

Sygn. akt *XVII AmA 54/15*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 maja 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	<i>SSO Małgorzata Perdion-Kalicka</i>
Protokolant –	starszy sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 27 kwietnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **J. Z. (1)**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych K. R. (1) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania J. Z. (1) od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 grudnia 2014 r. Nr (...)

I. oddała odwołanie;

II. zasądza od J. Z. (1) na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt: XVII AmA 54/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 grudnia 2014r. nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako u.o.kik.) zawarcie pomiędzy K. R. (1) prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) w B., a J. Z. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) w B. oraz (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. porozumienia na krajowym rynku świadczenia usług sprzątnia pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszenia pasów drogowych w ramach przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w O., polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny i stwierdził zaniechanie stosowania praktyki z dniem 26 czerwca 2013r.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt. 1 u.o.kik., nałożył na przedsiębiorców uczestniczących w niedozwolonym porozumieniu z tytułu naruszenia zakazu określonego w ww. przepisie kary pieniężnej, przy czym kara nałożona na powoda J. Z. (1) wynosiła 54.246 zł.

Odwołanie od tej decyzji wniósł J. Z. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...), w którym zarzucił zaskarżonej decyzji:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego:

a. art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez uznanie przez Prezesa UOKiK za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez wyprowadzenie takich wniosków z innych ustalonych faktów, podczas gdy ustalone przez Prezesa UOKiK fakty w postaci wyników i przebiegu analizowanych postępowań przetargowych nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że postępowanie uczestników postępowania monopolowego w ramach analizowanych postępowań przetargowych było uprzednio uzgodnione;

b. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.kik. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez dokonanie błędnej interpretacji zebranych dowodów oraz przypisanie im znaczenia, którego owe dowody ze sobą nie niosą, oraz poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, wskutek czego Prezes UOKiK uznał, że uczestnicy postępowania byli stronami porozumienia ograniczającego konkurencję, co stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję, podczas gdy uczestnicy postępowania nie zawarli porozumienia ograniczającego konkurencję i nie dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję;

c. art. 243 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik, poprzez uznanie istotnych dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie okoliczności, w szczególności ustalania, że uczestnicy postępowania uzgadniali treść i warunki składanych ofert oraz sposób postępowania na wypadek różnych wariantów rozstrzygnięcia procedur przetargowych za uprawdopodobnione, podczas gdy brak było podstaw do uznania tych okoliczności za uprawdopodobnione;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a. art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, postępowania uczestników postępowania w ramach przetargów organizowanych przez GDDKiA Oddział w O. za praktykę ograniczającą konkurencję, podczas gdy postępowanie uczestników postępowania w ramach procedur przetargowych nie było przejawem istnienia zмовы przetargowej i w konsekwencji nie stanowiło praktyki ograniczającej konkurencję;

b. art. 106 ust. 1 pkt. 1 oraz art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie na uczestników postępowania kary pieniężnej za naruszenia zakazu określonego w art. 6 uokik, podczas gdy brak było podstaw do przyjęcia, że uczestnicy postępowania dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję.

W związku ze stawianymi zarzutami strona powodowa wносиła o uchylenie w całości decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez stwierdzenie, że przedsiębiorcy nie zawarli porozumienia na opisanym rynku właściwym, a ponadto o odstąpienie od obciążania uczestników postępowania karami, względnie o obniżenie wysokości nałożonej kary, ze względu na brak podstaw do obciążania uczestników postępowania karami, w szczególności karami w wysokości określonej w decyzji.

Strona powodowa wносиła także o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania wywołanego wniesieniem przez nią odwołania według norm przepisanych,

Pozwany Prezes Urzędu konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podtrzymał stanowisko wyrażone w decyzji.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

K. R. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) w B.. Przeważająca działalność gospodarcza, jaką prowadzi to działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. K. R. (1) startuje w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie czystości działek gminnych, odśnieżanie i usuwanie śliskości, letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, oczyszczanie ścieżek rowerowych, opróżnianie śmietniczek, wykonywanie nasadzeń roślin i ich pielęgnacja itp.

Pełnomocnikiem K. R. (1) w prowadzeniu działalności od 15 marca 2013r. jest jej mąż K. R. (2) (pełnomocnictwo k 538 akt adm). Pełnomocnictwo obejmowało m. in. podpisywani w jej imieniu dokumentów, umów, formularzy ofertowych, zaciągania zobowiązań oraz reprezentowanie jej we wszystkich przetargach, negocjacjach i zapytaniach ofertowych na dostawy i usługi. Mąż i pełnomocnik K. R. (1) -- K. R. (2) jest jednocześnie zatrudniony w spółce (...) na stanowisku dyrektora Generalnego od 2004r i jest odpowiedzialny w spółce za uzyskiwanie zamówień publicznych. Oferty przetargowe dla K. R. (1) przygotowuje właśnie K. R. (2) (oświadczenie K. R. w toku kontroli).

K. R. (1) wynajmuje od 2 stycznia 2012r od (...) przy ul. (...) w B. lokal użytkowy oraz część placu o pow. 1.000 m2 (umowa najmu k 533 akt adm).

J. Z. (1) jest przedsiębiorcą prowadzącym od 2001r działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) w B.. Przedmiotem jego działalności jest działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. J. Z. (1) podobnie jak K. R. (1) startuje w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie działek gminnych, odśnieżania, wykonywanie nasadzeń roślinnych i ich pielęgnację itp.

J. Z. (1) także wynajmuje od spółki (...) lokal oraz część placu przy ul (...). umowa najmu wiąże strony od 1 sierpnia 2011r (umowa najmu k. 375 aka adm). Pracownica J. Z. (1) K. W. podejmowała różne działania na rzecz K. R. i spółki (...) (k 615-694 akt adm), w tym także w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez K. R. mogła zawierać i podpisywać umowy w jej imieniu (pełnomocnictwo k 619 akt adm)

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...), prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Białymstoku XII Wydział Gospodarczy KRS. Zgodnie z wpisem, przedmiotem działalności Spółki jest m.in. specjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych. Spółka startuje w przetargach, których przedmiotem jest sprzątanie i koszenie pasów drogowych, utrzymanie działek gminnych, odśnieżanie i usuwanie śliskości, letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, oczyszczanie ścieżek rowerowych, opróżnianie śmietniczek, wykonywanie nasadzeń roślin i ich pielęgnacja itp. Prezes Zarządu spółki K. P. jest szwagrem K. R. (1), zaś udziałowiec spółki (...) M. M. jest cioteczną siostrą K. R. (1) (protokółkontroli (...) k 1051 i 1054 akt adm).

Firmy J. Z. i K. R. oraz (...) podzlecają sobie prace, wynajmują wzajemnie sprzęt. Przy wykonywaniu prac przez każdego z przedsiębiorców funkcję inspektora nadzoru pełni B. G. (1), która jest zatrudniona na stałe w spółce (...), zaś dla K. R. i J. Z. wykonuje te prace w oparciu o umowę o dzieło (oświadczenia w trakcie kontroli B. G. (1), J. Z. (1) i K. R. (2) k. 385, 696 i 354 akt adm).

W 2013 roku przedsiębiorcy uzyskali przychody w następującej wysokości:

K. R. (1)– (...) zł

J. Z. (1)– (...) zł

(...) (...) zł

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w O. zorganizowała

cztery przetargi w następujących zakresach:

1. sprzątania pasów drogowych, ulic i parkingów w ciągach dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w O. (podział na 30 zadań), dalej jako przetarg nr(...) lub przetarg pierwszy,
2. koszenia pasów drogowych dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w O. z podziałem na 22 zadania, dalej jako przetarg nr(...) lub przetarg drugi,
3. koszenia pasów drogowych dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w O. Rejon w E. z podziałem na 3 zadania, dalej jako przetarg nr 3 lub przetarg trzeci,
4. koszenia pasów drogowych dróg krajowych nr (...),(...) administrowanych przez GDDKiA Oddział w O. Rejon w G. z podziałem na 3 zadania, dalej jako przetarg nr (...) lub przetarg czwarty.

We wszystkich tych przetargach obowiązywało jedno kryterium wyboru – tj. kryterium ceny.

Oferty w **pierwszym** z wymienionych przetargów złożyły m.in. następujące firmy: a) (...) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12; b) J. Z. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12; c) K. R. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 (protokół z przebiegi Przetargu Pierwszego k. 34 akt adm)

Otwarcie ofert nastąpiło 2 kwietnia 2013r. o godz. 11:15 w siedzibie Zamawiającego w O.. Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców

Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 57.153,23zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 66.259,34 zł

2. (...) z ceną 79.201,71 zł

3. J. Z. (1) z ceną 95.894,33 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). GDDKiA podpisało z K. R. (1) umowę na wykonanie tego zadania dnia 6 maja 2013r.

Zadanie nr 4 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 89.594,51zł. Oferty złożyli

1. K. R. (1) z ceną 63.967,58 zł

2. P. B. (...) z ceną 71.599,72 zł

3. J. S. z ceną 72.636,35 zł

4. (...) z ceną 76.723,91 zł

5. W. O. z ceną 85.233,08

6. A. D. z ceną 90.548,31 zł

7. J. Z. (1) z ceną 90.801,53 zł

8. B. W. z ceną 93.500,25 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 6 maja 2013r.

Zadanie nr 5 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 115.071,89zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 57.930,79 zł
2. (...) z ceną 69.203,53 zł
3. J. Z. (1) z ceną 82.274,70 zł
4. P. B. z ceną 86.242,15 zł
5. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 110.734,25 zł

K. R. (1), która w trym zadaniu złożyła najkorzystniejszą ofertę, w piśmie z 19 kwietnia 2013r., zaś złożyła oświadczenia o rażąco niskiej cenie, co spowodowało odrzucenie jej oferty przez Zamawiającego. Podobnej treści oświadczenie złożył (...) w piśmie z dnia 25 kwietnia 2013r. (vide: k. 15) Oświadczenia te zostały złożone przez przedsiębiorców już po otwarciu ofert. W związku z powyższym, przetarg wygrał J. Z. (1), którego oferta, po odrzuceniu ofert K. R. (1) i (...), zawierała najniższą cenę. Umowa z nim została podpisana dnia 13 maja 2013r.

Zadanie nr 6 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 98.711,87zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 80.669,71 zł
2. P. B. z ceną 87.122,90 zł
3. J. S. z ceną 91.963,32 zł
4. W. O. z ceną 93.576,38 zł
5. (...) z ceną 112.937,46 zł
6. J. Z. (1) z ceną 145.205,20 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana 6 maja 2013r.

Zadanie nr 7 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 93.530,14zł. Oferty złożyli:

1. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 86.234,39
2. P. B. z ceną 86.713,28
3. J. S. z ceną 89.614,00
4. K. R. (1) z ceną 94.096,79
5. B. K. z ceną 107.941,42
6. (...) z ceną 126.491,24
7. J. Z. (1) z ceną 149.512,35

Przetarg ten wygrała spółka Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o. o. z siedzibą w E.. Umowa z nią została podpisana dnia 6 maja 2013r.

Zadanie nr 8 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 47.685,56zł. Oferty złożyli:

1. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 32.514,05 zł
2. K. R. (1) z ceną 32.514,05 zł

3. (...) z ceną 41.803,78 zł
4. P. B. z ceną 46.448,64 zł
5. J. Z. (1) z ceną 51.093,50 zł
6. B. K. z ceną 55.738,36 zł

Przetarg na zadanie nr 8 unieważniono. K. R. (1) oraz Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. zaoferowały taką samą cenę. GDDKiA wezwało przedsiębiorców do złożenia dodatkowej 13 oferty. Dodatkowa oferta obu przedsiębiorców ponownie zawierała tą samą cenę, stąd postępowanie to zostało unieważnione przez Zamawiającego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp.

Zadanie nr 9 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 37.773,65 zł Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 24.283,93 zł
2. P. B. z ceną 30.528,36 zł
3. (...) z ceną 31.222,20 zł
4. J. S. z ceną 33.998,06 zł
5. J. Z. (1) z ceną 38.160,46 zł
6. B. K. z ceną 41.629,59 zł
7. W. O. z ceną 45.098,73 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 13 maja 2013r.

Zadanie nr 10 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 67.779,69zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 36.776,59 zł
2. (...) z ceną 40.862,88 zł
3. J. Z. (1) z ceną 59.251,39 zł
4. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 71.510,26 zł

W niniejszym zadaniu oferty K. R. (1) i (...) zostały odrzucone z uwagi na złożenie przez tych przedsiębiorców oświadczeń o rażąco niskiej cenie ich oferty, jak w zadaniu 5. K. R. (1) złożyła takie oświadczenie odnośnie zadania nr 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, zaś (...) odnośnie zadań nr 5, 10 i 11. W związku z powyższym, przetarg wygrany został przez J. Z. (1), a umowa została z nim podpisana została 13 maja 2013r.

Zadanie nr 11 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 113.167,14 zł Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 43.305,30 zł
2. (...) z ceną 51.966,36 zł
3. J. Z. (1) z ceną 86.610,60 zł
4. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 112.593,78 zł

W niniejszym zadaniu oferty K. R. (1) i (...) zostały odrzucone z uwagi na złożenie przez tych przedsiębiorców oświadczeń o rażąco niskiej cenie ich oferty, jak w zadaniu 5 i 10. K. R. (1) złożyła takie oświadczenie odnośnie zadania nr 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 i 17, zaś (...) odnośnie zadań nr 5, 10 i 11. 16 W związku z powyższym, przetarg wygrał J. Z. (1), a umowa została z nim podpisana 13 maja 2013r.

Zadanie nr 12 - zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 12.269,10zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 8.365,59 zł
2. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 10.750,76 zł
3. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w O. z ceną 10.755,76
4. (...) z ceną 10.755,76 zł
5. B. K. z ceną 13.145,93 zł
6. J. Z. (1) z ceną 16.731,19 zł
7. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w G. z ceną 41.827,97 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 6 maja 2013r.

K. R. (1) startowała jeszcze w przetargu Pierwszym na zadanie nr 13, 14, 15, 16, 17. W przetargach tych nie brali udziału J. Z. (1) i (...). W zadaniu 13, 14, 15 i 16 złożona przez nią oferta była najkorzystniejsza, natomiast w zadaniu nr 17 jej oferta była druga z kolei pod względem ceny. Jednakże we wszystkich tych zadaniach, tj. 13, 14, 15, 16 i 17 K. R. (1) została wezwana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odpowiedzi na które złożyła oświadczenie o rażąco niskiej cenie swojej oferty na poszczególne zadania.

Oferty w **Drugim Przetargu** złożyły m.in. następujące firmy: a) (...) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 13, 19, 20, 21, 22; b) J. Z. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 12, 13, 14, 15, 16; c) K. R. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 11, 12, 13, 14, 15, 16. W przetargu obowiązywało jedno kryterium wyboru ofert – tj. kryterium ceny. Otwarcie ofert nastąpiło 7 maja 2013r. o godz. 11:15 w siedzibie Zamawiającego w O.. Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców protokół z przebiegu przetargu drugiego k. 122 i nast. akt adm).

Zadanie nr 11 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 285.661,66 zł. Oferty złożyli

1. Spółka (...), Z. z ceną 181.843,92 zł
2. K. R. (1) z ceną 185.874,48 zł
3. J. Z. (1) z ceną 220.922,64 zł
4. (...) z ceną 263.196,22 zł
5. P. S. z ceną 677.349,00 zł

K. R. (1), wezwana do wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny swojej oferty złożonej w przedmiotowym przetargu, pismem z dnia 20 maja 2013r. wyjaśniła, iż po analizie czynników cenotwórczych i po wykryciu błędu obrachunkowego przy kalkulacji w zadaniu nr 11 i 13 uznała zaproponowane ceny za znacznie odbiegające od cen, które Zamawiający miał przeznaczyć na realizację tych zadań, uznając je tym samym

za rażąco niskie. W jej ocenie, realizacja w/w zadań w takich cenach nie gwarantowałaby ich prawidłowego wykonania (pismo k. 16 akta adm). Niezależnie od powyższego, przetarg wygrała Spółka (...), Z.

Zadanie nr 12 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 204.940,99 zł. Oferty złożyli

1. M. S. z ceną 150.000,00 zł
2. P. B. z ceną 157.069,57 zł
3. K. R. (1) z ceną 264.830,43 zł
4. Zakład Usługowy (...) z ceną 288.887,28 zł
5. J. S. z ceną 310.505,34 zł
6. J. Z. (1) z ceną 317.962,32 zł

Przetarg na to zadanie wygrał pan M. S. a umowa z nim została podpisana dnia 3 czerwca 2013r.

Zadanie nr 13 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 368.907,93 zł Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 166.755,38 zł
2. J. Z. (1) z ceną 194.196,14 zł
3. Spółka (...), Z. z ceną 211.504,93 zł
4. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z ceną 245.137,45 zł
5. (...) z ceną 259.913,24 zł
6. P. S. z ceną 879.511,50 zł

K. R. (1), wezwana do wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny swojej oferty złożonej w przedmiotowym przetargu, pismem z dnia 20 maja 2013r. wyjaśniła, iż po analizie czynników cenotwórczych i po wykryciu błędu obrachunkowego przy kalkulacji w zadaniu nr 11 i 13 uznała zaproponowane ceny za znacznie odbiegające od cen, które Zamawiający miał przeznaczyć na realizację tych zadań, uznając je tym samym za rażąco niskie. W jej ocenie, realizacja w/w zadań w takich cenach nie gwarantowałaby ich prawidłowego wykonania. Ponadto, J. Z. (1), wezwany do tożsamyh wyjaśnień również wskazał, iż jeszcze raz przeanalizował wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość możliwych do poniesienia kosztów związanych z wykonywaniem tego zamówienia w zadaniu nr 13 i okazało się, że zaproponowana cena w ofercie na wykonanie zadania 13 nie gwarantuje osiągnięcia dochodu i znacznie odbiegają od wartości ceny przeznaczonej przez zamawiającego na to zadanie. W związku z tym cena ta nie gwarantuje prawidłowe wykonanie zadania nr 13. W związku z powyższym oświadczeniem o rażąco niskiej cenie obie oferty zostały przez Zamawiającego odrzucone. Odrzucona została także oferta s.c. (...), Z.. Przetarg wygrała spółka Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G., której oferta zawierała kolejno najniższą cenę.

Zadanie nr 14 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 198.547,20 zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 145.063,55 zł
2. J. Z. (1) z ceną 171.246,96 zł
3. J. S. z ceną 199.788,12 zł
4. P. S. z ceną 601.846,20 zł

Zadanie nr 15 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 152.755,20 zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 111.606,77 zł
2. J. Z. (1) z ceną 131.751,36 zł
3. J. D. (1) z ceną 334.152,00 zł
4. P. S. z ceną 463.039,20 zł

Zadanie nr 16 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 232.761,60 zł Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 170.061,44 zł
2. J. Z. (1) z ceną 200.756,88 zł
3. G. W. z ceną 392.785,20 zł
4. P. S. z ceną 909.225,00 zł

Po rozstrzygnięciu przetargów na zadanie nr 14, 15 i 16 Zamawiający 16 maja 2013r. dokonał wyboru oferty K. R. (1) jako najkorzystniejszej na zadanie nr 14, 15 i 16. Termin podpisania umowy na zadanie 14 został wyznaczony na dzień 3 czerwca 2013r., zaś na zadania 15 i 16 na 28 maja 2013r. Jednakże dnia 28 maja 2013r. Zamawiający otrzymał pismo z dnia 28 maja 2013r., przesłane pocztą elektroniczną, z oświadczeniem o odstąpieniu od podpisania umów na w/w zadania przez K. R. (1). Wskazała ona w nim, że w związku z zaistnieniem nowych, wcześniej nieznanymi okoliczności, nie podpisze umowy na wykonywanie w/w usługi w zadaniach 14, 15 i 16. Wskazała również, iż równowartość wadium (obecnie w gwarancji bankowej) zastąpi gotówką w postaci przelewu prosząc o zwrot gwarancji ubezpieczeniowych w celu ułatwienia procedury. Łączna wartość wadium, jakie zostało zatrzymane od K. R. (1) z uwagi na odmowę podpisania umów w zadaniu 14, 15 i 16 wyniosła 10.000 zł (k.18).

Zamawiający nie dokonał wyboru kolejnej oferty na zadanie nr 14, 15 i 16 i tym samym zamknął postępowanie. Z wyjaśnień GDDKiA zawartych w piśmie z dnia 28 listopada 2014r. wynika, iż w ocenie Zamawiającego działanie K. R. (1), która odmówiła podpisania umowy na zadanie nr 14, 15 i 16 było celowe i miało doprowadzić do podpisania umowy z J. Z. (1). Po rezygnacji K. R. (1), kolejną ofertą, zawierającą najkorzystniejszą cenę, we wszystkich trzech przetargach (na zadanie 14, 15 i 16) była oferta J. Z. (1), którego cena mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. Rezygnacja K. R. (1) umożliwiłaby wygranie przetargu J. Z. (1). (pismo GDDKiA k 1007 akt adm)

W trzecim przetargu oferty złożyły m.in. następujące firmy: a) (...) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3; b) K. R. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3. 22 W przetargu obowiązywało jedno kryterium wyboru – tj. kryterium ceny. Otwarcie ofert nastąpiło 12 czerwca 2013r. o godz. 9:15 w siedzibie Zamawiającego GDDKiA Rejon w E.. Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców (protokół z przebiegu przetargu nr 3- k.207 i nast. akt adm).

Zadanie nr 1 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 152.755,20 zł . Oferty złożyli:

1. K. N. z ceną 120.441,60 zł
2. P. Z. z ceną 138.067,20 zł
3. K. R. (1) z ceną 166.561,92 zł
4. M. W. z ceną 167.443,20 zł

5. (...) z ceną 188.006,40 zł

6. J. H. z ceną 246.758,40 zł

Przetarg na zadanie nr 1 wygrał K. N.. Umowa z nim została podpisana dnia 24 czerwca 2013r.

Zadanie nr 2 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 179.992,80zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 196.261,38 zł

2. (...) z ceną 221.529,60 zł

3. J. U. z ceną 309.449,16 zł

Przetarg na zadanie nr 2 wygrała K. R. (1). Zarówno cena zaproponowana przez K. R. (1), jak i przez (...) przewyższała już kwotę, jaką GDDKiA zamierzała przeznaczyć na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania. Z uwagi na budżet GDDKiA zaakceptowało ofertę K. R. (1) i dnia 26 czerwca 2013r. podpisało z nią umowę

Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 230.649,12 zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 251.496,25 zł

2. (...) z ceną 283.875,84 zł

3. A. H. z ceną 359.280,36 zł

Przetarg na zadanie nr 3 wygrała K. R. (1). Cena zaproponowana przez K. R. (1), przewyższała już kwotę, jaką GDDKiA przeznaczyła na wykonanie tego zadania, co mogło skutkować unieważnieniem postępowania. Z uwagi na budżet GDDKiA zaakceptowało jednak ofertę K. R. (1) i dnia 26 czerwca 2013r. podpisało z nią umowę.

Następnie, w **czwartym przetargu** oferty złożyły m.in.: a) (...) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3; b) K. R. (1) – na wykonanie przedmiotu zamówienia na zadania nr 1, 2, 3. Otwarcie ofert nastąpiło 12 czerwca 2013r. o godz. 9:15 w siedzibie Zamawiającego GDDKiA Rejon w G.. Wskazani powyżej oferenci złożyli oświadczenia, iż sami zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców (protokół z przebiegu przetargu k. 261 i następne akt adm).

Zadanie nr 1 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 188.619,84zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 168.392,84 zł

2. J. S. z ceną 187.378,92 zł

3. (...) z ceną 197.306,28 zł

4. J. B. z ceną 237.015,72 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 19 czerwca 2013r.

Zadanie nr 2 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 145.117,44zł. Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 129.555,50 zł

2. (...) z ceną 181.396,80 zł

3. J. B. z ceną 182.351,52 zł

4. J. D. (2) z ceną 243.453,60 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 26 czerwca 2013r.

Zadanie nr 3 – zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania 221.123,52 zł Oferty złożyli:

1. K. R. (1) z ceną 197.410,93zł

2. J. B. z ceną 264.766,32 zł

3. (...) z ceną 276.404,40 zł

4. G. W. z ceną 392.785,20 zł

Przetarg wygrała K. R. (1). Umowa pomiędzy nią a GDDKiA została podpisana dnia 26 czerwca 2013r.

Kancelaria GDDKiA odnotowała wpływ ofert przedsiębiorców: K. R. (1), J. Z. (1) i (...) o tej samej godzinie: - w przetargu nr(...) wpływ wszystkich trzech ofert nastąpił dnia 2 kwietnia 2013r. o godzinie 10:24, - w przetargu nr (...) dnia 7 maja 2013r. o godzinie 10:43, - w przetargu nr(...) na trzy zadania oddzielnie oferty (...) wpłynęły o godz. 8:49, zaś od K. R. (1) o godz. 8:50, - w przetargu nr(...) oferty (...) oraz K. R. (1) wpłynęły do Kancelarii GDDKiA 12 czerwca 2013r. o tej samej godzinie, tj. 8:30.

K. R. (1), J. Z. (1) i (...) posiadają wieloletnie doświadczenie w uczestnictwie w przetargach organizowanych w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej i są im dobrze znane zasady uczestnictwa w takich przetargach. W poprzednich latach (2010-2012) wielokrotnie brali udział w przetargach organizowanych przez Urząd Miasta B. (nr (...) (...)) - Wykonanie nasadzeń roślin i ich pielęgnację w kwietnikach na terenie miasta B. oraz kompleksową pielęgnację zieleni na skarpie przy Kościele (...); nr (...) (...)- Zagospodarowanie terenu K. – Etap I; nr (...) (...) - Letnie oczyszczanie ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie śmietniczek, oczyszczanie ścieżek rowerowych, zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta B.; nr (...) (...) - Letnie oczyszczanie chodników, ścieżek rowerowych, przystanków komunikacji miejskiej oraz opróżnianie śmietniczek na terenie miasta B.; (...)(...) - Usługi związane z utrzymaniem terenów zabytkowej zieleni urządzonej w B.).

Ustalony powyżej stan faktyczny był bezsporny między stronami. Strony różniły się tylko w ocenie poczynionych wyżej ustaleń faktycznych. Zdaniem Prezesa UOKiK ustalone wyżej fakty dawały podstawy do uznania, że działania przedsiębiorców w trakcie postępowań przetargowych były skoordynowane i były przejawem zmywy przetargowej, przedsiębiorcy natomiast ten same zdarzenia interpretowali jako swobodę działalności gospodarczej a wycofywanie ofert uzasadniali obiektywnymi okolicznościami nie wynikającymi z porozumiewania się z konkurentami.

Dla rozstrzygnięcia powyższych kwestii istotne znaczenia miały także zestawienia cen oferowanych przez K. R. (1) i J. Z. (1) w poszczególnych przetargach, które to wartości także nie były kwestionowane.

I tak z porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego K. R. (1) z zadania nr 3, 4 i 5 w przetargu nr 1 (poniżej) wynika, iż cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego K. R. (1) dla zadania 5 w każdej usłudze była wyższa, niż w zadaniach nr 3 i 4, w których to zadaniach K. R. (1) nie złożyła oświadczenia o rażąco niskiej cenie.

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Zadanie nr	Ilość jednostek	Cena jedn. w zł	Wartość w zł
I sprzątanie wiosenne –	3	170,37 km	120,00	20.444,64

Sprzątanie pasa drogowego nawierzchni utwardzonych bez				
4	161,15 km	120,00	19.338,96	
5	123,61 km	160,00	19.777,60	
I sprzątanie wiosenne Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	71,22 km	290,00	20.653,80
4	43,34 km	290,00	12.568,60	
5	29,89 km	300,00	8.968,80	
II sprzątanie jesienne Sprzątanie pasa drogowego nawierzchni utwardzonych bez	3	170,37 km	80,00	13.629,76
4	161,15 km	80,00	12.892,64	
5	124,39 km	100,00	12.439,80	
II sprzątanie jesienne Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	33115,2 mkw	0,20	6.623,04
4	48.096,8 mkw	0,30	14.429,04	
5	41.511,4 mkw	0,30	12.453,42	

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez K. R. (1), (k. 82-83 akt adm).

Także z porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego (...) z zadania nr 3, 4 i 5 w przetargu nr 1 wynika, iż cena jednostkowa (...) dla zadania 5 w każdej usłudze była wyższa, niż w zadaniach nr 3 i 4, w których to zadaniach (...) nie złożył oświadczenia o rażąco niskiej cenie. Jedynie w II sprzątnięciu jesiennym odnośnie sprzątnięcia nawierzchni utwardzonych i ścieków cena jednostkowa w zadaniu nr 5 była taka sama jak w zadaniu nr 3.

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Zadanie nr	Ilość jednostek	Cena jedn. w zł	Wartość w zł
I sprzątnięcie – wiosenne Sprzątnięcie pasa drogowego nawierzchni utwardzonych bez	3	170,37 km	130,00	22.148,36
4	161,15 km	130,00	20.950,54	
5	123,61 km	180,00	22.249,80	
I sprzątnięcie – wiosenne Sprzątnięcie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	71,22 km	340,00	24.214,80
4	43,34 km	340,00	14.735,60	
5	29,89 km	400,00	11.958,40	
II sprzątnięcie – jesiennie Sprzątnięcie pasa drogowego nawierzchni utwardzonych bez	3	170,37 km	100,00	17.037,20
4	161,15 km	100,00	16.115,80	

5	124,39 km	140,00	17.415,72	
II sprzątanie – jesienne Sprzątanie nawierzchni utwardzonych i ścieków	3	33115,2 mkw	0,30	9.934,56
4	48.096,8 mkw	0,40	19.238,72	
5	41.511,4 mkw	0,30	12.453,42	

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez (...), vide: k. 97-98;

Zdaniem Sądu powyższe jednoznacznie dowodzi, że to nie aspekty ekonomiczne zdecydowały o wycofaniu ofert na zadanie 5 w pierwszym przetargu zarówno przez K. R. (1) jak i spółkę (...), lecz właśnie dokonanie uzgodnień między nimi i J. Z. (1). Ewidentnym celem tych uzgodnień było uzyskanie zamówienia przez jednego z umawiających się na korzystniejszych warunkach, niż gdyby wycofanie oferty z niższą ceną nie nastąpiło. W tym wypadku różnica w cenie jaką uzyskałaby K. R. i (...) a tą jaką uzyskał J. Z. wynosiła odpowiednio 24 344 zł i 13 071 zł.

Odnosząc przy tym należy, że zadania nr 3, 4 i 5 obejmowały obszar E., a więc odległości od siedziby wykonawcy do miejsca wykonywania czynności dla poszczególnych zadań była bardzo zbliżona. Natomiast zakres czynności do wykonania był ten sam i obejmował utrzymanie czystości dróg krajowych (pismo GDDKiA z 05.12.2014r., k. 1130 akt adm).

Podobnie należało ocenić zachowanie przedsiębiorców przy zadaniu 10 w pierwszym przetargu, w którym oferty powodów uplasowały się na pierwszych trzech miejscach pod względem ceny i w których także K. R. oraz (...) złożyli oświadczenie o rażąco niskiej cenie, w konsekwencji czego przetarg wygrał J. Z., którego oferta cenowa była wówczas najkorzystniejsza. W tym wypadku różnica między ceną J. Z. a cenami K. R. i (...) wynosiła odpowiednio 22 475 zł i 18 389 zł.

Natomiast porównanie cen jednostkowych jakie przedsiębiorcy K. R. i spółka (...) oferowali w przetargu pierwszym ale w innych zadaniach (tj zadaniu 6, 7, 8, 9 i 12) za taki sam zakres prac jak w zadaniu 10 tj za usuwanie piasku, błota i wszelkich innych nieczystości komunalnych, wskazuje jednoznacznie, że w rzeczywistości to w zadaniu 10 przedsiębiorcy zaoferowali najwyższą cenę jednostkową za tą samą usługę, zaś w zadaniach pozostałych, nie rezygnowali z przetargu mimo, że jednostkowa cena była znacząco niższa. Przy czym co istotne K. R. (1), pomimo takiej niższej ceny jednostkowej w zadaniu 6 i 9 (cena jednostkowo odpowiednio 0,05 zł i 0,07 zł) umowę z zamawiającym podpisała i roboty wykonała, podczas gdy w zadaniu 10 wycofała się z przetargu po otwarciu ofert z powodu rażąco niskiej ceny, która została przez nią w tym przetargu ustalona na poziomie 0,18 zł. Nie może także ująć uwadze, że K. R. wezwana przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny z oferty na zadanie 9, w którym cena jednostkowa została przez nią ustalona na poziomie 0,07 zł wskazała, że zaproponowana cena jest całkowicie prawidłowo skalkulowana i daje możliwość osiągnięcia dochodu przy prawidłowym wykonaniu zadania, zaś koszty w jej przedsiębiorstwie są niskie a założony zysk przy tak określonej cenie klasuje się na przyzwoitym poziomie (pismo K. R. do GDDKiA z 25.04.2013 k.1013 akt adm)

Zależności te przedstawia następujące zestawienie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego K. R. (1) z zadania nr 8, 9, 10 i 12 w przetargu nr(...)

Wyszczególnienie czynności		Ilość mkw	Cena jedn. Netto w zł	Wartość jednorazowego sprzątnia netto	Krotność sprzątnia w roku	Wartość robót netto w zł
Usuwanie piasku, błota i wszelkich innych nieczystości komunalnych (...)	Zadanie 6	22643,5	0,05	1131,73	66	74.694,18
Zadanie 7	18512	0,05	925,60	66	61.089,60	
Zadanie 8	7680	0,07	537,60	56	30.105,60	
Zadanie 9	5019	0,07	351,33	64	22.485,12	
Zadanie 10	4729,5	0,18	851,31	40	34.052,40	
Zadanie 12	8512	0,07	595,84	13	7.745,92	

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez K. R. (1), vide: k. 83v-85v, 86v;

Także poniższe zestawienie i porównanie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego (...) z zadania nr 6, 7, 8, 9, 10 i 12 w przetargu nr 1 wskazuje na nieadekwatność oświadczenia o rażąco niskiej cenie za zadanie 10

Wyszczególnienie czynności		Ilość mkw	Cena jedn. Netto w zł	Wartość jednorazowego sprzątnia netto	Krotność sprzątnia w roku	Wartość robót netto w zł
Usuwanie piasku, błota i wszelkich innych nieczystości	Zadanie 6	22.634,5	0,07	1584,42	66	104.571,72

komunalnych (...)						
Zadanie 7	18512	0,07	1295,84	66	85.525,44	
Zadanie 8	7680	0,09	691,20	56	38.707,20	
Zadanie 9	5019	0,09	451,71	64	28.909,44	
Zadanie 10	4729,5	0,20	945,90	40	37.836,00	
Zadanie 12	8512	0,09	766,08	13	9.959,04	

Sporządzono na podstawie ofert przetargowych złożonych przez (...), (k. 98v-100v, 101v akt adm);

Powyższe zestawienie wymownie wskazuje, że także spółka (...) oświadczenie o rażąco niskiej cenie złożyła w zadaniu 10, w którym jej cena jednostkowa była znacznie wyższa niż w zadaniach nr 6, 7, 8, 9 i 12 w których takiego oświadczenia nie złożyła.

Zdaniem Sądu takie zachowanie przedsiębiorcy nieracjonalne rynkowo, wskazuje jednoznacznie, że to nie rachunek ekonomiczny był motywem do wycofania oferty na zadanie 10, ale uzgodnione działanie z pozostałymi przedsiębiorcami, które miało na celu umożliwienie wygrania przetargu J. Z., który spośród 3 umawiających się przedsiębiorców zaoferował najwyższą cenę. W szczególności faktycznym powodem rezygnacji z przetargu z pewnością nie była rażąco niska cena. Ponadto, na co słusznie zwrócił uwagę Prezes UOKiK, na ustalenie ceny jednostkowej za wycenianą usługę nie miała większego wpływu krotność sprzętania w ciągu roku, gdyż w zadaniu nr 12 ilość wykonywanych sprzętań była najmniejsza, co nie zostało odzwierciedlone w cenie. Przy czym zadania nr 6-12 przetargu pierwszego obejmowały obszar E., co oznacza, że na zróżnicowanie cen w poszczególnych zadaniach nie mogła mieć wpływu odległość od siedziby wykonawcy do miejsca wykonywania czynności dla poszczególnych zadań, gdyż ta w każdym zadaniu była taka sama (pismo GDDKiA z 05.12.2014r., k. 1130 akt adm).

Taka sama sekwencja zdarzeń miała jeszcze miejsce w zdaniu 11 pierwszego przetargu, w którym oferty przedsiębiorców znalazły się na trzech pierwszych pozycjach pod względem ceny, ale dwaj przedsiębiorcy z niższą ceną tj K. R. i (...) złożyli oświadczenia o rażąco niskiej cenie, w związku z czym ich oferty zostały odrzucone, skutkiem czego umowa została podpisana z J. Z. (1), którego oferta była trzecia pod względem wysokości ceny. Ceny te różniły się od zwycięskiej oferty Z. odpowiednio o 34 644 zł w przypadku K. R. i o 46 305 zł w przypadku (...).

Zdaniem Sądu także w **drugim przetargu** bez wątpienia miało miejsce porozumienie przedsiębiorców. W szczególności wskazują na to działania podjęte przez K. R. w wygranych przez nią zadaniach 14, 15 i 16, w których zrezygnowała z podpisania umowy, godząc się na utratę wadium w łącznej wysokości 10.000 zł, czego skutkiem mogło być wygranie przetargu przez J. Z. (1), którego oferta była druga w kolejności pod względem ceny, a także którego cena mieściła się w kwocie, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. Jedynie zamknięcie przetargu przez zamawiającego nie doprowadziło do takiego skutku.

Mechanizm działania opisany w drugim i pierwszym przetargu nie mógł zostać wykorzystany przez przedsiębiorców w przetargu (...). W przetargu nr(...) w zadaniach 2 i 3 K. R. nie mogła zrezygnować z korzyścią dla będącego na drugiej pozycji pod względem ceny (...) z uwagi na fakt, że zaoferowana przez nią cena była wyższa od tej jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tych zadań. Rezygnacja więc oferenta z najniższą ceną i tak już

przekraczająca zakładany budżet mogła skutkować unieważnieniem postępowania. Ryzyko utraty zamówienia przez obu przedsiębiorców było więc bardzo duże.

Z kolei w przetargu nr(...) w zadaniu 2, w którym oferty K. R. i (...) znalazły się na 1 i 2 miejscu pod względem wysokości ceny, również istniało ryzyko unieważnienia przetargu w razie rezygnacji pierwszego oferenta, gdyż o ile cena K. R. mieściła się w zaplanowanym przez zamawiającego budżecie, to już oferta (...) budżet ten przekraczała o prawie 40 tys. zł. Nie oznacza to jednak, że w tych przetargach nie doszło pomiędzy przedsiębiorcami do porozumienia. Zdaniem Sądu porozumienie istniało, tylko ze względu na zbieg niezależnych od porozumiewających się przedsiębiorców okoliczności nie został osiągnięty zamierzony skutek i nie doszło do podstawienia.

Zdaniem Sądu powyższe ustalenia faktyczne w oczywisty sposób wskazują na niedozwolone współdziałania przedsiębiorców: K. R. (1), J. Z. (3) i (...), którzy dokonywali między sobą uzgodnień odnośnie oferowanych w przetargach cen, ale także w zakresie wycofywania ofert, czy też wskazywania, że składane oferty zawierają rażąco niską cenę. Ceny przedsiębiorców w każdym z przetargów różniły się od siebie, ale powtarzalny był schemat, że zawsze najtańsza była oferta K. R. (1), z tym, że w przetargu nr (...) po K. R. (1) następnym w kolejności był (...), po nim zaś J. Z. (1), a w przetargu nr(...) po K. R. (1), kolejną ofertą była oferta J. Z. (1), po nim zaś (...). W przetargach nr(...) to (...) miał zawsze droższą ofertę od K. R. (1). Z powyższego wynika zatem, iż przedsiębiorcy w pierwszej kolejności uzgadniali ceny, jakie zaproponują w swoich ofertach rozstawiając je w stosownych odstępach cenowych, stosując następnie mechanizm wycofywania ofert, czy też wskazywania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji prowadziło do jej odrzucenia.

Jeżeli po otwarciu ofert, okazywało się, iż najkorzystniejszą cenę oferuje K. R. (1), zaś następni w kolejności są (...) lub J. Z. (1), wówczas dwaj pierwsi przedsiębiorcy lub pierwszy rezygnował z uczestnictwa w przetargu, by dać możliwość wygrania kolejnemu z nich w zestawieniu ofert pod względem zaproponowanej ceny. W przypadku niektórych zadań K. R. (1) i (...) wezwani do wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny już po otwarciu ofert, wskazali, iż zaproponowana przez nich cena jest rażąco niska. W takiej sytuacji prowadzący postępowanie miał obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Działania te zapewniły wykonawcy, posiadającemu najdroższą ofertę spośród uczestników porozumienia, a więc J. Z. (1), wygranie przetargu, gdyż wówczas to jego oferta jako najkorzystniejsza była wybrana przez zamawiającego.

Kolejnym schematem, wskazującym na skoordynowane działania K. R. (1) oraz dwóch pozostałych przedsiębiorców w toku poszczególnych postępowań przetargowych, były sytuacje, jakie zaistniały w przetargu nr 2. Jeżeli najkorzystniejszą ofertą okazała się oferta jednego z przedsiębiorców, a oferta drugiego z nich była na drugim miejscu, to przedsiębiorca, z którym miała być podpisana umowa przesyłał oświadczenie, w którym odmawiał jej podpisania. Tak zachowała się K. R. w zadaniu 14, 15 i 16, gdy po wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy druga z kolei była oferta J. Z. (1), odmówiła zawarcia umowy nie wskazując konkretnej przyczyny. W takiej sytuacji GDDKiA mógł wybrać ofertę zajmującą drugie miejsce pod względem zaproponowanej ceny, a więc ofertę J. Z..

Ponadto, na uwagę zasługuje również fakt podobieństwa złożonych przez K. R. oraz dwóch pozostałych przedsiębiorców wyjaśnień. Używali oni podobnych sformułowań wskazując te same argumenty, w szczególności dotyczące ponownej analizy kosztów oraz znaczną różnicę pomiędzy ceną zaproponowaną przez przedsiębiorcę, a ceną przeznaczoną przez GDDKiA na zadanie.

Na koordynację zachowań wskazuje także okoliczność, że oferty przedsiębiorców było dostarczane zamawiającemu w tym samym czasie, co wskazywać może na dostarczenie ich przez jedną osobę, która złożyła oferty trzech, potencjalnie ze sobą konkurujących przedsiębiorców.

Nie sposób zgodzić się ze stroną powodową, że wniosek o zawarcie przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia wynikał z błędnej interpretacji zebranych dowodów.

Dowody, na których Sąd oparł powyższe ustalenia są nierzadko dowodami pośrednimi, co nie powoduje jednak, że są one mniej wiarygodne niż dowody bezpośrednie. Doświadczenia wynikające z rozpoznawania spraw

antymonopolowych oraz zasady logiki pozwalają przyjąć, że szczególnie i zazwyczaj sekretny charakter porozumień antykonkurencyjnych prowadzi do tego, że brak jest dowodów bezpośrednich, gdyż większość uzgodnień pomiędzy porozumiewającymi się stronami zapada w formie ustnej. Dlatego ustalenia faktyczne często oparte są na domniemaniach faktycznych i dowodach pośrednich.

Domniemania faktyczne zgodnie z art. 231 k.p.c. pozwalają na uznanie za ustalone faktów mających istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli taki wniosek można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Na dopuszczalność możliwości ustalenia naruszenia reguł konkurencji na podstawie domniemań faktycznych wskazywał tak Sąd Najwyższy (wyrok z 9 sierpnia 2006r IISK 6/06) jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z 7 stycznia 2004 C-204/00 P, wyrok z 27 września 2007r, T-44/02).

Powyżej przedstawione dowody pozwalały zdaniem Sądu ustalić z pełnym przekonaniem, że istniała praktyka w/w przedsiębiorców polegająca na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny w ramach przetargów organizowanych przez GDDKiA. Wniosek taki jest wynikiem dedukcji, wywiedzionym z ustalonych wyżej okoliczności, nie w oparciu o pojedyncze dowody ale w oparciu o cały szereg dowodów.

Niewątpliwe fakty takie jak: rezygnacja z tych przetargów (bez faktycznego uzasadnienia kosztowego lub jakiegokolwiek innego rzeczowego powodu) gdy szansę na jego wygranie miał, będący na drugim miejscu pod względem ceny inny z umawiających się przedsiębiorców; kontakty między przedsiębiorcami wynikające nie tylko ze zbieżności adresowej (w tym np. ten sam nr kontaktowy, podawany dla realizacji zimowego miasta B.) , ale także łączących je relacji osobistych (małżeństwo K. R. i dyrektora (...) K. R., Prezes (...) będący szwagrem K. R.) i gospodarczych (np. zatrudnianie przez wszystkich przedsiębiorców jednego inspektora nadzoru B. G. zatrudnionej w (...); wypożyczanie sobie nawzajem sprzętu czy podwykonawstwo usług) — dowodzą tego, że nastąpiła koordynacja zachowań przedsiębiorców, która nie może być niczym innym uzasadniona jak zawarciem porozumienia. Ujawnione zachowania przedsiębiorców zdaniem Sądu świadczą o niejawnym porozumieniu między nimi, w którym zostały ustalone wspólne zasady udziału w przetargu oraz reakcji na wygranie przetargu w zależności od tego, czy szansę na wygranie przetargu miał inny z umawiających się przedsiębiorców.

Jednocześnie zdaniem Sądu nie istniały inne wiarygodne i logiczne wytłumaczenia lub powody, dla których powyższe fakty należało interpretować inaczej niż jako wolę ustalenia zasad uczestnictw i rezygnacji w przetargach. W szczególności takim argumentem nie może być okoliczność, że K. R. (1) brała udział także w przetargach w których nie brali udziału J. Z. i spółka (...). Po pierwsze należy wskazać, że w analizowanym przetargach zorganizowanych przez GDDKiA dotyczyło to tylko zadania 13-17 w przetargu 1. Po wtóre okoliczność, że inni przedsiębiorcy nie wzięli udziału w tych czterech przetargach, nie świadczy samo przez się, że w pozostałych przetargach nie doszło do zmywy. Pozostaje to bez wpływu na ocenę zachowania przedsiębiorców w pozostałych przetargach.

Podobnie fakt, że w przetargu pierwszym w zadaniu 3 mechanizm podstawiania nie został wykorzystany nie świadczy o braku współdziałania przedsiębiorców. Należy bowiem zwrócić uwagę, że cena K. R. (1), która miała cenę najniższą, była wyższa niż środki jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. Rezygnacja więc K. R. mogła spowodować unieważnienie przetargu, a nie jego wygranie przez kolejnego z przedsiębiorców jakim był (...), którego oferta miała jeszcze wyższą cenę, czyli znacznie bardziej odbiegała od wartości jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na inwestycję. Stosownie bowiem do treści art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Identyczna sytuacja miała miejsce z zadaniu 2 i 3 w przetargu 3, bowiem tam też cena K. R. która była najniższa i tak przewyższała kwotę jaką zamawiający przeznaczył na wykonie zadania, z tym, że w tych przetargach kolejną najkorzystniejszą cenę, ale jeszcze wyższą niż założona przez GDDKiA, zaproponowała spółka (...). Tu także rezygnacja K. R. łączyłaby się z dużym prawdopodobieństwem unieważnienia przetargu. Odstąpienie od rezygnacji było więc w takiej sytuacji bardziej racjonalne, bo jednak jeden z umawiających się przedsiębiorców wygrywał przetarg i

to z dobrą ceną, bo wyższą niż przeznaczona przez zamawiającego na daną inwestycję. Natomiast w przetargu czwartym w zadaniu 2, w którym także K. R. nie zrezygnowała, jej cena była wprawdzie niższa niż przeznaczona przez zamawiającego, jednak cena drugiego z kolei oferenta tj spółki (...) była wyższa o 35 tys od ceny przeznaczonej na inwestycję. W tym przetargu również istniało więc ryzyko unieważnienia przetargu w razie rezygnacji K. R.. Warte podkreślenia jest także, że GDDKiA korzystała z prawa do unieważnienia przetargu w takich okolicznościach (np. przetarg drugi zadania 3, 4 i 5 k. 127 akt adm), zatem przedsiębiorcy musieli liczyć się z taką reakcją zamawiającego i nie ryzykować utraty zamówienia przez któregokolwiek z nich. Przy czym, co nie jest bez znaczenia, a na co zwrócił uwagę Prezes UOKiK, unieważnienie przetargu i łączące się z tym nieuzyskanie zamówienia przez żadnego z umawiających się przedsiębiorców nie leżało w interesie żadnego z nich, gdyż jak wyjaśniał w postępowaniu administracyjnym K. R. (2), ale też B. G. (1) i J. Z. (1) był to trudny czas dla tych przedsiębiorców, gdyż wygrywali coraz mniej przetargów, bo była coraz większa konkurencja, w tym także cenowa, więc nawet kontrakt za niską cenę był ważny i istotny dla przedsiębiorców.

Nie sposób także przyjąć, że skoro K. R. zrezygnowała z realizacji zadania 13 i 14 w pierwszym przetargu z powodu rażąco niskiej ceny, to jest to jednoznaczne z brakiem uzgodnień między stronami. W ocenie Sądu rezygnacja w takich okolicznościach nie wyklucza, że w innych przetargach rezygnacja podyktowana była porozumieniem. Po wtóre możliwe, że rezygnacja podyktowana była właśnie sytuacją, że K. R. pierwotnie nie była zainteresowana realizacją zadania za zaproponowaną cenę, ale cena taka była ustalona jedynie na potrzeby ustawienia przetargu, tzn. o ile J. Z. i (...) wzięliby udział w tym przetargu, to cena była przewidziana pod rezygnację z przetargu z korzyścią dla któregoś z tych przedsiębiorców.

Natomiast fakt, że w wielu zadaniach ceny ofertowe każdego z przedsiębiorców niewiele się różniły, nie może także wpłynąć na odmienną ocenę zachowania przedsiębiorców, niż ta jakiej dokonał powyżej Sąd. W szczególności należy stwierdzić, że mniejsze różnice cenowe pomiędzy przedsiębiorcami dają im większe gwarancje, że ich oferty będą następcze po sobie, a mechanizm podstawiania jest możliwy do zastosowania jedynie w takiej sytuacji. Po wtóre wyznacznikiem cen ofertowych jest zawsze zakres prac i koszty jednostkowe, zatem fakt, że przedsiębiorcy działający w porozumieniu, znając dobrze rynek sprzątnięcia terenów publicznych w tym dróg, ustalali ceny na takim poziomie który gwarantował im wygraną, nie wyklucza tezy o zawarciu między nimi porozumienia. Jeśli więc przewidywali, że możliwa do osiągnięcia w danym przetargu cena może być niska, to ustalali między sobą niskie różnice w cenach ofertowych, tak aby mieć jak największą szansę na wygranie przetargu przez jednego z nich, tj tego który będzie miał cenę najwyższą.

Zgodzić się natomiast należy z odwołującym, że zamawiający nie był zobligowany do wyboru kolejnej oferty, w sytuacji gdy wygrywający oferent rezygnuje z udziału w przetargu (np. składa oświadczenie o rażąco niskiej cenie) lub rezygnuje z podpisania umowy. Jednak błędne jest wnioskowanie strony powodowej, że w takiej sytuacji zawieranie porozumienia jest nieracjonalne. Jest wręcz przeciwnie, bowiem przedsiębiorcy stwarzając takie warunki udziału w przetargu jak opisane wyżej niewątpliwie zwiększali szansę na wygranie przetargu przez jednego z nich i to ze znacznie lepszą ceną niż gdyby nie działali w porozumieniu. Należy bowiem podkreślić, że wygranie przetargu zawsze wiąże się z niepewnością, bo zależne jest od wielu czynników, w tym warunków ofert pozostałych uczestników nie będących w porozumieniu, sumy jaką zamawiający przeznaczył na inwestycję, czy też właśnie od swobody korzystania przez zamawiającego z ustawowych uprawnień. Dlatego brak pewności umawiających się przedsiębiorców czy wycofanie się jednego z nich z przetargu nie zniweczy całego planu, w szczególności czy zamawiający zawrze umowę z kolejnym oferentem z listy, nie wykluczał sensu całego porozumienia. Niewątpliwie przedsiębiorcy umawiając się co do strategii rezygnacji i ustalając wysokość cen zwiększali szansę na swoją wygraną (wszak udział w przetargu brały trzy ich oferty a nie jedna) wobec czego niwelowało to potencjalne ryzyko, że zamawiający w niektórych przetargach nie wybierze korzystnego dla nich wariantu zawarcia umowy z kolejnym z listy oferentem w razie rezygnacji pierwszego z przetargu.

Także rezygnacja z przetargu kosztem utraty wadium ma racjonalne i logiczne uzasadnienie i nie wyklucza samo w sobie zmywu przetargowej a wręcz odwrotnie, bo w okolicznościach niniejszej sprawy wzmacnia argumentację o istnieniu porozumienia. Jeśli bowiem rezygnacja kosztem utraty wadium następuje w sytuacji, gdy kolejnym oferentem z szansą na wygranie przetargu jest jeden z umawiających się przedsiębiorców, a jednocześnie jeśli różnica

między ceną rezygnującego oferenta a tego na korzyść którego rezygnacja de facto następuje jest duża i znacząco większa niż utraconego wadium (a taka sytuacja miała miejsce w sprawie niniejszej w przetargu 2, zadanie 14, 15, 16), to korzyść z rezygnacji jest oczywista. Tylko bowiem większa wartość kontraktu dla będącego w zmowie przedsiębiorcy, może zrekompensować przedsiębiorcy rezygnującemu utratę wadium.

Należy także podkreślić, że Sąd nie neguje prawa przedsiębiorców do kontaktów a nawet do współpracy, a więzy pokrewieństwa także nie stanowią same przez się dowodu na zawarcie porozumienia i nie są zakazane. Natomiast zachowania przedsiębiorców jakie zaistniały w niniejszej sprawie i istniejące relacje między przedsiębiorcami tylko wzmacniając argumentację wynikającą z samej już analizy zachowań podczas przetargów. Powiązania te łącznie z innymi dowodami tworzą logiczną całość dotyczącą relacji przedsiębiorców, które jednoznacznie wskazują, że zawarli oni porozumienie przetargowe. Tylko na marginesie należy wskazać, że nie może istnieć prawdziwa konkurencja między przedsiębiorcami startującymi w tych samych przetargach jeśli istnieją między nimi takie powiązania jak między K. R. a spółką (...), dla których to przedsiębiorców oferty przetargowe w istocie przygotowywała jedna osoba – K. R. (2). Wprawdzie K. R. (2) zaprzeczał, aby sporządzał oferty dla (...) i twierdził, że tylko dla swojej żony je przygotowywał, ale Sąd nie dał mu wiary i za Prezesem UOKiK przyjął, że dla (...) także K. R. sporządzał oferty, bo nie jest możliwe aby sporządzała je B. G. (1), skoro nie potrafiła podać żadnych danych z ofert (żadnej przykładowej stawki).

Należy również podnieść, że na celową, zamierzoną i świadomą koordynację zachowań świadczącą o zawarciu porozumień między przedsiębiorcami wyraźnie wskazują także ich wcześniejsze zachowania w przetargach na sprzątanie dróg i miejsc użyteczności publicznej w mieście B.. Miało to miejsce w przetargach organizowanych przez Urząd Miasta B. w latach 2010 – 2012 oraz przetargu dotyczącym utrzymania działek gminnych Skarbu Państwa zlokalizowanych na terenie Miasta B.. Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 7 maja 2014r., sygn. akt KIO (...), mając na uwadze zachowania przedsiębiorców: K. R. (1), J. Z. (1) oraz (...) w tym przetargu, a także w przetargach z lat poprzednich organizowanych przez Miasto B. stwierdziła, iż w/w przedsiębiorcy działali w porozumieniu w przedmiotowym przetargu. KIO wprawdzie wskazała, iż nie ma dowodu bezpośredniego na istnienie porozumienia między stronami postępowania, jednakże nie stanowiło to przeszkody w ustaleniu, iż porozumienie między nimi zostało zawarte na podstawie różnych okoliczności towarzyszących udziałowi tych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz w postępowaniach wcześniejszych.

Okoliczności sprawy niniejszej nie pozwalają więc na przyjęcie za prawdziwe twierdzeń stron porozumienia, że ich zachowania związane ze składaniem ofert w przetargu oraz w trakcie postępowania przetargowego były wynikiem samodzielnej decyzji każdego z przedsiębiorców a nie wynikiem zawarcia porozumienia. Zdaniem Sądu absolutnie nieprawdopodobnym jest aby decyzje odrębnych, samodzielnych podmiotów gospodarczych, działających na tym samym rynku zbiegły się w tak nieprawdopodobny sposób w odniesieniu do wysokości cen w tak licznych ofertach przetargowych, by przypadkowo idealnie w tym samym czasie składali oferty przetargowe i by decyzje o wycofywaniu ofert podejmowali tylko w specyficznych układach wyników przetargu – jeśli nie zaistniały żadne inne zewnętrzne zjawiska, które koordynację zachowań by usprawiedliwiały. Nie sposób bowiem potraktować jako zbiegu okoliczności niezwiązanego z jakimkolwiek porozumieniem, rezygnacji z przetargu z powodu rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem inne kontrakty wykonywali za cenę jednostkową znacznie niższą. Nic nie wskazuje bowiem, aby na zmianę decyzji i rezygnację z udziału w przetargu miały wpływ jakakolwiek inne zewnętrzne okoliczności jak np. zmiana przepisów, czy znaczny wzrost kosztów. Skoro więc przedsiębiorcy działali w określony wyżej sposób bez żadnego racjonalnego wytłumaczenia, to logiczne jest, że zachowanie to musiało być wynikiem skorelowanych działań tych przedsiębiorców.

Sąd zważył, co następuje:

Odwołanie strony powodowej nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż Prezes UOKiK prawidłowo zakwalifikował zachowanie powoda i pozostałych przedsiębiorców jako zawarcie zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję.

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

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje w powołanym przepisie zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja w przetargu funkcjonowała prawidłowo. Niezależnie od rodzaju porozumienia może ono dojść do skutku jedynie w stosunkach między samodzielnymi przedsiębiorcami, którzy dobrowolnie, świadomie do niego przystąpili, dla osiągnięcia zakazanego ustawą celu, wymierzonego przeciwko innym uczestnikom obrotu. Efektem takich działań jest zniekształcenie lub wyeliminowanie relacji konkurencyjnych na rynku właściwym.

Warto w tym miejscu jedynie zaznaczyć, że antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania stron, gdyż istotny dla możliwości stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia jest cel (przedmiot) porozumienia, a nie cel (zamiar) jego stron. Również doktryna wskazuje, iż tak rozumiany „przedmiot porozumienia” odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od „celu” ich działania, a więc istnieje nawet jeżeli strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań. Oczywiście jest przy tym, że w wypadku takich porozumień zakazanych ze względu na cel nie ma znaczenia rzeczywisty skutek czy też kwestia odczuwalności wpływu porozumienia na konkurencję na rynku właściwym.

Zasadniczo konkurencja oznacza swobodne działania wszystkich przedsiębiorców, ograniczone jedynie normami prawa. Oznacza to, że oczywiście możliwa jest współpraca pomiędzy przedsiębiorcami (zarówno tymi, którzy konkurują ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu), w tym także dopuszczalne jest zawieranie między nimi porozumień, ale tylko takich, które nie naruszają także przepisów prawa konkurencji.

Porozumienie zawarte przez K. R. (1), J. Z. (1) i (...) polegające na ustaleniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny w przetargach organizowanych przez GDDKiA na sprzątnięcie i koszenie dróg publicznych, także niewątpliwie ograniczało konkurencję cenową pomiędzy nimi jako oferentami ale także narażało na uszczerbek finanse publiczne, którymi zarządzała GDDKiA.

Dla zbadania czy na danym rynku doszło do naruszenia reguł konkurencji konieczne jest określenie tego rynku, w sposób o jakim mowa w art. 4 pkt 8 uokik. Pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Sąd uznał, dzielając w tym zakresie ustalenia Prezesa UOKiK, co nie było kwestionowane przez strony, iż w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, jest rynek usług polegających na sprzątnięciu pasów drogowych, ulic i parkingów oraz koszeniu pasów drogowych.

Rynek właściwy geograficznie należało odnieść od obszaru całego kraju. Drogi krajowe, których dotyczyły usługi, a którymi administruje GDDKiA Oddział w O., znajdują się wprawdzie na terenie województwa (...), jednakże z uwagi na fakt, iż przetargi ogłaszane były na stronach internetowych zarządców dróg i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, potencjalnie do tak ogłoszonych przetargów mogli przystąpić przedsiębiorcy z terenu całego kraju, stąd należało wyznaczyć rynek geograficzny jako krajowy.

Dowiedziany w niniejszej sprawie fakt zawarcia przez K. R. (1), J. Z. (1) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję co do warunków składanych ofert, w szczególności ceny oraz zachowania w toku przetargów jednoznacznie przesądzał uznanie, że przedsiębiorcy naruszyli reguły konkurencji na wyżej opisanym rynku właściwym. Przy czym antykonkurencyjny cel porozumienia tego porozumienia był jednoznaczny, skoro przedsiębiorcy w sposób nieuzasadniony rezygnowali z rywalizacji o udzielenie zamówienia (poprzez odstąpienie od podjęcia określonych czynności w toku przetargów), aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia oraz z uzgadniali warunki składanych ofert. Z racji tego, że przedsiębiorcy składali pozornie niezależne, bo odrębne oferty w jednym postępowaniu przetargowym, mogli manipulować wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego, tj. GDDKiA. Praktyka taka skutkowałą wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu konkurencji, gdyż konkurencja ta była pozorna i umożliwiała stronom tego postępowania uzyskanie zamówienia na korzystniejszych warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji.

W tych okolicznościach nałożenie na umawiających się przedsiębiorców kary było uzasadnione i znajdowało podstawę prawną w treści art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik który stanowi, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy. Wprawdzie nałożenie kary o jakiej mowa w powołanym przepisie ma charakter fakultatywny, to jednak okoliczności sprawy przemawiały za jej zastosowaniem. W szczególności prawidłowo ustalona przez organ umyślność działania przedsiębiorców miała w tym aspekcie szczególne znaczenie. Strony porozumienia jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego musieli mieć bowiem świadomość naruszania swoim zachowaniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję i to w typowej postaci, wprost przewidzianej w ustawie okik, jaką jest zмова przetargowa. Przy braku przypadkowości w działaniach przedsiębiorców jakie miały miejsce w opisywanych postępowaniach przetargowych, zachowanie przedsiębiorców jednoznacznie wskazywało na zamierzoną koordynację postępowania w konkretnych przetargach, co jednoznacznie wskazuje na umyślny charakter.

W ocenie Sądu nałożona na J. Z. (1) kara w wysokości 54.246 zł jest karą adekwatną do stopnia naruszenia interesu publicznego, gdyż zмowy przetargowe stanowią bardzo poważne ograniczenia konkurencji i są bardzo dla niej szkodliwe. Przy czym z uwagi na to, że porozumienie zawarte między przedsiębiorcami nie eliminowało zupełnie konkurencji, gdyż na rynku na którym zostało zawarte nie występują znaczące bariery wejścia na rynek (na rynku wykonywania usług utrzymania dróg działa wielu przedsiębiorców, o czym świadczyła m.in. duża liczba oferentów w przetargach organizowanych przez GDDKiA), kara nie została ustalona na wysokim poziomie. Okres naruszenia objęty decyzją nie był na tyle znaczący, aby mógł wpłynąć na podwyższenie kary, natomiast zasadnie organ jako okoliczność obciążającą uznał umyślność działania przedsiębiorcy. Zaprzestanie praktyki także nie mogło wpłynąć na zmniejszenie kary, gdyż zaprzestanie nie wynikało z woli realnego odrzucenia porozumienia lecz z faktu, że przetargi, których dotyczyło porozumienia zostały zakończone, czy to unieważnieniem czy podpisaniem umowy z jednym z oferentów.

Zważywszy na fakt, że kara ma spełniać funkcje prewencyjno-wychowawcze, powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Dlatego kara nie mogła zostać wymierzona w symbolicznej wysokości. Jednocześnie potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy wskazuje, że jest to kara do udźwignięcia i nie stanowi niemożliwego dla przedsiębiorcy wydatku finansowego, w szczególności także nie niesie też ze sobą ryzyka wyeliminowania go z obrotu gospodarczego.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności Sąd uznał, że orzeczona w decyzji kara w wysokości 54 .246 zł jest adekwatna do wagi stwierdzonego naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, przy czym należy mieć na względzie fakt, że osiągnięty przez J. Z. przychód w 2013r warunkował maksymalną karę na poziomie (...)zł.

Odnosząc się do kwestii procesowej, jaka zaistniała w toku postępowania sądowego a jaką było przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej J. Z. (1) w PHU (...) Sp. z o.o. w B., to Sąd stoi na stanowisku, że

przekształcenie to w żaden sposób nie wpłynęło na toczące się postępowanie, w szczególności nie nastąpiła sukcesja generalna i w konsekwencji nowo powstały podmiot prawa tj spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie mógł wstąpić w miejsce dotychczasowego powoda J. Z. (1).

Stosownie do treści art. 551 § 5 k.s.h. przedsiębiorca będący osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej (przedsiębiorca przekształcany) może przekształcić formę prowadzonej działalności w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę przekształconą).

Zdaniem Sądu w składzie obecnym, powyższe przekształcenie formy działalności gospodarczej przez J. Z. (1) w żaden sposób nie wpłynęło na toczące się postępowanie, w szczególności nie nastąpiła sukcesja generalna i w konsekwencji nowo powstały podmiot prawa tj PHU (...) Sp. z o.o. w B. nie mógł wstąpić w miejsce dotychczasowego powoda J. Z. (1). Sąd stoi na stanowisku, wyrażanym także w orzecznictwie Sądu Najwyższego, że przekształcenie o jakim mowa w art. 551 § 5 k.s.h. nie prowadzi do automatycznego wstąpienia do procesu nowego podmiotu w miejsce dotychczasowej przekształconej strony postępowania a jedynie można tu mówić o szczególnym rodzaju sukcesji singularnej, w której podstawienia procesowe następuje jedynie za zgodą przeciwnika procesowego jak w przypadku art. 192 pkt 3 k.p.c. Powyższe wynika z faktu, że skutkiem przekształcenia przedsiębiorcy jednoosobowego w spółkę z o.o., przekształceniu ulega nie sam podmiot lecz przedmiot jego działalności, tj prowadzone przez niego przedsiębiorstwo. Osoba fizyczna nie przestaje istnieć po przekształceniu, gdyż nadal przysługuje jej osobowość prawna, a przestaje istnieć jedynie jako przedsiębiorca. Osoba fizyczna nie staje się też nowym przekształconym podmiotem, lecz jest jedynie jedynym współnikiem innego podmiotu prawa cywilnego jakim jest nowo powstała spółka z o.o. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 29 stycznia 2016r w sprawie II CZ 94/15 „nie mamy tu do czynienia z sukcesją generalną, czy pełną kontynuacją podmiotu przekształcanego w inną postać prawną, które sytuowałoby spółkę przekształconą w sytuacji następcy prawnego jednoosobowego przedsiębiorcy. Ograniczony zakres kontynuacji wynikający z art. 584 (2) § 1 k.s.h. oznacza wstąpienie utworzonej spółki w prawa i obowiązki związane z działalnością gospodarczą prowadzoną przez jednoosobowego przedsiębiorcę, które nie skutkuje następstwem prawnym o charakterze ogólnym, a ma jedynie charakter *successio singularis* w rozumieniu art. 192 pkt 3 k.p.c.” (podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z 21 marca 2017r w sprawie II UZ89/16)

Oznacza to w sprawie niniejszej, że przekształcona spółka może wejść w miejsce dotychczasowej strony postępowania, którą jest J. Z. (1), ale tylko za zgodą strony przeciwnej, co jednak w sprawie nie miało miejsca. Zapytany na rozprawie o tę kwestię pełnomocnik pozwanego, wyraził zdanie, że podmiotem postępowania powinna być nadal J. Z. (1), skoro do niego została skierowana decyzja.

W tych okolicznościach, wobec niewyrażenia przez pozwanego zgody na wstąpienie do sprawy w miejsce J. Z. (1) spółki PHU (...) Sp. z o.o. w B., to nadal J. Z. (1) jest stroną postępowania, zaś PHU (...) Sp. z o.o. w B. nie nabyła uprawnień strony i czynności jej pełnomocnika podjęte na rozprawie są bezskuteczne.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wniesione przez stronę powodową odwołanie na podstawie art. 479 § 1 k.p.c. wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c. obciążając nimi w całości stronę powodową stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 § 3 k.p.c. Zgodnie z art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. do kosztów tych zaliczono koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka