedzibą w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego,*

3) *zasądza od Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w Z. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.*

SSO Maria Witkowska

**Sygn. akt XVII AmA 28/14**

## UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 30 grudnia 2013 r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. Z. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(…) D. i A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(…) D., uczestnikami konsorcjum: lider Z. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(…) D. i partner A. W., (...), (...)-(…) D.,

a

2. J. J. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą J. Z. (...), (...)-(…) D. i „(...)” Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., uczestnikami konsorcjum: lider J. J. (1), (...), (...)-(…) D. i partner (...) Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.,

polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego organizowanego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w K., na usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu uczestników konsorcjum: lidera J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(…) D. i partnera Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i wygranie przetargu przez uczestników konsorcjum: lidera Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(…) D. i partnera A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(…) D., oferujących wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu,

i stwierdził jej zaniechanie z dniem 30 października 2012 r.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) nałożył za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7. ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, kary pieniężne w następującej wysokości:

1) na Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(…) D., karę pieniężną w wysokości 31.217 zł,

2) na A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(…) D., karę pieniężną w wysokości 7.681 zł,

3) na J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(…) D., karę pieniężną wysokości 15.460 zł,

4) na (...) Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., karę pieniężną wysokości 77.199 zł.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć:

1. Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(…) D., kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 17,10 zł w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

2. A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(…) D., kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 11,40 zł w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

3. J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(…) D. kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 22,70 zł w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

4. (...) Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej, na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 11,40 zł w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Od przedmiotowej Decyzji odwołanie wniósł Z. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...) w Z., zarzucając oparcie Decyzji na domniemaniach i fakcie rodzinnego powiązania uczestników porozumienia. Z. J. zarzucił również, iż Decyzja została wydana w oparciu o treść wyroków innych Sądów, jak też, iż wymierzono nią kary pieniężne pomimo uznania zaniechania praktyk dnia 30 października 2012 r. Biorąc powyższe pod uwagę wniósł o „anulowanie” Decyzji w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Powód wskazał, że nie było uzgodnień zachowania przed przetargiem, w szczególności nie było spotkań tego typu ani przed przetargiem ani później. Z. J. przyznał, że łączą go więzy rodzinne z uczestnikami domniemanego porozumienia, aczkolwiek stosunki są ograniczone do współpracy, rodzina działa jako konkurencja na rynku. Powód wywiódł, że nie jest zgodne z prawem nałożenie kary po 14 miesiącach od zaniechania praktyki, ani powoływanie się w uzasadnieniu Decyzji na inne orzeczenia Sądów, gdyż niniejszą sprawę należy rozpatrywać indywidualnie.

Odwołanie wniósł także (...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) z siedzibą w K., zaskarżając Decyzję w części, w której odnosi się ona do Skarżącego, tj. w punkcie I.2, II.4 oraz III.4. Powód wniósł przy tym jednocześnie o:

1. zmianę Decyzji w całości i orzeczenie co do istoty poprzez:

a) stwierdzenie, że Skarżący nie dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję i nie naruszył zakazu przewidzianego w art. 6 ust. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. nie brał udziału w porozumieniu polegającym na uzgadnianiu warunków ofert składanych w ramach przetargu publicznego organizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w K., na usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016, oraz

b) odstąpienie od wymierzenia Skarżącemu kary pieniężnej,

2. na wypadek nie uwzględnienia żądania z pkt 1 wniósł o uchylenie Decyzji w części odnoszącej się do Skarżącego, tj. w punkcie I.2, II.4 oraz III.4 i przekazanie sprawy do ponownego rozstrzygnięcia w tym zakresie Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

3. zasądzenie od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych,

4. wstrzymanie wykonania zaskarżonej Decyzji w stosunku do Skarżącego do czasu rozstrzygnięcia sprawy.

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił naruszenie:

1) przepisu art. 233 kpc w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji sprzeczność istotnych ustaleń Organu z materiałem dowodowym, polegającą na przyjęciu, że Skarżący wiedział o uczestnictwie pana Z. J. w przetargu oraz, że w konsekwencji Skarżący brał udział w „zmowie przetargowej”;

2) przepisu art. 231 kpc w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, tj. błędne i niczym nieuzasadnione wyprowadzenie wniosku o uczestnictwie Skarżącego w „zmowie przetargowej” z Uczestnikami postępowania z faktów takich jak wspólne uczestnictwo we wcześniej organizowanych przetargach.

W zakresie postępowania dowodowego powód wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodu z powołanych w niniejszym odwołaniu dokumentów na okoliczności przy nich wskazane;

2) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Skarżącego - a w jej imieniu pana K. J. na okoliczność przebiegu ocenianego przetargu; dopełnienia przez Skarżącego wszelkich ciążących na nim w związku z udziałem w przetargu obowiązków; rodzaju kontaktów Skarżącego z pozostałymi Uczestnikami postępowania; braku korzyści dla Skarżącego z odrzucenia oferty przez niego złożonej w ramach konsorcjum;

3) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka D. O. na okoliczność przebiegu ocenianego przetargu; dopełnienia przez Skarżącego wszelkich ciążących na nim w związku z udziałem w przetargu obowiązków; rodzaju kontaktów Skarżącego z pozostałymi Uczestnikami postępowania; braku korzyści dla Skarżącego z odrzucenia oferty przez niego złożonej w ramach konsorcjum.

Powód wywiódł, iż biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw dla twierdzenia, że uczestnicząc w ocenianym przetargu brał udział w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub w jakikolwiek inny sposób stosował praktyki ograniczające konkurencję. Wskazał, iż w dobrej wierze złożył w ramach konsorcjum ofertę z zamiarem wygrania przetargu. Ponadto

dopełnił wszelkich formalności wymaganych przez zamawiającego organizującego przetarg, w tym dostarczył liderowi konsorcjum wszelkie wymagane dokumenty. Stąd zarząd powoda, ani żaden jego pracownik nie ponosi jakiegokolwiek odpowiedzialności za fakt, że dostarczone liderowi konsorcjum dokumenty nie zostały ostatecznie przedłożone zamawiającemu. Powód dodał, że nie odniósł jakiegokolwiek korzyści z faktu odrzucenia złożonej przez niego w ramach konsorcjum oferty. Podniósł, iż nie przesądza o istnieniu bądź nieistnieniu „zмовы przetargowej” pomiędzy członkami rodziny J.. Jako pewne wskazał natomiast, że ustalone w sprawie fakty świadczą jedynie o tym, że w przypadku faktycznego istnienia takiej zмовы, Skarżący był jedynie jej ofiarą lub co najwyżej narzędziem a nie uczestnikiem.

### **Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:**

Z. J. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...) w Z. nr (...), (...)-(...) D., a jego główną działalność stanowi działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod (...) (...)). Działalność tą prowadzi od 07 grudnia 1992 r. (dowód: karta nr 235 akt adm.). Z. J. jest właścicielem czterech ciągników, czterech kosiarek oraz mniejszego sprzętu do koszenia traw i wycinania odrostów (dowód: karty nr 11-12 akt adm.). Z. J. jest ojcem J. J. (1), A. W., P. J. i E. J. (dowód: karta nr 412 akt adm.).

Na terenie województwa (...) Z. J. uczestniczył między innymi w następujących przetargach:

- w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w W. na roboty i usługi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012 -2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 13 kwietnia 2012 r. a zakończony w dniu 15 czerwca 2012 r.), w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w W., który to przetarg wygrał po wykluczeniu z przetargu przedsiębiorcy J. J. (1) oferującego niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyną wykluczenia z przetargu było nieuzupełnienie zgłoszenia o wymagane (aktualne) dokumenty i zaświadczenia (dowód: karty nr 375-378 akt adm.),
- w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w O. na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w O. w latach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 11 czerwca 2012 r. a zakończony w dniu 24 sierpnia 2012 r.), który to przetarg wygrał po wykluczeniu z przetargu przedsiębiorcy P. J. oferującego niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyną wykluczenia z przetargu było nieuzupełnienie zgłoszenia o wymagane dokumenty i zaświadczenia (dowód: karty nr 379-383 akt adm.).

Z. J. posiada wieloletnie doświadczenie w uczestnictwie w przetargach organizowanych na tego rodzaju usługi, na co wskazuje jego uczestnictwo w następujących przykładowych przetargach:

- w przetargu publicznym organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w Ł., na usługi w zakresie czystości na drogach i obiektach mostowych, zadrzewienia przydrożnego i koszenia traw, chwastów i odrostów krzaków z pasa drogowego w ciągach dróg krajowych nr (...), (...) w latach 2009-2012, który to przetarg wygrał (dowód: karta nr 240 akt adm.).
- w przetargu publicznym ogłoszonym w kwietniu 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. na „Wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w W. z podziałem na 19 zadań”, (dowód: karty nr 344-350 akt adm.).

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (obecnie (...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) udzieliło Z. J. wielokrotnie „Zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego”, choćby w przetargach w 2012 r.:

- w przetargu organizowanym przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w R.,
- w przetargu organizowanym przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w Ł.,

- w przetargu organizowanym przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w O. (dowód: karta nr 101, 103, 106, 130 akt adm.).

A. W. prowadzi działalność gospodarczą w Z. nr (...), (...)-(…) D., a przeważającą część jej działalności stanowi „Pozostałe sprzętanie (kod (...) (...)). Wykonuje również „działalność usługową wspomagającą produkcję roślinną (kod (...) (...)). Działalność tą prowadzi od 23 maja 2011 r. (dowód: karta nr 242 akt adm.). A. W. jest właścicielem dwóch ciągników marki N. (...), kosiarek i kos ręcznych (dowód: karty nr 32-33 akt adm.). A. W. jest siostrą J. J. (1) i córką Z. J..

A. W. uczestniczyła w przetargu publicznym organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych nr (...) administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w R. w latach 2012 - 2016, - przetarg nr (...) (przetarg został ogłoszony w dniu 28 maja 2012 r. a zakończony w dniu 10 sierpnia 2012 r.), którego to przetargu nie wygrała na skutek wykluczenia z powodu nieuzupełnienia dokumentacji przetargowej o wymagane aktualne dokumenty (dowód: karta nr 32 akt adm.). Przetarg wygrał P. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. J., (...), (...)-(…) D., oferujący wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu (dowód: karty nr 384-387 akt adm.).

W przetargu tym, na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w R. „Zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego” A. W. udzieliło (...). Również w tym przetargu (...) udzieliła takiego samego zobowiązania przedsiębiorcy P. J., bratem A. W. (dowód: karta nr 101, 102, 104 akt adm.).

J. J. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(…) D., a jej główną część stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod (...) (...)). Działalność tę prowadzi od 16 maja 2006 r. (dowód: karta nr 223 akt adm.). J. J. (1) jest właścicielem pięciu ciągników, czterech kosiarek oraz mniejszego sprzętu w tym kos spalinowych. J. J. (1) jest synem Z. J., bratem A. W. (dowód: karta nr 45- 46, 412 akt adm.).

J. J. (1) zobowiązywał się do udzielenia wiedzy i doświadczenia A. W. w przetargu na „roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w R. (dowód: karta nr 403 akt adm.).

J. J. (1) uczestniczył wraz ze Z. J. w przetargu publicznym organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w O., na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w O. w latach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 11 czerwca 2012 r. a zakończony w dniu 24 sierpnia 2012 r.), z którego to przetargu został wykluczony z powodu nieuzupełnienia wymaganych informacji i dokumentów, co skutkowało wygraniem przetargu przez Z. J. oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu (dowód: karty nr 379-383 akt adm.).

J. J. (1) posiada wieloletnie doświadczenie w zachowaniu w przetargach organizowanych przez zarządy dróg i GDDKiA (k.45- 46, 58- 69 akt adm.), na co wskazuje jego uczestnictwo (między innymi) w następujących przetargach:

- w przetargu zorganizowanym w 2009 r. przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w W. w zakresie zlecenia „koszenie traw, chwastów i odrostów na poboczach dróg wojewódzkich z podziałem na 14 zadań”, w którym część z jego ofert została wybrana jako najkorzystniejsza (dowód: karty nr 351-360),
- przetargu publicznym ogłoszonym w kwietniu 2012 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W., na „Wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w W. z podziałem na 19 zadań”, (dowód: karty nr , 74-79, 344-350).

W przetargach tych J. J. (1) składał prawidłowo sporządzone oferty.

J. J. (1) wielokrotnie zwracał się do (...) o udzielenie potencjału technicznego zarówno dla siebie, ale także pozostałych członków rodziny, w tym Z. J. i A. W., pozostając w kontakcie z kierownikiem ds. sprzątania i terenów zielonych w firmie (...) D. O. (k. 85-111, 125- 130 akt adm.). J. J. (1) podał D. O. numer faksu (...) oraz adres firmowy J. J. (1), (...), (...)-(…) D. celem przesłania podpisanego zobowiązania (dowód: karta nr 85 akt adm). W zamian (...) była zainteresowana podwykonawstwem (k. 89 akt adm.).

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (zw. (...)) jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS: (...) (dowód: kara nr 268- 271 akt adm.). Podstawowym przedmiotem działalności Spółki jest gospodarka odpadami. Spółka działa na rynku odpadów komunalnych uczestnicząc między innymi w przetargach na tego rodzaju usługi. Świadczenie usług utrzymania w czystości dróg i mostów oraz utrzymania zieleni przydrożnej jest działalnością dodatkową, prowadzoną między innymi ze względu na posiadanie przez Spółkę sprzętu do wykonywania części tych usług. Obecnie Spółka działa pod firmą (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (dowód: karta nr 58- 65 akt sąd., karta nr 81- 83 akt adm.).

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawarło w dniu 11 maja 2009 r. i 15 lutego 2010 r. umowę podwykonawstwa z konsorcjum, w którego skład weszli: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Przedsiębiorstwo (...) w K. i Przedsiębiorca J. J. (1), dotyczącą usługi „Utrzymania czystości oraz estetyki na odcinkach dróg krajowych przebiegających przez miasta - zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pkt 11.1. - Zadanie (...) w K.-miasta: (...),1 km; (...),4 km, (...),3 km; A. 1,7 km; (...),4 km” (dowód: karty nr 161-168, 171-178 akt adm., karta nr 121 akt sąd.).

(...) udzielał Z. J., J. J. (1), A. W. „Zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego” w różnych przetargach (dowód: karta nr 97, 99, 101 akt adm.).

W dniu 16 lipca 2012 r. (data ogłoszenia na stronie internetowej i w siedzibie GDDiK Oddział w Ł., Rejon w K.) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. ogłosiła przetarg na usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Rejon w K. w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013 -2016. Natomiast specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 19 lipca 2012 r.

Przedmiotem niniejszego przedmiotu przetargu były wymagania dotyczące wykonania i odbioru usług polegających na bieżącym utrzymaniu czystości i estetyki pasa drogowego oraz zieleni przydrożnej oraz utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich (mostach, wiaduktach i przepustach o średnicy od 1,5m) w następujących sortymentach:

- sprzątanie pasa drogowego i obiektów mostowych,
- mycie znaków i urządzeń w pasie drogowym i na obiektach mostowych,
- utrzymanie zieleni przydrożnej,
- czyszczenie elementów obiektów inżynierskich.

Oferty do ww. przetargu miały zostać złożone w siedzibie GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. pod adresem: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Ł. Rejon w K. ul. (...)(...), pokój nr (...), w terminie do 05 września 2012 r. do godz. 10:00 (dowód: karta nr 187 akt adm.).

W warunkach przetargu GDDKiA Oddział w Ł. określiła oświadczenia i dokumenty, jakie mieli dostarczyć przedsiębiorcy - wykonawcy usługi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Wśród wskazanych oświadczeń i dokumentów wyliczono między innymi: aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że przedsiębiorca nie zalega z opłaceniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; zaświadczenie właściwego zakładu ubezpieczeń społecznych potwierdzające, że przedsiębiorca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania oferty; aktualny odpis z właściwego rejestru, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania oferty (dowód: karta nr 193- 194 akt adm.).

Kontakt przed i podczas przetargu pomiędzy (...) a J. J. (1) był prowadzony głównie drogą mailową z komputera pracownika (...) D. O..

W dniu 19 lipca 2012 r. J. J. (1) zwrócił się w e-mailu do D. O. pracownika spółki (...) z prośbą o zobowiązanie do udzielenia potencjału technicznego dla firm: P. Z. (...), (...)-(...) D., Usługi (...) (...), (...)-(...) D., J. Z. (...), (...)-(...) D. przesyłając w załączeniu przygotowane dokumenty zobowiązań i informując, „jeśli mógłby Pan nam udzielić takich zobowiązań byłbym wdzięczny” (k. 125, k. 127-130 akt adm.) Jednocześnie sformułował w nim zapytanie: „Nie wiem czy Pan widział GDDKiA K. ogłosiło też przetarg na bieżące utrzymanie dróg. Czy wy jesteście zainteresowani kontynuacją prac, które wykonujecie dotychczas (utrzymanie czystości w miastach )?” ( k. 125 akt adm.).

W odpowiedzi D. O. w e-mailu z dnia 20 lipca 2012 r. skierowanym do J. J. (1) wyraził zainteresowanie oraz wolę wzięcia udziału w przetargu dla GDDKiA w K. i jednocześnie poinformował, że „zobowiązania postaram się załatwić dzisiaj” (k. 110 akt adm.). W tym też dniu drogą mailową przesłał w załączeniu zobowiązania zgodnie z obietnicą (k. 112 akt adm.).

Do przetargu przystąpiło konsorcjum lidera Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D. występującego wraz z partnerem A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(...) D. (umowa konsorcjum karty nr 42-43 akt adm., umowa o wykonanie robót zawarta między uczestnikami konsorcjum karta nr 44 akt adm.). W przetargu wzięło udział również konsorcjum, jakie stworzył lider J. J. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. Z. (...), (...)-(...) D. i partner „(...)” Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.. (...) udzielił J. J. (1) pełnomocnictwa do dokonywania wszelkich czynności wynikających z ogłoszenia ww. zamówienia publicznego w zakresie określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zw. SIWZ), przepisach ustawy prawo zamówień publicznych w tym:

1. składania i przyjmowania oświadczeń woli, skompletowania, podpisania i złożenia Zamawiającemu dokumentów przetargowych, w tym oferty przetargowej wraz z załączonymi oświadczeniami i innych załączników oraz dokumentów,
2. wniesienia wadium,
3. potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów oferty stanowiących kopię.

Jednocześnie członkowie konsorcjum ustalili, że ich odpowiedzialność względem Zamawiającego jest solidarna i wspólna (dowód: karta nr 155 akt adm.).

Dnia 24 sierpnia D. O. przesłał J. J. (1) emailem kosztorys z wstępną wyceną (k.115-118 akt adm.), natomiast w dniu 31 sierpnia 2012 r. dokumenty wymagane w przetargu, które okazały się nieaktualne (dowód: karty nr 84, 119-124, 131-135, 169- 170, 312-327 akt adm., karta 98 akt sąd.).



W związku z powyższym, w dniu 04 września 2012 r. drogą mailową (...) przekazała J. J. (1) „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości” z dnia 30 sierpnia 2012 r. oraz „Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek” z dnia 03 września 2012 r. (dowód: karty nr 131- 135, 328-331 akt adm., karta 98-99, 122 akt sąd.).

Oryginały ww. dokumentów (...) miały być odebrane i przekazane przez Z. J. (k.169- 170 akt adm.). Ostatecznie po odbiór dokumentów stawili się Z. J. i J. J. (1) (dowód karty nr. 401- 402 akt adm., dowód: zeznania świadka D. O. karta 98v i 99 akt sąd. i zeznania Prezesa Zarządu w Spółce (...) Sp. z o.o. K. J. podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2016 r. - czas nagrania 00:25:28 do 00:25:31 i 00:28:03 do 00:28:28).

Do dnia 05 września 2012 r. do godz. 10:00 wpłynęło 5 ofert. Były to oferty złożone przez:

1. Zakład Usług (...), ul. (...) w Ł., który zaoferował wykonanie usługi w cenie brutto 3 435 219,00 zł,
2. Konsorcjum: lider: Z. J. prowadzący działalność gospodarczą Usługi (...), (...), (...)-(...) D. i partner A. W., (...), (...)- (...) D., które zaoferowało wykonanie usługi w cenie 3 247 020,00 zł (dowód karty nr 226-245 akt adm., uzupełnienie oferty karty nr 246-250 akt adm.),
3. Konsorcjum: lider: J. J. (1), (...), (...)-(...) D. i partner (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., które zaoferowało wykonanie usługi w cenie 2 993 367,00 zł (dowód karty nr 252-277 akt adm.),
4. Zakład Usługowy (...), (...)-(...) Z., który zaoferował wykonanie usługi w cenie 3 446 904,00 zł,
5. Konsorcjum: lider: Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „(...)” B. W., ul. (...), K. i partner Zakład Usługowo - Produkcyjny (...), (...), (...)-(...) Ż., które zaoferowało wykonanie usługi w cenie 4 064 559,90 zł.

(dowód: karty nr 184-190, 288-289 akt adm.).

Na otwarcie ofert w dniu 05 września 2012 r. w siedzibie GDDKiA Oddział w Ł., Rejonu w K. stawili się:

1. G. S. - Przedstawiciel Zakładu Usługowego (...).
2. S. P. (1) - przedstawiciel Zakładu Usług (...). i S. P..
3. B. W. - przedstawiciel - konsorcjum: PHU (...) i (...) R. K..
4. Z. J. - przedstawiciel konsorcjum Usługi (...) i A. W. (dowód: karta nr 196 akt adm.).

GDDiK Oddział w Ł. Rejon w K. w trakcie badania oferty konsorcjum: J. J. (1) i (...) stwierdził, że w ofercie występują wadliwe dokumenty lub brakuje następujących dokumentów:

- wypisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dla J. J. (1), został wygenerowany 23 lutego 2012 r., czyli wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert,

- zaświadczenia potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłaceniem podatków wystawione przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego, wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

- zaświadczenia potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne właściwego zakładu ubezpieczeń społecznych, wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

- informacji banku, że J. J. (1), posiada środki finansowe w wysokości wymaganej przez zamawiającego.

(dowód: karta nr 197 akt adm.).

W dniu 10 września 2012 r. GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. wezwał lidera konsorcjum J. J. (1) o uzupełnienie złożonej oferty o ww. aktualne dokumenty i zaświadczenia (dowód: karta nr 201 akt adm.).

W dniu 11 września do godz. 14:00 J. J. (1) złożył wymagane dokumenty, najpierw przesłał je faksem, później dostarczył na piśmie. Były to:

- zaświadczenie potwierdzające, że (...) nie zalega z opłaceniem podatków, wystawione przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego 30 maja 2012 r.,
- zaświadczenie potwierdzające, że (...) nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne właściwego zakładu ubezpieczeń społecznych, które zostało wystawione 22 maja 2012 r.,
- informacja banku, który prowadził rachunek J. J. (1), potwierdzająca posiadanie środków finansowych w wysokości wymaganej przez zamawiającego, która została wystawiona w dniu 11 września 2012 r.,
- wydruk z CEIDG aktualny.

(dowód: karta nr 194, 197, 200- 207 akt adm.).

W dniu 08 października 2012 r. GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. poinformował wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do ww. przetargu na świadczenie usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z informacji tej wynikało, że ww. przetarg wygrało konsorcjum: lider: Z. J. prowadzący działalność gospodarczą Usługi (...), (...), (...)-(...) D. i partner A. W., (...), (...)-(...) D.. Oferta powyższego wykonawcy zawierała cenę brutto w wysokości 3 247 020,00 i uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. 100 punktów (dowód: karta nr 192 akt adm.).

Z przetargu zostało wykluczone między innymi konsorcjum: lider: J. J. (1) i partner (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., oferujące najniższą oferowaną cenę usługi. Przyczyną wykluczenia było złożenie nieaktualnego zaświadczenia (...) dotyczącego niezalegania z opłaceniem podatków, wystawionego wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz nieaktualnego zaświadczenia potwierdzającego niezaleganie z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania oferty. Ponadto podstawą wykluczenia był fakt przekazania informacji banku na temat posiadanych przez Przedsiębiorcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości wymaganej przez zamawiającego, wystawionej po upływie terminu składania ofert (dowód: karty nr 193- 199 akt adm.).

Dnia 29 i 30 października 2012 r. J. J. (1) pertraktował z (...) odnośnie warunków umowy na wykonanie przez Spółkę części usług będących przedmiotem przetargu wygranego przez konsorcjum (...) (dowód: karty nr 136- 154 akt adm.).

W dniu 30 października 2012 r. została podpisana umowa przez GDDKiA Oddział w Ł. ze Z. J. na wykonanie usługi będącej przedmiotem ocenianego przetargu (dowód: karta 412 akt adm.).

W dniu 02 listopada 2012 r. doszło do spotkania Z. J. z J. J. (1) i (...) (w spotkaniu uczestniczył zarząd (...) oraz kierownik ds. sprzątnięcia i pielęgnacji terenów zielonych D. O.) w celu omówienia warunków umowy podwykonawstwa (dowód: karty nr 157-158 akt adm.).

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. w dniu 06 listopada 2012 r. zawarła umowę podwykonawstwa ze Z. J. na wykonywanie usług bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 (dowód: karty nr 332-341 akt adm., karta 123 akt sąd.).

Bank (...) Oddział w P. oświadczył, że na życzenie klienta banku zaświadczenia posiadania środków finansowych na koncie są wydawane niezwłocznie tego samego dnia lub na drugi dzień (dowód: karta nr 392 akt adm.).

Udział procentowy sprzedaży (...) dot. usług będących przedmiotem przetargu do całości sprzedaży Spółki w 2012 wyniósł: 2,9%.

Przychód Z. J. za 2012 r. wyniósł (...) zł (dowód: karta nr 290, 414, 417 akt adm.).

Przychód J. J. (1) za 2012 r. wyniósł (...) zł (dowód: karta nr 296 akt adm.).

Przychód A. W. za 2012 r. wyniósł (...) zł (dowód: karta nr 302, 404 akt adm.).

Przychód (...) za 2012 r. wyniósł (...) zł (dowód: karta nr 307, 342, 393 akt adm.).

Powyższy stan faktyczny został ustalony przez Sąd w oparciu o dowody zgromadzone w toku postępowania administracyjnego i sądowego, których moc dowodowa nie była kwestionowana przez strony.

Sąd dopuścił dowód z zeznań świadka D. O. pracownika (...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) z siedzibą w K. oraz z zeznań Prezesa Zarządu tej Spółki K. J. w charakterze strony powodowej, albowiem mieli oni wiedzę na temat przebiegu przetargu, działań uczestników postępowania przetargowego, które było przedmiotem dociekań Prezesa UOKiK, a także mogli zdać relację o postawie Spółki w przetargu i ze zdarzeń mających miejsce już po ogłoszeniu jego wyników.

Sąd uznał za niewiarygodne zeznania wyżej wymienionych w zakresie braku wiedzy odnośnie prowadzenia oddzielnych firm przez J. J. (1) i Z. J., bezinteresownego udzielania ww. potencjału technicznego, gdyż przeczy temu treść e-maili wymienianych między podmiotami. Nie przekonały Sądu również ich zeznania odnośnie negatywnej oceny zachowania J. J. (1), który nie uzupełnił dokumentów przetargowych, ponieważ Spółka nie wyciągnęła żadnych konsekwencji z niefrasobliwego zaniechania współkonsorcjanta, którego nie można było inaczej tłumaczyć, jak tylko celowym postępowaniem, a sama osiągnęła istotną korzyść, za cenę której zaakceptowała poczynania J..

Sąd uznał za wiarygodne powoływane przez Sąd zeznania D. O. i K. J. odnośnie kontaktów z J. i Z. J., scedowania na J. J. (1) dokonywania czynności w przetargu, gdyż występował on w charakterze lidera konsorcjum oraz wynikającej z tego faktu bierności Spółki, aczkolwiek przy zastrzeżeniu, że zdanie się wyłącznie na lidera nie może wskazywać na obdarzenie go tak daleko idącym zaufaniem, skoro jak zeznał K. J. nie było jakichkolwiek kontaktów zarządu Spółki z J., powiązań towarzyskich, czy biznesowych.

### ***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:***

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie, gdyż Decyzja jest słuszna i nie ma podstaw do jej uchylecia.

O możliwości zastosowania przez Prezesa UOKiK działań na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przesądzało w niniejszej sprawie istnienie interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Jak wynika z powołanego przepisu, ochronie podlega konkurencja, jako instytucja, proces lub mechanizm właściwy dla gospodarki rynkowej, jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki, przez co jednocześnie zabezpieczone zostają interesy przedsiębiorców w tym zakresie. Przedmiotem ochrony konkurencji jest skuteczna i wolna konkurencja. Ochrona ta podejmowana jest jednakowoż tylko w interesie publicznym, wyłączone są działania popierające interesy indywidualne. Konkurencję należy rozumieć szeroko jako proces rynkowej rywalizacji samodzielnych przedsiębiorców. Przetarg na usługi stanowić może zatem również pole walki konkurencyjnej przedsiębiorców celem uzyskania zamówienia na świadczenie usług wykonywanych za wynagrodzeniem.

Wolnej konkurencji nie powinny ograniczać porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w zмовach przetargowych, w ramach których dochodzi do ustalenia zachowania negującego autonomiczne działanie konkurentów, co wpływa niekorzystnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu oraz stawia w gorszym położeniu samodzielnych konkurentów. Poza tym, za sprawą zмов przetargowych zazwyczaj

dochodzi do niekorzystnego rozporządzenia środkami publicznymi, a przynajmniej narażenia na straty ogółu społeczeństwa, jak w przypadku przetargu publicznego organizowanego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w K. na usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016. Skoro bowiem niniejsza sprawa dotyczy zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję poprzez uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania w ww. przetargu organizowanym przez GDDKiA w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej, umożliwiających wykluczenie z przetargu uczestników konkretnego konsorcjum, które złożyło najniższą cenę ofertową, należy uznać, iż został naruszony interes publicznoprawny polegający na uzyskaniu optymalnych warunków wykonania usługi zgodnych z warunkami panującymi na rynku, co uzasadnia ocenę zachowania powodów w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rygorom prawa antymonopolowego podlega działalność Z. J. i Przedsiębiorstwa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. – obecnie (...) Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością także z tego względu, że są oni przedsiębiorcami. Artykuł 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera definicję „przedsiębiorcy”, pod pojęciem którego rozumie się m.in. przedsiębiorcę w ujęciu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Z kolei w świetle art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 02 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. 672 j.t. ze zm.) przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Natomiast wymienieni Przedsiębiorcy prowadzą we własnym imieniu działalność zarobkową w sposób zorganizowany i ciągły, Z. J. w oparciu o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, a powodowa Spółka jako wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców. Tym samym bez wątplenia podmioty te posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przechodząc zatem do istoty zarzucanej powodom zakazanej praktyki, przytoczenia wymaga art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przepis ten zakazuje dokonywania uzgodnień we wszystkich przetargach, bez względu na status organizatora przetargu (oblata), przedmiot przetargu, czy charakter zamówienia - publiczny (obligatoryjny), czy prywatny (fakultatywny) (tak również K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, UOKiK. Komentarz, s. 289; M. Król-Bogomilska, Zwalczenie, s. 339; P. Semeniuk, Polskie zmony, s. 54) [Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz do art. 6, 2014, pod red. prof. dr hab. T. S.]. Ponadto zakazuje uzgodnień dotyczących warunków składanych ofert, uzgodnionych przed przystąpieniem do przetargu i jego rozstrzygnięciem, natomiast "nieistotne jest, czy stronom uda się wpłynąć na wynik przetargu" (wyr. SN z 14.1.2009 r. o sygn. III SK 26/08, OSNP 2010/13-14/179). Wystarczającym jest zatem cel przedsiębiorców w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przy czym rynek ten prawidłowo określony został w niniejszej sprawie jako krajowy rynek usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych, a jego zakres nie był kwestionowany.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na definicję porozumień, przez które w myśl art. 4 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Udowodnienie dopuszczenia się zmony przetargowej nie jest jednak łatwe. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 09 sierpnia 2006 r. o sygn. III SK 6/06 (OSNP 2008/1-2/25), przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe, „Co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut, jednak udowodnienie tych

praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c.". Sąd Najwyższy podniósł, że w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe – a niekiedy nawet konieczne – jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiejkolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest zatem ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań.

W niniejszej sprawie właśnie wobec braku bezpośrednich dowodów wprost wskazujących na jawną zmwę dokonaną przez Z. J. i Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przystępujących do przetargu publicznego organizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w K., na usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016, odnośnie warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu uczestników konsorcjum: lidera J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1) w Z. i partnera Przedsiębiorstwo (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i wygranie przetargu przez uczestników konsorcjum: lidera Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), w Z. i partnera A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W. w Z., oferujących wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu, potrzebne jest posłużenie się domniemaniem faktycznym uregulowanym w art. 231 kpc. Sąd może bowiem przyjąć domniemanie faktyczne tylko wtedy, gdy brak bezpośrednich środków dowodowych, ponieważ domniemanie to pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. (zob. wyrok SN z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00, Lex nr 54362).

Prawidłowo skonstruowane domniemanie faktyczne ułatwia zatem dowód wniosku domniemania, gdyż dopuszcza udowodnienie tylko jego podstawy. W orzecznictwie podkreślono, że fakt domniemany nie wymaga ani twierdzenia, ani dowodzenia, natomiast twierdzenia i dowodzenia wymagają fakty składające się na podstawę faktyczną domniemania. Przyjmuje się, że przy konstruowaniu domniemania faktycznego, obok zasad logiki, istotną rolę odgrywają zasady doświadczenia. Domniemanie faktyczne nie powinno być sprzeczne z tymi zasadami (zob. wyrok SN z dnia 22 stycznia 1998 r., II UKN 465/97, OSNP 1999, nr 1, poz. 24; postanowienie SN z dnia 17 października 2000 r., I CKN 1196/98, Lex nr 50829).

W przypadku przedmiotowej sprawy bazą dla wnioskowania są powiązania osobowe, powiązania gospodarcze i miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, a przede wszystkim postępowanie uczestników przetargu.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że pomiędzy stronami postępowania Z. J., J. J. (1) i A. W. występują więzy pokrewieństwa. Z. J. jest ojcem J. J. (1) i A. W.. Od momentu rozpoczęcia działalności gospodarczej do czasu wszczęcia postępowania antymonopolowego Z. J., A. W. i J. J. (1) prowadzili działalność gospodarczą pod tym samym adresem, dlatego zamawiającemu w przetargu, tj. GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. wskazali wspólną siedzibę mieszczącą się w Z. nr(...), (...)-(...) D. (k. 187 akt adm.). Dodatkowo znaczącym jest, że Przedsiębiorcy, posiadając ułatwiony kontakt z uwagi na miejsce działalności, świadczyli jednocześnie usługi podobnego typu na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych. Występowali w tych samych przetargach, wspomagając się wzajemnie. Przykładowo w przetargu organizowanym przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w R., J. J. (1) udzielił wsparcia A. W. (k. 403 akt adm.). Poza tym J. J. (1), korzystając ze znajomości z Przedsiębiorstwem (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z racji tego, że Spółka wykonywała roboty jako podwykonawca dla konsorcjum, w którego skład wchodził w latach 2009 i 2010 (k. 161, 171 akt adm.), występował do Spółki, aby wystawiała zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego (k. 98v akt sąd.) nie tylko jemu, ale również pozostałym członkom rodziny startującym w przetargach, w tym Z. J. i A. W. (k. 96- 107, 125- 130 akt adm.). Wprawdzie, jak zeznał pracownik (...) D. O. zobowiązanie zostało wydane, gdyż poprosiła o to spółka (...) lider ww. konsorcjum, dla którego (...) wykonywał roboty jako podwykonawca (k. 98v akt sąd.), ale wymienione konsorcjum współtworzył także J. J. (1). Z ramienia (...) z J. J. (1) kontaktował się więc D. O. – kierownik ds. sprzętania i terenów zielonych. Z e-maili wysyłanych przez J. J. (1) do tego pracownika (...) wynika, że zapytania,

bądź dalsze zapytania o udzielenie potencjału były kierowane bezpośrednio przez J. J. (1), bez pośrednictwa spółki (...). Z kolei zgody (...) nie były wydawane wyłącznie bezinteresownie i grzecznościowo, gdyż z treści korespondencji e-mailowej wynika, że w zamian za udzielenie zobowiązań do udzielenia potencjału technicznego Spółka (...) oczekiwała korzyści w postaci zlecenia jej świadczenia usług jako podwykonawca, ponieważ zajmowała się również sprzątnięciem i utrzymaniem terenów zielonych (k. 87-92 akt adm.).

Wystosowane przez J. J. (1) e-maile w tym przedmiocie, a konkretnie załączniki świadczą, że zobowiązania były odrębne dla każdej z działalności i miały zostać udzielone oddzielnie. Z tego choćby powodu jasnym było, że Z. J. jak i J. J. (1) prowadzą różne firmy. Zresztą w jednym z e-maili J. J. (1) wprost podał, że chodzi o udzielenie zobowiązań „dla różnych działalności” (k. 101 akt adm.). W e-mailu tym zawarty jest też istotny przekaz kierowany do (...) przez J. J. (1), mianowicie ten ostatni podaje, że zobowiązania mają dotyczyć dwóch postępowań i różnych działalności, tak by „mieli możliwość wyboru”. Wskazuje to na współpracę podmiotów i wykorzystywanie zobowiązań w zależności od potrzeb. Jednocześnie cała wspomniana korespondencja e-mailowa świadczy o kooperacji podmiotów jeszcze przed zakwestionowanym przetargiem ogłoszonym przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K., jak również tuż po jego ogłoszeniu. W tych okolicznościach uznanie za prawdziwe twierdzeń Spółki, że nie wiedziała o istnieniu dwóch odrębnych firm należących do J. J. (1) i Z. J. byłoby nieuzasadnione, albowiem nie znajdują one oparcia w materiale dowodowym sprawy. Jeśli bowiem wielokrotnie pracownik (...) przesyła w imieniu Spółki zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego dla każdego z wymienionych przedsiębiorców, to nielogiczne i nieracjonalne byłoby przyjęcie, że Spółka nie wiedziała, że wymienieni przedsiębiorcy działają odrębnie.

W tej sytuacji nie budzi wątpliwości, że dotychczasowe stosunki ww. podmiotów zaważyły na wystąpieniu przez nie w przetargu publicznym organizowanym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w K., na usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 w ramach utworzonych konsorcjów, po to aby zebrać odpowiednie zaplecze techniczne, wykazując posiadanie środków, narzędzi adekwatnych dla wykonania usługi, będącej przedmiotem przetargu i spełnić wymagania zamawiającego. I tak Z. J. prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D. wystąpił jako lider konsorcjum stworzonego z A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...), (...)-(...) D., natomiast J. J. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. Z. (...), (...)-(...) D. został liderem konsorcjum założonym z „(...)” spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K..

Mimo, że wymienione cztery podmioty występowały w ww. przetargu w ramach innych konsorcjów współdziałały w dalszym ciągu razem. D. O. z ramienia spółki (...) razem z J. J. (1) konsultował ofertę przetargową - kosztorys inwestorski, o czym świadczy korespondencja e-mailowa zgromadzona przez Prezesa UOKiK. Prezes powodowej Spółki (...) zeznał, iż „ofertę przygotowali J., a my daliśmy to co miał dać członek konsorcjum” (k. 122 akt sąd.). W oparciu o te zeznania można wysnuć wniosek, że J. J. (1) znał ofertę Z. J. i opracował ofertę nieznacznie różniącą się od oferty ojca, który oferował wyższe ceny. J. J. (1) miał zatem wiedzę, że oferta konsorcjum, którego był liderem będzie ofertą lepszą od oferty Z. J. lidera konsorcjum zawartego z A. W., bo podającą niższe ceny dla zamawiającego. W dniu 31 sierpnia 2012 r. (...) wysłał drogą e-mailową J. J. (1) jako liderowi dokumenty potrzebne do przetargu w postaci zaświadczenia potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłaceniem podatków, wystawione przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego 30 maja 2012 r. oraz zaświadczenia potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne właściwego zakładu ubezpieczeń społecznych, które zostało wystawione 22 maja 2012 r. (k. 312- 327 akt sąd.). Po weryfikacji okazało się, że potrzebne są aktualne zaświadczenia, które (...) wstępnie przesłał drogą e-mailową w dniu 04 września 2012 r. Konkretnie chodzi o „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości” z dnia 30 sierpnia 2012 r. oraz „Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek” z dnia 03 września 2012 r. (k. 328- 331 akt adm.), tak więc były to właściwe dokumenty, zgodnie z wymaganiem przetargu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert przypadającym 05 września 2012 r. Natomiast aktualne dokumenty w wersji papierowej potrzebne do złożenia kompletnej oferty przetargowej (...) miał przekazać Z. J. (k. 98 akt sąd.), pomimo, że Spółka, jak już wyżej Sąd podniósł, musiała posiadać wiedzę o odrębności jego działalności, gdyż wystawiała zobowiązania do udzielenia potencjału technicznego oddzielnie dla działalności J. J. (1) i działalności Z. J.. W ocenie Sądu, nie jest normalnym działaniem rynkowym przekazywanie

dokumentów firmowych innym przedsiębiorcom do tego prowadzącym konkurencyjną działalność - wiadomym Spółce było, że Z. J. brał udział w przetargach na roboty i usługi w przedmiocie bieżącego utrzymania dróg i mostów w zakresie czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych, bo zwracano się do (...) o udzielenie potencjału firmie (...) na te roboty (k. 96-97 akt adm.). Jak wynika z materiału dowodowego, przekazanie dokumentów ostatecznie odbyło się przy udziale Z. J. i J. J. (1), gdyż przybyli razem do (...). Sąd uznał przy tym za wiarygodne zeznania D. O. (k. 99 akt sąd.) oraz K. J. (zeznania podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2016 r. - czas nagrania 00:25:28 do 00:25:31 i 00:28:03 do 00:28:28) w zakresie osobistego odbioru dokumentów przez J. J. (1) i Z. J., gdyż korespondują między sobą. Obydwoje zeznali, że do Spółki przybyli wspólnie, przy czym K. J. przekonująco parokrotnie stwierdził, pamiętając dane zdarzenie, że ojciec stał się wraz z synem. Sytuacja ta pokazuje, że Z. J. był poinformowany o działaniach podejmowanych przez swoich formalnych konkurentów w przetargu, a nawet miał samodzielnie dokonywać czynności w zastępstwie J. J. (1) – odebrać i złożyć w GDDKiA dokumenty (...) wymagane do przetargu. Ponadto o koordynacji działań uczestników przetargu świadczą zeznania świadka D. O., zajmującego się przetargiem z ramienia (...), który zeznał, iż „Wszystkie trzy spotkania przed przetargiem Z. J. i J. J. (1) byli zawsze razem we dwóch u nas w spółce.” Dalej D. O., zeznawał: „Miałem kontakt z panami J. i Z. J., zauważyłem, że pan Z. z panem J. występowali razem, mieli wspólny interes do załatwienia”. Tym „wspólnym interesem” w ocenie Sądu było doprowadzenie do wygrania przetargu przez konsorcjum (...).

Właściwy komplet dokumentów nie został jednak przedłożony w postępowaniu przetargowym w dniu 05 września 2012 r., co okazało się po otwarciu ofert i ich ujawnieniu. Wówczas też okazało się, że konsorcjum J. J. (1) i (...) zaoferowało najniższą cenę za usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013- 2016 na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. w wysokości 2 993 367,00 zł. Drugą z kolei najlepszą cenę w kwocie 3 247 020,00 zł zgłosiło konsorcjum (...) (k. 187 akt adm.). W tej sytuacji lider konsorcjum (...) pismem z dnia 10 września 2012 r. został wezwany do uzupełnienia oferty o wcześniej wskazywane aktualne zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Dodatkowo lider miał przedłożyć informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, a także aktualny odpis z odpowiedniego rejestru. Lider otrzymał zatem kolejną możliwość na przedłożenie właściwych dokumentów, ale ponownie nie przedłożył prawidłowych zaświadczeń dotyczących (...) tylko nieaktualne, wysłane mu za pierwszym razem przez Spółkę, nadto załączył informację z banku prowadzącego jego rachunek indywidualny o stanie środków wystawioną niezgodnie z warunkami przetargu po upływie terminu składania ofert bo w dniu 11 września 2012 r. (k. 194, 202 akt adm.), podczas gdy jego bank oświadczył, że na życzenie klienta banku zaświadczenia o posiadania środków finansowych na koncie są wydawane niezwłocznie tego samego dnia lub na drugi dzień (k. 392 akt adm.). Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby takie zaświadczenie zdobył. Podobnie racjonalnym zachowaniem byłoby uzupełnienie oferty o aktualne zaświadczenia dotyczące (...) zwłaszcza, że miał wiedzę, iż oferta reprezentowanego przez niego konsorcjum ma największe szanse na wygranę ze względu na najniższą cenę zaproponowaną przez to konsorcjum. Przy czym złożenie po raz kolejny odrzuconych przez zamawiającego nieaktualnych zaświadczeń nie świadczy o błędzie lidera, gdyż miał on doświadczenie uczestnicząc wielokrotnie w postępowaniach przetargowych, pomyłka jest też wykluczona z tego względu, że J. J. (1) wiedział jakie dokumenty są wymagane, skoro specjalnie po zaświadczenia wystawione w ciągu 3 miesięcy przed terminem składania ofert udał się ze Z. J. do (...). Takie zachowanie należy ocenić jako świadome działanie lidera J. J. (1) i Z. J. (to J. J. (1) ostatecznie złożył dokumenty, pomimo iż odebrał je Z. J.) tym bardziej, że tego rodzaju mechanizm wygrywania przetargów w drodze wykluczenia oferenta składającego najniższą ofertę był mu znany. Przy czym należy podkreślić, że w ocenie Sądu nie było złych relacji rodzinnych jak podnosił Z. J. w postępowaniu przez Prezesem UOKiK (k. 288 akt adm.), twierdząc, iż z tego powodu nie prowadził z synem J. J. (1) żadnych rozmów i ustaleń. Gdyby tak było, to J. J. (1) nie prosiłby (...) o podpisanie zobowiązania do udzielenia potencjału dla Z. J., a J. J. (1) nie prosiłby ojca o odebranie z (...) dokumentów wymaganych do przetargu.

Niezrozumiałe, biorąc pod uwagę miernik profesjonalnego Przedsiębiorcy, postępowanie trzeba tłumaczyć wyłącznie w ten sposób, iż jego celem było wykluczenie z przetargu i został on osiągnięty. Natomiast przewidywanym skutkiem takiego zachowania było wybranie drugiej z kolei najbardziej korzystnej oferty, którą była oferta konsorcjum (...) (k.

192- 195, 197 akt adm.). Współdziałanie z konsorcjum Z. J. było zatem opłacalne, gdyż tylko działając w porozumieniu mogli uzyskać wyższą cenę za usługi.

Do przyjęcia, że konsorcjanci ustalili taki schemat działania przekonuje też okoliczność, że jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego metoda taka była już stosowana w rodzinie J.. W wymienionych bowiem w stanie faktycznym przetargach dochodziło do wykluczenia jednego z członków rodziny J. biorących udział w przetargach na rzecz innego. Przykładowo Z. J. wygrał w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w W. na roboty i usługi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012-2016 w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w W., po wykluczeniu z przetargu J. J. (1) oferującego niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyną wykluczenia z przetargu było w tym wypadku nieuzupełnienie zgłoszenia o wymagane (aktualne) dokumenty i zaświadczenia (k. 375-378 akt adm.). Z kolei w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Rejon w O. na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w O. w latach 2013-2016, Z. J. wygrał po wykluczeniu z przetargu przedsiębiorcy P. J. oferującego niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Przyczyną wykluczenia z przetargu było podobnie nieuzupełnienie zgłoszenia o wymagane dokumenty i zaświadczenia (k. 379-383 akt adm.). Analogiczna sytuacja miała zatem miejsce w niniejszym przypadku przetargu organizowanego przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K..

Zmowy przetargowej nie dopuścili się jednak tylko Przedsiębiorcy będący członkami rodziny, ale również postępowanie (...) wskazuje na uczestnictwo w tym porozumieniu. Ze zgromadzonego materiału, w tym z zeznań świadka i strony powodowej złożonych w sprawie nie wynika, aby Spółka zażądała udzielenia informacji dotyczących udziału konsorcjum w przetargu i postępów toczącego się postępowania przetargowego. Jak podał K. J., zarząd nigdy się nie dowiedział, że konsorcjum zostało wezwane do złożenia aktualnych dokumentów (k. 122 akt sąd.). Wprawdzie J. J. (1) jako lider reprezentował konsorcjum, jednakże wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, ustanawiając pełnomocnika, nie wyzbywają się prawa do osobistego działania ( Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, LEX ). Zgodnie z przyjętym orzecznictwem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest konsorcjum ani lider konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum ( wyrok SN z dnia 13 października 2011 r. V CSK 475/10 LEX nr. 1108492, postanowienie SN z dnia 27 maja 2010 r., postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 (...) LexPolonica nr. 2308170 oraz z dnia 18 listopada 2008 r. (...). ). Tymczasem Spółka prawa handlowego (...) osiągająca około 30- krotnie większy przychód co jej lider, prowadzący działalność gospodarczą jako osoba fizyczna, pozostawiła czynności w przetargu tylko w jego gestii, nie kontrolując zupełnie jego poczynania. Nie była zainteresowana treścią ofert konkurentów biorących udział w przetargu, pomimo, iż w oparciu o art. 86 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Spółka (...) jako wykonawca biorący udział w przetargu nieobecny przy otwarciu ofert, mogła złożyć wniosek do GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. o przekazanie informacji dotyczących innych oferentów biorących udział w przetargu i zaproponowanych przez nich warunków wykonania zamówienia i cen. Wprawdzie przychód z wykonania usług będących przedmiotem przetargu nie byłby duży w kontekście przychodów Spółki oscylujących w granicach 30 mln zł, to jednak, jak zeznał D. O. pracownik Spółki każdy przetarg się liczył (k. 99 akt sąd.). Roztropny Przedsiębiorca nie marnowałby zatem szansy na podpisanie umowy z racji wygranego przetargu opiewającej na kwotę około w sumie 3 mln zł, mimo, że usługi miałyby wykonywać wspólnie z J. J. (1). Stąd też nie da się inaczej racjonalnie wytłumaczyć braku reakcji Spółki na wiadomość odnośnie przegrania przetargu ze względu na niedostarczenie aktualnych dokumentów przez J., niż znaną Spółce wcześniejszą obietnicą dalszej współpracy. Wprawdzie D. O. ocenił, że działanie takie było niesolidne (k. 99v akt sąd.), a Prezes Zarządu Spółki K. J. stwierdził, że J. ich okłamał (k. 122 akt sąd.), ale postawa taka ma miejsce post factum, z kolei bezpośrednio po przekazaniu przez J. J. (1) informacji o wykluczeniu z przetargu nie zareagowano w jakikolwiek sposób na poczynania J. J. (1), nie było więc żadnej, nie mówiąc już o adekwatnej reakcji, co zdaniem Sądu może świadczyć jedynie o tym, że Spółka



wiedziała, że współpraca będzie kontynuowała na innej płaszczyźnie. Dowodzi temu późniejsza sekwencja zdarzeń - Spółka w dalszym ciągu współdziałała z J., wykonując usługi, na które rozpisano przetarg, ale jako podwykonawca lidera konsorcjum Z. J..

Sąd zważył, że dalsza współpraca Spółki z konsorcjantami stanowi o zaplanowanej akcji. Zeznający w niniejszej sprawie tłumaczyli, że propozycja podwykonawstwa Spółki dla konsorcjum Z. J., który wygrał przetarg z A. W. pojawiła się dopiero po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty (k. 99v, 122 kat sąd.), jednakże jest to nieprzekonywujące w świetle cytowanych już zeznań Prezesa Spółki (...), że „ofertę przygotowywali J., a my daliśmy to co miał dać członek konsorcjum” ((k.122 akt sąd.)”, natomiast według oferty Z. J. i A. W. nie mogło być mowy o wykonaniu usług przez (...) jako podwykonawcy, gdyż (...) miał wykonywać zadanie jako inny konkurent startujący w przetargu, o czym Z. J. wiedział, czemu dowodzą wcześniej powoływane fakty. Niewątpliwie zapobiegliwy przedsiębiorca przed złożeniem oferty powinien ustalić, kto wykona zadanie, aby był w stanie je zrealizować zgodnie z ofertą. W takim razie konsorcjum Z. J. powinno zarezerwować ewentualnych podwykonawców będących innymi podmiotami niż te, które startują w przetargu. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Należy podkreślić istotny przy tym fakt, że Z. J. nie dysponował odpowiednim sprzętem potrzebnym do realizacji zadania wskazanego w przetargu w postaci zamiatarki mechanicznej samochodowej, o czym świadczy zobowiązanie się przez (...) do oddania do dyspozycji zarówno Z. J. jak i A. W. tego sprzętu. W efekcie więc dla konsorcjum Z. J. usługi jako podwykonawca realizował (...), który wielokrotnie zobowiązywał się do udzielenia mu potencjału technicznego w postaci tego sprzętu, co w sposób logiczny tłumaczy, że takich ustaleń uczestnicy przetargu objęci zaskarżoną Decyzją dokonali wcześniej.

Nie można podzielić zarzutu odwołania (...), że spółka nie uzyskała żadnych korzyści finansowych na skutek odrzucenia jej oferty. Spółka uzyskała bowiem korzyści w postaci wynagrodzenia z tytułu umowy o podwykonawstwie. Wynagrodzenie uzyskane przez Spółkę za podwykonawstwo miało zatem stanowić rekompensatę za utratę zamówienia z powodu wykluczenia z przetargu. Spółka podnosiła wprawdzie, że wygranie przetargu byłoby dla niej bardziej opłacalne, ale należy zauważyć, iż różnica pomiędzy ofertowym wynagrodzeniem za wykonanie prac, a wynagrodzeniem z tytułu podwykonawstwa usług przez Spółkę nie jest znacząca. Mianowicie z kosztorysu umowy nr (...) zawartej w dniu 06 listopada 2012 r. przez Z. J. jako wykonawcę i Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. jako podwykonawcę na wykonywanie usług bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Ł. Rejon w K. w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 (dowód: karty nr 332-341 akt adm.) wynika, że Spółka miała otrzymać 1 096 429,50 zł, aczkolwiek za część prac Spółka miała być odpowiedzialna z J. albo (...). Potwierdzają to zeznania D. O., który podał, że umowa o podwykonawstwo nie dotyczy wszystkich zadań, dlatego zmniejszył się kosztorys (zeznania D. O. podczas rozprawy z dnia 28.10.2015 r. czas od 01:05:52). Gdyby jednak wykonała te same prace w ramach własnego konsorcjum, ale tylko w przypadku samodzielnych prac, uzyskałaby 1 282 101,00 zł (co wychodzi z porównania wartości tych samych pozycji oferty konsorcjum (...) i (...), a kosztorysem do umowy Z. J. z (...)). Tymczasem zgodnie z ofertą Spółka również zakładała delegowanie prac do podwykonania. Powyższe nie potwierdza więc wbrew stanowisku Spółki, iż nie osiągnęła korzyści wskazującej na udział w zmwowie przetargowej.

Jednocześnie znamienne jest też to, że już 29 października 2012 r., czyli jeszcze przed podpisaniem umowy przez GDDKiA ze Z. J., co odbyło się 30 października 2012 r. (k. 412 akt adm.) pertraktowano warunki podwykonawstwa z (...), a dokładnie w rozmowy zaangażowany był J. J. (1), podczas gdy to Z. J. wygrał przetarg (k. 136- 154 akt adm.). Następnie w dniu 02 listopada 2012 r. doszło do spotkania Z. J. z J. J. (1) i (...) (w spotkaniu uczestniczył zarząd (...) oraz kierownik ds. sprzątnania i pielęgnacji terenów zielonych D. O.) w celu omówienia warunków umowy podwykonawstwa (k. 157-158 akt adm.). Jak wskazuje powyższe Z. J. współdziałał każdorazowo z J. J. (1), a (...) akceptował wszelkie uzgodnienia. Nie byłoby tak ścisłych relacji pomiędzy J. i Z. J., gdyby Spółka nie była uczestnikiem zmwowy.

W ocenie Sądu zebrane w niniejszej sprawie dowody pozwalają na przyjęcie, że pomiędzy powodami, a pozostałymi wymienionymi w Decyzji przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia, które miało charakter uzgodnienia, o którym mowa w art. 4 pkt. 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do publicznego przetargu organizowanego przez GDDKiA, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu konsorcjum lidera J. J. (1) i (...) sp. z o.o. aby umożliwić wygraną przetargu przez uczestników konsorcjum lidera Z. J. i partnera A. W., oferujących wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu. Dla każdego z uczestników zmowy przetargowej była ona ekonomicznie uzasadniona. Rekompensatą dla spółki (...) za wykluczenie z przetargu było podpisanie umowy o podwykonawstwie w wygranym zamówieniu przez Z. J., a J. J. (1) mógł liczyć na odwzajemnienie pomocy ze strony Z. J. jako lidera konsorcjum z A. W..

Zachowania stron stanowiące przedmiot niniejszego postępowania nie są prawidłowe w normalnych warunkach rynkowych, w związku z czym zaburzyły konkurencję. Proces konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargu uległ zniekształceniu w wyniku umówionego postępowania przedsiębiorców do niego przystępujących. Członkowie konsorcjów musieli ustalić warunki cenowe swoich ofert, po to, aby w przypadku zgłoszenia dwóch najkorzystniejszych cen mogli zrezygnować z tańszej oferty, która zapewniała im efektywnie mniejsze zyski. Zawarte porozumienie nie zmierzało więc tylko do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale także do przysporzenia korzyści w postaci uzyskania możliwie wysokiej ceny za usługi i cel ten został faktycznie zrealizowany kosztem zamawiającego, który zapłacił wyższą cenę za usługi. Zdaniem Sądu taki wniosek należy wyprowadzić z faktów udowodnionych w niniejszej sprawie, na podstawie art. 231 k.p.c. i w zw. z art. 233 k.p.c.

Reasumując, wobec braku wyłączenia zawartego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję uzasadnionym stało się przyjęcie, że (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Przedsiębiorstwo (...)) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) z siedzibą w K. naruszyli zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nałożone z tego tytułu na powodów kary pieniężne mają oparcie w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a ich wysokość została ustalona zgodnie z dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 111 tej ustawy, biorąc za podstawę przychody powodów osiągnięte w 2012 r.: w wysokości (...) zł uzyskany przez Z. J. oraz w wysokości (...) zł uzyskany przez Spółkę (...).

Sąd miał na uwadze, że udowodnione porozumienie zaliczane jest do tak zwanych najcięższych ograniczeń konkurencji, stąd zastosowanie sankcji finansowych było konieczne, nawet pomimo tego, że okres trwania praktyki nie był długotrwały. Ponadto chociaż rynek, na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynkiem konkurencyjnym, praktyka ma charakter trudno odwracalny, gdyż w następstwie jej stosowania została zawarta przez (...) umowa ze Z. J., a więc doszło do zrealizowania zmowy przetargowej. Jednakże w przypadku (...) udział przychodów z usług w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w całkowitym przychodzie tej spółki jest jednak niewielki (około 2,5 %), wobec tego uwzględniając nawet powyższy fakt należało uznać za uzasadnione obniżenie z tego względu wymiaru kary.

Jeśli chodzi natomiast o umyślność działania uczestników porozumienia wywodzoną przez pozwanego, rację trzeba mu przyznać, iż podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję, stąd nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Nie jest więc możliwe, aby uczestnicy porozumienia nie zdawali sobie sprawy ze swojego zachowania, skutkującego ograniczeniem konkurencji. Prezes zarządu (...) sp. z o.o. (obecnie (...) Centrum sp. z o.o.) zeznał przeciwnie, że uczestniczył w szkoleniach z zakresu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących niedozwolonych porozumień. Ponadto wskazał, że spółka bierze udział w ok. 50-ciu przetargach rocznie. Biorąc więc pod uwagę ich doświadczenie w uczestnictwie w przetargach, a także powiązania zawodowe i ekonomiczne, ich postępowanie świadczy o tym, iż byli oni stronami porozumienia określającego pewną ustaloną taktykę mającą na celu przede wszystkim przyniesienie im maksymalnych korzyści finansowych. Takie zachowanie wskazuje na umyślność działania stron porozumienia. Przy

czym w świetle obowiązujących przepisów prawa nawet nieумыślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorców kary pieniężnej.

W konsekwencji, nałożona na Z. J. kara pieniężna w kwocie 31 217 zł i na Spółkę z o.o. (...) w kwocie 77 199 zł jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie Sądu orzeczone kary są wystarczająco dolegliwe dla przedsiębiorców i spełnią również funkcję represyjną, a jednocześnie będą oddziaływać wychowawczo i prewencyjnie w celu zapobieżenia podobnym naruszeniem przepisów ustawy.

Uznając więc w toku postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu, że Przedsiębiorcy dopuścili się zarzucanego im naruszenia, Prezes UOKiK słusznie zobowiązał ich do poniesienia kosztów postępowania na zasadzie art. 77 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosownie do kosztów, jakie wystąpiły w niniejszej sprawie.

Z tych względów Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wniesione przez powodów odwołania na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. , wobec braku podstaw do ich uwzględnienia.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 98 i 99 k.p.c. stosownie do wyniku sporu.

SSO Maria Witkowska