

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 grudnia 2019 r.

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

Przewodniczący –	<b>Sędzia Sądu Okręgowego Małgorzata Perdion-Kalicka</b>
Protokolant –	Starszy sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 19 grudnia 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

połączonych spraw z odwołania:

### ***I. (...) sp. z o.o. w O.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów***

z udziałem P. Ś. i B. Ś.

### ***II. P. Ś.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów***

z udziałem (...) sp. z o.o. w O. i B. Ś.

### ***– o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję***

na skutek odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 13 września 2017r. Nr (...)

1. oddała oba odwołania;
2. zasądza od (...) sp. z o.o. w O. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 (siedemset dwadzieścia) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. zasądza od P. Ś. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 (siedemset dwadzieścia) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

XVII AmA 4/18

## UZASADNIENIE

Decyzją z 13 września 2017 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej uokik) zawarcie przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. oraz P. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą we W. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług obsługi kotłowni, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców oraz B. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. Ś. Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą w O., przystępujących do organizowanego w 2015 roku przez 14 (...) Oddział (...) w P. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach adm. przez (...) w P., treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania, celem doprowadzania do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę (pkt I decyzji).

Z tytułu naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik Prezes UOKiK, w zakresie określonym w decyzji, w pkt. III nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. karę pieniężną w wysokości 42.083,38 zł, zaś na P. Ś., karę pieniężną w wysokości 36.944,13 zł. Natomiast wobec B. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. Ś. Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą w O. postępowanie antymonopolowe zostało umorzone, z uwagi na zaprzestanie przez B. Ś. prowadzenia działalności gospodarczej i wykreślenie z ewidencji, a tym samym utratę przymiotu przedsiębiorcy, w stosunku do których mogą być wszczynane i toczyć się postępowania antymonopolowe.

W punkcie IV decyzji Prezes UOKiK obciążył spółkę (...) oraz P. Ś. kosztami postępowania w wysokości, odpowiednio 49,80 zł i 42 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł (...) sp. z o.o., zaskarżając decyzję w zakresie pkt. I, III i IV.

Powód (...) sp. z o.o. zarzucił decyzji naruszenie:

1. przepisów prawa procesowego, mogących mieć znaczący wpływ na treść wydanej decyzji, w szczególności:

a) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie ich interpretacji w sposób dowolny,

b) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez wykorzystanie instytucji domniemania faktycznego niezgodnie z zamierzeniem ustawodawcy,

c) art. 299 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, jako uzupełnienie materiału dowodowego w sprawie, w sytuacji niewystarczających dowodów,

d) art. 6 oraz art. 7 kpa w zw. z art. 83 uokik poprzez niepodjęcie wszelkich czynności celem wyjaśnienia sprawy i wydanie rozstrzygnięcia w oparciu o niewłaściwą ocenę faktyczną i prawną,

2. przepisów prawa materialnego, w szczególności:

a) art. 58 kc, poprzez jego niezastosowanie, zwłaszcza przez pominięcie w zaskarżonym rozstrzygnięciu kwestii bezprawnego działania (...) w P. w toku postępowania przetargowego i po jego zakończeniu,

b) art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez jego błędną wykładnię, a tym samym uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zaistnienia zmywy przetargowej

c) art. 106 ust. 1 w zw. z art. 111 uokik poprzez ich niewłaściwą wykładnię oraz zastosowanie, tym samym wymierzenie kary rażąco wysokiej,

3. błąd w ustaleniach faktycznych w szczególności:

a) uznanie, że pomiędzy skarżącym, a B. Ś., a P. Ś. istnieją bliskie relacje w szczególności gospodarcze i organizacyjne, co ma stanowić dowód zmywy przetargowej między tymi przedsiębiorcami,

b) uznanie, że pomiędzy skarżącym, a B. Ś. i P. Ś. w toku postępowania przetargowego dla(...) w P. doszło do współpracy mającej na celu umożliwienie zwycięstwa konsorcjum firm (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług (...).

W oparciu o podnoszone zarzuty powód domagał się uchylenia decyzji w zakresie pkt. I i III oraz umorzenia całości postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawie wobec skarżącego i zasądzenia kosztów postępowania według norm przepisanych (odwołanie, k. 19-29).

Odwołanie od decyzji wniósł także P. Ś., który zarzucił naruszenie:

1. przepisów prawa procesowego, mogących mieć znaczący wpływ na treść wydanej decyzji, w szczególności:

e) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie ich interpretacji w sposób dowolny,

f) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez wykorzystanie instytucji domniemania faktycznego niezgodnie z zamierzeniem ustawodawcy,

g) art. 299 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, jako uzupełnienie materiału dowodowego w sprawie, w sytuacji niewystarczających dowodów,

h) art. 6 oraz art. 7 kpa w zw. z art. 83 uokik poprzez niepodjęcie wszelkich czynności celem wyjaśnienia sprawy i wydanie rozstrzygnięcia w oparciu o niewłaściwą ocenę faktyczną i prawną,

2. przepisów prawa materialnego, w szczególności:

d) art. 58 kc, poprzez jego niezastosowanie, zwłaszcza przez pominięcie w zaskarżonym rozstrzygnięciu kwestii bezprawnego działania (...) w P. w toku postępowania przetargowego i po jego zakończeniu,

e) art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez jego błędną wykładnię, a tym samym uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zaistnienia zmywy przetargowej

f) art. 106 ust. 1 w zw. z art. 111 uokik poprzez ich niewłaściwą wykładnię oraz zastosowanie, tym samym wymierzenie kary rażąco wysokiej,

3. błąd w ustaleniach faktycznych w szczególności:

c) uznanie, że pomiędzy skarżącym, a B. Ś. i M. istnieją bliskie relacje gospodarcze, organizacyjne i rodzinne, co ma stanowić dowód zmywy przetargowej między tymi przedsiębiorcami,

d) uznanie, że pomiędzy skarżącym, a B. Ś. i M. w toku postępowania przetargowego dla (...) w P. doszło do współpracy mającej na celu umożliwienie zwycięstwa konsorcjum firm (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług (...).

W oparciu o podnoszone zarzuty powód domagał się uchylenia decyzji w zakresie pkt. I, III i IV oraz umorzenia całości postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawie wobec P. Ś. i zasądzenia kosztów postępowania według norm przepisanych (odwołanie, k. 18-23 akt XVII AmA 5/18).

Pozwany Prezes UOKiK wniósł o oddalenie obu odwołań i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd, zarządzeniem z dnia 19 grudnia 2019r wydanym na rozprawie, w oparciu o przepis art. 219 k.p.c., połączył odrębnie toczące się sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. i P. Ś. do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, skutkiem czego obie połączone sprawy toczą się pod jedną sygnaturą XVII AmA 4/18.

**Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Powód (...) sp. z o.o., jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr (...). Przedmiotem działalności spółki (...) sp. z o.o. są usługi porządkowe (odpis KRS powoda (...) sp. z o.o., k. 30 – 33). 99% udziałów w spółce (...) sp. z o.o., posiada A. Ś., żona P. Ś.. Prezesem zarządu (...) sp. z o.o. do 29 lipca 2015r był P. Ś..

P. Ś. prowadzi własną działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług (...) od 10 lutego 2011 r. Działalność P. Ś. w przeważającej mierze obejmuje sprzątnięcie, ale również zajmuje się obsługą kotłowni. Działalność ta jest wpisana do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

B. Ś. prowadził działalność gospodarczą pod firmą (...) w O.. B. Ś. jest ojcem P. Ś., a tym samym teściem A. Ś., która jest żoną P. Ś.. B. Ś. zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej z dniem 31 grudnia 2016r i z dniem 8 lutego 2017 został wykreślony z CEiDG.

14 (...) Oddział (...) w P. 22 lipca 2015 roku ogłosił przetarg na usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach administrowanych przez (...)w P.. Przedmiot przetargu został podzielony na dwa zadania: obsługę kotłowni wodnych na terenie poligonu B. oraz obsługę kotłowni parowej w D. gm. S.. Termin składania ofert upływał 30 lipca 2015 r. o godz. 12:00 (ogłoszenie o zamówieniu, k. 18-20 akt adm.)

Do przetargu przystąpiło 8 przedsiębiorców. Ofertę złożyło m. in. konsorcjum firm: (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą we W.. W przetargu brał też udział przedsiębiorca B. Ś. Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą w O.. (zbiorcze zestawienie ofert, k. 21-22 akt adm.).

Zbiorcze zestawienie poszczególnych ofert złożonych w przetargu:

Nr oferty	Nazwa (firma) wykonawcy	Cena oferty – zadanie 1 -	Cena oferty – zadanie 2 -
1	Zakład Usługowy (...) z Ł.	168.054,77 (po korekcie: 168.928.07)	278.249,43
2	(...) Kotłownie i (...) oraz Ogólnobudowlany z G.	-	163.098,00
3	PW (...) K. Ś. z N.	132.102,00	210.330,00
4	<u>Konsorcjum firm:</u> (...) sp. z o.o. z siedzibą w C., Przedsiębiorstwo Usług (...) z O.	144.648,00	263.466,00
5	(...) B. K. z G.	-	281.916,00

6	Przedsiębiorstwo Usług (...) z O.	128.781,00	243.540,00
7	Zakład Handlu i Usług (...) s.c. z B.	206.640,00	490.032,00
8	Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) Sp. z o.o. z B.	191.909,52	276.272,81

(...) Oddział (...) w P. przeznaczył kwotę 494 460,00 zł na sfinansowanie zamówienia. Przy czym na Zadanie nr 1 przeznaczono kwotę 202 950,00 zł, a na zadanie nr 2 kwotę 291 510,00 zł. Po otwarciu ofert komisja przetargowa stwierdziła rażąco niską cenę w stosunku do wyceny zamawiającego wobec ofert złożonych przez (...) Kotłownię i (...) oraz Ogólnobudowlany z G., PW (...) K. Ś. z N., a także Przedsiębiorstwo Usług (...) z O. (protokół roboczy, k. 332-334 akt adm.)

Zamawiający wezwał ww. przedsiębiorców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożonych ofert (wezwania, k. 23-25).

(...) Kotłownia i (...) oraz Ogólnobudowlany z G. nie udzielił żadnych wyjaśnień. PW (...) K. Ś. z N. lakonicznie wyjaśnił, iż oferta jest rzetelnie opracowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów. Konkurencyjność cenowa oferty wynika z możliwości zatrudnienia pracowników na umowy cywilno-prawne, co pozwala na ograniczenie obciążeń (ZUS) i podatków. Przedsiębiorstwo Usług (...) z O. drobiazgowo wyjaśniło, że rażąco niska cena wskazana w ofercie wynika z możliwości zatrudnienia 8 pracowników na umowę zlecenie, co generuje miesięczny koszt w wysokości (...) zł brutto i jednego pracownika posiadającego uprawnienia dozоровe, któremu należy zapłacić (...) zł brutto miesięcznie. Przedsiębiorca do odpowiedzi załączył szczegółową kalkulację w formie tabeli, w której wskazał, iż przy złożonej ofercie przewiduje zysk na poziomie (...) zł. (odpowiedź Przedsiębiorstwa Usług (...) z O., k. 26 akt adm., odpowiedź PW (...) K. Ś. z N., k. 27 akt adm., protokół roboczy, k. 332-334 akt adm.)

Komisja przetargowa odrzuciła oferty złożone przez (...) Kotłownię i (...) oraz Ogólnobudowlany z G. i PW (...) K. Ś. z N., a wybrała ofertę Przedsiębiorstwa Usług (...) z O. jako najkorzystniejszą (protokół roboczy, k. 332-334 akt adm.). W dniu 19 sierpnia 2015r zamawiający zawiadomił mailem uczestników przetargu o wyborze oferty B. Ś. i odrzuceniu ofert nr 2 i 3 (k.273 akt adm).

W dniu 21 sierpnia 2015r (...) wystąpił do (...)w P. o wgląd do ofert. W wyniku udostępnienia w dniu 25 sierpnia 2015r przedstawicielowi spółki (...) sp. z o.o., wglądu do wygranej oferty B. Ś., doszło do ujawnienia, iż zaświadczenie urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach przez B. Ś. jest nieaktualne. W dokumentacji przetargowej znajdowało się zaświadczenie z dnia 9.04.2015r, gdy tymczasem nie powinno być ono starsze niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (30.07.2015 upływ terminu składania ofert). Zamawiający, w związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości zaświadczenia, wezwał w dniu 25 sierpnia 2015r B. Ś. do przedłożenia prawidłowego zaświadczenia tj wskazującego na brak zaległości w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (wezwanie k.275 akt adm). B. Ś. już 19 sierpnia, a więc przed wezwaniem do złożenia właściwego zaświadczenia, wystąpił do Urzędu Skarbowego o wydanie stosowanego zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami na dzień 20 sierpnia 2015r. Do odbioru zaświadczenia z Urzędu Skarbowego upoważnił synową A. Ś. (posiadaczkę 99 % udziałów w spółce (...) sp. z o.o., T. W. (prezesa zarządu (...) sp. z o.o.) i syna P. Ś. (wniosek do US k.444 akt adm). Ostatecznie odbioru zaświadczenia dokonała córka B. Ś..

B. Ś. dostarczył zamawiającemu zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione 20 sierpnia 2015 r., potwierdzające brak zaległości podatkowych na dzień 20 sierpnia 2015 r. Wobec przedstawienia dokumentu potwierdzającego niezaleganie w podatkach w innej dacie niż wymagały tego warunki przetargu, a więc z daty po upływie terminu składania ofert, czyli w istocie niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, komisja przetargowa wykluczyła z postępowania firmę Przedsiębiorstwo Usług (...) z O. (pismo zamawiającego z 1.09.2015r k. 283 akt adm). Kolejną najkorzystniejszą spośród złożonych ofert była oferta konsorcjum firm: (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i Przedsiębiorstwa Usług (...) z siedzibą we W., która następnie została wybrana przez komisję przetargową (protokół roboczy 2, k. 335-336 akt adm.).

B. Ś. posiadał zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z podatkami, które pochodziło z okresu adekwatnego dla wymogów przetargu, tj z 2 lipca 2015r. Posłużył się nim w innym przetargu ogłoszonym przez (...) Oddział Gospodarczy dotyczącym obsługi kotłowni w kompleksach wojskowych w D. n/K. i Ż. (k.211 i 148 akt adm), przy czym w przetargu tym posłużył się jedynie poświadczoną za zgodność z oryginałem kopią, zatem oryginałem nadal dysponował. W przetargu tym B. Ś. wykorzystał także zaświadczenie z ZUS z 29 czerwca 2015r (k.358 akt adm), które także przedłożył w przetargu organizowanym przez (...) w P..

Między firmami składającymi oferty, tj. Przedsiębiorstwem Usług (...) z O., a konsorcjum firm: (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i Przedsiębiorstwo Usług (...) z siedzibą we W. występują powiązania rodzinne. B. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. Ś. Przedsiębiorstwo Usług (...) jest ojcem P. Ś. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Usług (...) we W., a także teściem A. Ś., która jest współnikiem (99% udziałów) w spółce (...) sp. z o.o. (KRS, k. 30v). A. Ś. i P. Ś. to małżeństwo. P. Ś. do 29 lipca 2015r pełnił funkcję członka zarządu (...) sp. z o.o.

(...) sp. z o.o. oraz B. Ś. wiązały długotrwałe relacje handlowe. Obaj przedsiębiorcy, działając w ramach konsorcjum wygrali przetarg, którego organizatorem było Państwowe (...) w O., na sprzątnięcie obiektów w latach 2013-2016. W ramach realizacji tego kontraktu B. Ś. wystawił na rzecz (...) sp. z o.o., faktury w łącznej kwocie (...) zł (k.449). Ostatnia faktura została wystawiona 30 listopada 2016r.

B. Ś. złożył do sądu wniosek o zawezwanie Skarbu Państwa (...) w P. do próby ugodowej. Domagał się zapłaty kwoty (...) zł tytułem utraconego **zysku**, wskutek bezprawnego unieważnienia wyboru jego oferty w przetargu (k.633 akt adm).

Przedstawiony wyżej stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone w toku postępowania administracyjnego. Dowody te nie były kwestionowane przez strony a Sąd także nie znalazł podstaw do odmowy im wiarygodności.

Sąd pominął wnioski dowodowe powodów o przesłuchanie świadków M. P. i M. H., pracowników zamawiającego na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty w postępowaniu przetargowym, braku zmywy przetargowej, braku zasadności nałożenia kary pieniężnej i jej wysokości oraz bezprawności działania zamawiającego w toku postępowania przetargowego. Powodem pominięcia tych wniosków był fakt, że okoliczność dotycząca przyczyn odrzucenia oferty została ustalona przez Sąd w oparciu o dowody z protokołów postępowania przetargowego, z których jednoznacznie wynikała, że powodem odrzucenia oferty B. Ś. przez zamawiającego było złożenie zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawionego w dacie po złożeniu oferty. Warto przy tym wskazać, że okoliczność ta została ustalona przez Sąd także zgodnie z wnioskiem dowodowym powoda, tj w oparciu o dowody z protokołu postępowania przetargowego, o których dopuszczenie powodowie wnosili.

Kolejną okolicznością, na którą mieli zeznawać świadkowie, było ustalenie, że do zmywy przetargowej nie doszło, gdy tymczasem w ocenie Sądu w sprawie niniejszej jest to już kwestia oceny prawnej, której dokonuje Sąd, w oparciu o dowody zgromadzone w toku postępowania sądowego, a zatem świadkowie takiej oceny dokonywać nie mogą.

Odnośnie wniosków o przesłuchanie w charakterze świadka B. Ś. i P. Ś., to w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że osoby te mogły zostać przesłuchane przez Sąd tylko w charakterze strony, a nie świadków.

Jest to oczywiste w świetle treści art. 479<sup>29</sup> § 1 k.p.c., w myśl którego stroną postępowania sądowego w sprawach wszczętych na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK są te podmioty, które były stronami w postępowaniu administracyjnym. Skoro więc P. Ś. i B. Ś. byli stroną postępowania administracyjnego, to są także stroną w postępowaniu sądowym. Natomiast fakt, że w stosunku do B. P. UOKiK umorzył postępowanie w sprawie, nie wpływa, w świetle jednoznacznej treści powołanego przepisu art. 479<sup>29</sup> k.p.c., na ocenę charakteru jego uczestnictwa w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie warto także wskazać, że B. Ś., pomimo umorzenia wobec niego postępowania, został wskazany w pkt I zaskarżonej decyzji jako uczestnik porozumienia, co utwierdza w przekonaniu, że powinien jednak być uczestnikiem postępowania sądowego na prawach strony (zainteresowanego), a w konsekwencji nie może być przesłuchany jako świadek.

Sąd pominął jednak dowód z przesłuchania stron, w oparciu o przepis art. 302 § 1 k.p.c. w myśl którego: gdy z przyczyn natury faktycznej lub prawnej przesłuchać można co do okoliczności spornych jedną tylko stronę, sąd oceni, czy mimo to należy przesłuchać tę stronę, czy też dowód ten pominąć w zupełności. Sąd postąpił tak samo, gdy druga strona lub niektórzy ze współuczestników nie stawili się na przesłuchanie stron lub odmówili zeznań.

W sprawie niniejszej Sąd wezwał do stawienia w charakterze strony P. Ś., B. Ś. oraz członka zarządu spółki (...), pod rygorem pominięcia dowodu w razie niestawienia. Spośród tych osób, na termin rozprawy wyznaczony na przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, stawili się tylko P. Ś., który oświadczył, że prezes zarządu spółki (...) T. W. się jąka i nic by nie zeznał przed sądem, zaś jego ojciec B. Ś., według jego oświadczenia, nie jest zdrowy („(...)”).

Zdaniem Sądu ograniczenie dowodu z przesłuchania stron tylko do wyjaśnień P. Ś. nie było celowe, gdyż w sytuacji, gdy zarzut dotyczy działania trzech przedsiębiorców w porozumieniu, nie byłoby możliwe dokonanie wszechstronnej oceny zachowania przedsiębiorców w oparciu o zeznania tylko jednego z nich. W szczególności nie byłoby także możliwe zweryfikowanie zeznań P. Ś., skoro pozostali przedsiębiorcy nie mogli zostać przesłuchani przez Sąd. Pełnomocnik powodów wskazywał na rozprawie, że zeznaniami P. Ś. zamierzał wykazać m.in. okoliczność nieprawidłowych relacji ojca i syna, czyli P. i B. Ś., braku więzi rodzinnych między nimi i braku współpracy ekonomicznej i gospodarczej. Jednak tych okoliczności Sąd nie mógłby zweryfikować zeznaniami pozostałych stron postępowania, bo z racji niestawienia nie było możliwe przesłuchanie ich na te same okoliczności. Przykładowo w żadnej mierze nie byłoby możliwe ustalenie tylko w oparciu o twierdzenia powoda, że jego ojciec z racji wieku jest osobą niedołązną i ociężałą umysłowo, co skutkowało dostarczeniem niewłaściwego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, na co wskazywał P. Ś.. Podobnie trudno tylko w oparciu o twierdzenia jednej ze stron ustalić jej faktyczne relacje rodzinne z drugą stroną. Ponadto, co do zasady, dowody z przesłuchania stron, będących jednocześnie stronami zarzucanego w decyzji niedozwolonego porozumienia, są z reguły mało przydatne do dokonania ustaleń faktycznych w tego typu sprawach. Po pierwsze, strony nie można zmusić, nawet pod groźbą kary za składanie fałszywych zeznań, do przyznania się do zarzucanego czynu (wolność od samooskarżania się). Po wtóre, strony, będąc zagrożone wysokimi karami administracyjnymi nałożonymi już w zaskarżonej decyzji, mają tendencję do pomijania lub umniejszania swojego udziału w porozumieniu, co jest rzeczą naturalną, zważywszy, że walczą w ten sposób o uniknięcie kary lub co najmniej jej zmniejszenie. W tych okolicznościach, Sąd doszedł do przekonania, że celowe jest pominięcie dowodu z przesłuchania w charakterze strony, ograniczonego tylko do przesłuchania P. Ś., z uwagi na niestawienie pozostałych stron, a tym samym niemożność przesłuchania, pozostałych stron postępowania. Co do zarzutu P. Ś., że niestawienie innych osób blokuje mu możliwość dania sądowi dowodu z jego zeznań, to należy wskazać, że na okoliczność relacji rodzinnych czy gospodarczych P. Ś. z ojcem, mógł on przedstawić Sądowi inne jeszcze dowody, np. zeznania dalszych członków rodziny, lub nawet osób spoza kręgów rodzinnych, które to osoby mają wiedzę na ten temat, a które jako świadkowie mają obowiązek stawienia, inaczej niż ma to miejsce w odniesieniu do stron postępowania.

**Sąd zważył, co następuje:**

Odwołania obu powodów w połączonych sprawach nie zasługiwały na uwzględnienie, gdyż Prezes UOKiK prawidłowo zakwalifikował zachowanie powodów oraz B. Ś. w związku z uczestnictwem w przetargu 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 przy wyłanianiu zwycięzcy 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.

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 świadczenia usług obsługi kotłowni. Usługa ta nie posiada substytutów i polega na zorganizowaniu produkcji energii cieplnej w oparciu o urządzenia udostępnione przez zamawiającego oraz pracę własnych pracowników. W szczególności, usługa obejmuje zapewnienie gotowości i obsługę urządzeń, instalacji i elementów kotłowni, utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni oraz dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła, a ponadto nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników.

Rynek właściwy geograficznie należało odnieść od obszaru całego kraju, co także pozostawało poza sporem.



Zdaniem Sądu w obu połączonych sprawach został dowiedziony fakt zawarcia przez Konsorcjum (...) Sp. z o.o. i P. Ś. oraz przez B. Ś. porozumienia ograniczającego konkurencję. Jakkolwiek brak jest dowodu bezpośredniego na zawarcie porozumienia, gdyż przedsiębiorcy nie zawarli w tej kwestii, z powodów oczywistych, formalnej umowy, to zebrany materiał dowodowy pozwala na ustalenie faktów, które stanowią podstawę do jedyne go możliwego w danych okolicznościach faktycznych wniosku, że takie uzgodnienia miały miejsce między nimi. Przy czym antykonkurencyjny cel tego porozumienia był jednoznaczny, skoro B. Ś. w sposób niczym nieuzasadniony, poprzez dostarczenie niewłaściwego dokumentu (pomimo tego, że dysponował właściwym), zrezygnował de facto z wykonania zamówienia w wygranym przetargu, ustępując w ten sposób miejsca lub doprowadzając do wygrania przetargu przez Konsorcjum, które złożyło drugą, pod względem atrakcyjności cenowej dla zamawiającego, ofertę, jednak ofertę za którą zamawiający musiał zapłacić wyższą cenę.

Z racji tego, że Konsorcjum i (...) składali pozornie niezależne, bo odrębne oferty w postępowaniu przetargowym, mogli manipulować wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego, tj. 14 (...) Oddziału (...) w P.. Doprowadziło to do 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.

Ustalony powyżej stan faktyczny dawał podstawy do uznania, że działania przedsiębiorców w trakcie postępowania przetargowego były skoordynowane i były przejawem zmywy przetargowej.

Dowody, na których Sąd oparł powyższe ustalenia są 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 dowodach pośrednich i domniemaniach faktycznych.

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 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).

Przedstawione powyżej dowody, oraz sekwencja zdarzeń, pozwalały zdaniem Sądu ustalić z pełnym przekonaniem, że istniała praktyka w/w przedsiębiorców polegająca na uzgodnieniu treści składanych ofert, oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania. Wniosek taki jest wynikiem dedukcji, wywiedzionym z ustalonych okoliczności, nie w oparciu o pojedyncze dowody, ale w oparciu o cały szereg dowodów.

W sprawie niewątpliwe były następujące fakty:

- B. Ś. złożył ofertę tańszą niż Konsorcjum i jego oferta została wybrana przez zamawiającego;
- oferta B. Ś. zawierała nieaktualne zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o zaleganiu z podatkami;
- B. Ś. był w posiadaniu właściwego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, którym posługiwał się w innym przetargu, w którym startował w tamtym czasie i mógł je także wykorzystać w przetargu organizowanym przez (...) Oddział Gospodarczy w P.; przy czym w obu tych przetargach B. Ś. posłużył się tożsamym zaświadczeniem z ZUS;
- dzień po dokonaniu wyboru oferty B. Ś. przez zamawiającego, tj. 20 sierpnia 2015r wystąpił on do Urzędu Skarbowego o wydanie aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, przy czym do odbioru tego zaświadczenia upoważnił: A. Ś. (synową i posiadaczkę 99% udziałów w (...)), T. W. (Prezesa zarządu (...)) i P. Ś. (syna);

- przedstawiciel uczestnika Konsorcjum (...) po dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty B. Ś., 21 sierpnia 2015r wystąpił do zamawiającego o wgląd do tej oferty i wskazał w tej ofercie wadliwość w postaci nieadekwatnego w czasie zaświadczenia z Urzędu Skarbowego;
- zamawiający, skutkiem zgłoszenia (...), wezwał B. Ś. do uzupełnienia oferty poprzez złożenie właściwego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego;
- B. Ś., pomimo posiadania stosowanego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, złożył kolejny raz nieodpowiednie zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, skutkiem czego zamawiający wykluczył go z przetargu, a przetarg ostatecznie wygrało Konsorcjum (...), którego oferta była następna pod względem ceny;
- cena usługi oferowanej przez Konsorcjum była wyższa od ceny z oferty B. Ś. o kwotę 35.793 zł.

Powyższe zestawienie faktów wskazuje, że B. Ś., dysponując stosownym zaświadczeniem, dwukrotnie, w przetargu organizowanym przez 14 (...) Oddział (...) w P., przedłożył niewłaściwe zaświadczenie, przy czym za drugim razem, uczynił to wiedząc, że spowoduje to wyeliminowanie go z przetargu, co z kolei oznaczało, że najkorzystniejszą ofertą jest ta złożona przez jego syna P. Ś. oraz spółkę (...), w której jego synowa posiadała 99% udziałów. Już te tylko fakty, zdaniem Sądu pozwalają na postawienie tezy, że działanie B. Ś. było celowe i uzgodnione z członkami konsorcjum i zmierzało do wyboru przez zamawiającego oferty konsorcjum, która była droższa niż oferta B. Ś.. Przedstawiony schemat działania jest typowym dla zmów przetargowych podstawianiem ofert, które polega na wycofywaniu tańszej oferty, w tym celu, aby kontrakt uzyskał inny oferent będący w porozumieniu, który zaoferował wyższą cenę. Sposoby wycofywania ofert są różnorodne, ale jedną z bardziej typowych form jest spowodowanie, aby to zamawiający wyeliminował tańszą ofertę z przetargu z powodów formalnych. Właśnie nieuzupełnienie oczywistego i łatwego do uzupełnienia braku oferty jest najczęściej spotykanym przy znowach przetargowych przykładem takiego wycofywania oferty. Najczęściej także oferty składane są celowo z brakami, po to, aby już po otwarciu ofert zdecydować czy uzupełnić brak czy też nie, w zależności od układu (kolejności) poszczególnych ofert. Wskazuje na to doświadczenie jakim Sąd dysponuje na podstawie rozstrzygania szeregu spraw dotyczących zmów przetargowych, ale także w literaturze przedmiotu taki schemat działania, umawiających się w sposób niedozwolony przedsiębiorców, jest najczęściej wymieniany.

Faktyczna rezygnacja przez B. Ś. z przetargu nie miała żadnego innego rzeczowego powodu, niż realizacja ustalonego wspólnie przez przedsiębiorców sposobu działania. Nie sposób też przyjąć, że złożenie wadliwego zaświadczenia i to 2 krotnie było wynikiem tylko oczywistej omyłki, jak twierdzili przedsiębiorcy. Należy bowiem podkreślić, że B. Ś. był przedsiębiorcą, który prowadził działalność gospodarczą od bardzo długiego czasu (pierwszą działalność gospodarczą zarejestrował w 1993r). Miał więc znaczne doświadczenie, w tym też był doświadczony w pozyskiwaniu zamówień w ramach przetargów publicznych. Ważne z punktu widzenia niniejszej sprawy jest także i to, że B. Ś. posiadał właściwe zaświadczenie już w chwili składania oferty w przetargu organizowanym przez (...) w P.. Właściwym zaświadczeniem posłużył się bowiem w innym przetargu, organizowanym przez (...) Oddział Gospodarczy w Ś., w którym składając 10 lipca 2015 ofertę załączył zaświadczenie z US z 2 lipca 2015r. Co znamienne w obu tych przetargach B. Ś. posłużył się takim samym zaświadczeniem z ZUS (kopią tego samego zaświadczenia), natomiast zaświadczenia z US przedstawił różne, przy czym w przetargu organizowanym przez (...) (...) Oddział (...) w P. przedstawił niewłaściwe zaświadczenie.

Dla ustalenia, że przedsiębiorcy działali w porozumieniu nie bez znaczenia był też kolejny, w żaden racjonalny sposób niewytłumaczalny fakt, że B. Ś. posiadając właściwe zaświadczenie z US, już w kolejnym dniu po ogłoszeniu wyników przetargu (20 sierpnia, chociaż pismo nosi datę 19 sierpnia) wystąpił do US o zaświadczenie, także niewłaściwe (z uwagi na datę jaką wskazał jako adekwatną do określenia niezalegania z podatkami). Zatem wystąpił o wydanie zaświadczenia, pomimo tego, że zamawiający nie wezwał go jeszcze do uzupełnienia tego braku, ani nawet nie dostrzegł tego braku oferty B. Ś.. Wziąwszy więc pod uwagę, że reprezentant (...) już w kolejnym dniu (21 sierpnia) wystąpił do zamawiającego o wgląd do ofert, w tym oferty B. Ś. i na wadę tej oferty w postaci niewłaściwego zaświadczenia z US wprost wskazał, nie sposób nie powiązać tych faktów, jako działań dokonanych w porozumieniu. Tym bardziej, że tłumaczenie B. Ś., jakoby wystąpienie 19 sierpnia do US o zaświadczenie nie pozostawało w związku

z następczym wskazaniem przez M. tej wady w zwycięskiej ofercie, nie jest racjonalne i pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Mianowicie B. Ś. w toku postępowania administracyjnego twierdził, że zaświadczenie z US było mu potrzebne do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej, która pozwoliłaby mu złożyć, wymagane w SIWZ, zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które stanowiło 2 % wartości ceny, a więc kwotę niespełną 7.500 zł. gdyż jak twierdził nigdy nie składał zabezpieczenia w gotówce. Tłumaczenie to zdaniem Sądu nie jest wiarygodne, gdyż kwota 7.500 zł, na co słusznie zwrócił uwagę Prezes UOKK, jest symboliczna w obliczu obrotów jakie uzyskiwał B. Ś. w ostatnich latach. Zważywszy więc, że B. Ś. nie przedstawił żadnych dowodów na to, że zwracał się do banków i towarzystw ubezpieczeniowych o udzielenie takiej gwarancji, w szczególności, że takiej znikomej w stosunku do obrotów gwarancji nie mógł uzyskać w banku, w którym prowadził rachunek rozliczeniowy dla wykonywanej działalności gospodarczej, w oparciu tylko o historię transakcji dokonywanych za pośrednictwem tego banku, Sąd uznał jego twierdzenia za gołosłowne i nieracjonalne w przedstawionych okolicznościach.

Powyzsza sekwencja zdarzeń w ocenie Sądu potwierdza tezę Prezesa UOKK, że jedynym wytłumaczeniem zachowania B. Ś. było celowe działanie zmierzające do wyłonienia w przetargu mniej korzystnej dla zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum, oraz że B. Ś., podobnie jak Konsorcjum wiedział od samego początku, że złożona przez niego oferta zawiera błędy. Tym samym, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, nie można złożyć na karb zwykłej omyłki, przedstawienia niewłaściwego zaświadczenia, które ostatecznie wyeliminowało ofertę B. Ś. i umożliwiło wygranę przetargu Konsorcjum.

Tezę powyzszą utwierdzają dodatkowo także powiązania rodzinne występujące pomiędzy przedsiębiorcami, co zostało przedstawione w stanie faktycznym. Zaprzeczenia przedsiębiorców o braku więzi także pozostały gołosłowne, natomiast inne dowody zgromadzone w sprawie także im przeczą. Po pierwsze należy wskazać, że przedsiębiorcy, pozostający w rzeczywistych więzach pokrewieństwa i powinowactwa, niewątpliwie utrzymywali też relacje gospodarcze. Mianowicie B. Ś. działając w konsorcjum z(...) wygrał przetarg na utrzymanie porządku na terenie Muzeum w O. w latach 2013-2016 i z tego tytułu uzyskiwał od (...) wynagrodzenie znacznych rozmiarów (na tym kontrakcie zarobił około (...) zł). Ponadto B. Ś. właśnie syna P. i synową A. Ś. oraz Prezesa Zarządu spółki (...) wskazał jako osoby upoważnione do odbioru zaświadczenia z Urzędu Skarbowego w sierpniu 2015r. Zdaniem Sądu powyzsze dowodzi bardzo dobrych relacji, co najmniej gospodarczych, ale i znacznego zaufania jakim obdarzali siebie nawzajem ojciec oraz syn z rodziną. Nie sposób w tym kontekście przyjąć za prawdziwe twierdzeń P. Ś., że nie ma dobrych relacji z ojcem. Podobnie nie są w tym kontekście wiarygodne twierdzenia B. Ś., że upoważnienie rodziny i prezesa spółki (...) do odbioru zaświadczenia było wyłącznie omyłką osoby, która przygotowywała wniosek do US, a nie było jego wolą upoważniać tych osób. Po pierwsze, jak słusznie zauważył Prezes UOKK, wniosek do US zawierający upoważnienie jest jednostronnym dokumentem, zawierającym minimalną ilość treści. Nie sposób więc przyjąć, że B. Ś. podpisując wniosek, przygotowany przez inną osobę, nie dostrzegł jego treści, w szczególności, że upoważnia do odbioru zaświadczenia bliskie mu osoby i w razie braku takiej woli nie dokonał prostego skreślenia upoważnienia. Po wtóre, jeśli osoba przygotowującą wniosek do US, skorzystała z wcześniejszego wzoru wniosku, na co wskazywał B. Ś., to oznacza, że standardowo osoby te były upoważniane do dokonywania czynności związanych z działalnością B. Ś., a w konsekwencji wskazuje też na to, że dotychczasowe relacje ojca i syna były dobre, skoro współpracowali także w taki sposób.

Przedstawiona analiza ustalonych faktów oraz zaistniała sekwencja zdarzeń, w ocenie Sądu w sposób jednoznaczny 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 wygranę przetargu w zależności od tego, czy szanse na wygranę przetargu miał inny z umawiających się przedsiębiorców.

Jednocześnie zdaniem Sądu nie istniały inne wiarygodne i logiczne wytłumaczenia lub powody, dla których powyzsze fakty należało interpretować inaczej niż jako wolę ustalenia zasad uczestnictwa i rezygnacji w przetargu. W szczególności takim argumentem nie może być twierdzenie powodów, że brak było interesu ekonomicznego

w zawarciu porozumienia, a ten przyświeca zazwyczaj wszelkim znowom, gdyż w sprawie niniejszej powyższa okoliczność nie tak jednoznaczna, jak twierdzili powodowie.

Po pierwsze powodowie twierdzili, że fakt, że B. Ś. podlegał ryczałtowemu opodatkowaniu (8,5%) jest jednoznaczny z możliwością uzyskania przez niego większego zysku niż ten, jaki mogło w wyniku wygrania przetargu uzyskać konsorcjum, w którym każdy przedsiębiorca podlegał opodatkowaniu na poziomie 19 % (podatek CIT 19 % i podatek liniowy 19 % P. Ś.). Jednak takie proste porównanie wysokości podatków jakim podlegają podatnicy, bez uwzględnienia różnic, jakie wiążą się z podleganiem różnym formom opodatkowania nie pozwala na takie jednoznaczne stwierdzenie, że oferta Konsorcjum była dla jego członków mniej rentowna niż oferta B. Ś..

Należy bowiem wziąć pod uwagę, że te różne formy opodatkowania zupełnie inaczej podchodzą do kosztów działalności. O ile w podatku ryczałtowym, opodatkowaniu podlega cały przychód bez możliwości odliczania poniesionych kosztów, o tyle w podatku PIT liniowym i podatku CIT opodatkowaniu podlega tylko dochód przedsiębiorcy, a więc przychód pomniejszony o koszty. Zatem przy podobnych dochodach, to w istocie poziom kosztów działalności każdego z przedsiębiorców, decyduje o ostatecznym zysku każdego z nich. Nie jest też tak, jak wskazywali powodowie, że skoro poziom kosztów dotyczących zadania objętego przetargiem musiał być podobny i dla konsorcjum jak i dla B. Ś., to rentowność przedsięwzięcia należy oceniać tylko w oparciu o wysokość opodatkowania liczonego tylko dla tego jednego kontraktu. Zdaniem Sądu dla dokonania ostatecznej oceny należy jednak wziąć pod uwagę całą sytuację ekonomiczną każdego z przedsiębiorców w skali całego roku podatkowego, a nawet kilku lat, gdyż strata z lat poprzednich może być rozliczona w kolejnych latach. Przykładowo, gdyby P. Ś. lub (...) ponieśli na początku roku duże koszty, lub inne wydatki, które mogłyby być wliczone w koszty działalności, pomimo tego, że nie przyniosły oczekiwanych zysków, to wówczas dla rocznego dochodu z działalności, a to należy oceniać ostatecznie przy ocenie rentowności działalności każdego z przedsiębiorców, obojętna może być jednostkowa wielkość przychodu uzyskanego z jednej transakcji/kontraktu (tu przetargu na usługi obsługi kotłowni).

Należy przy tym zwrócić także uwagę, na co wskazał P. Ś. na rozprawie, że on zazwyczaj startuje do przetargów w konsorcjum z przedsiębiorcą, który jest opodatkowany w formie ryczałtowej, gdyż jest to dla niego najbardziej opłacalne, natomiast w tym przetargu wyjątkowo startował ze spółką (...) opodatkowaną podatkiem CIT 19 %, z uwagi na fakt, że spółka ta chciała uczestniczyć w innym podobnym przetargu dotyczącym obsługi kotłowni, organizowanym przez (...) i potrzebowała uzyskać podstawę do wykazania się doświadczeniem w podobnych przedsięwzięciach. Powyższe zdaniem Sądu jednoznacznie wskazuje, że o ile nawet sama rentowność kontraktu dla Konsorcjum (...)/ P. Ś. nie była taka duża jak dla B. Ś., to jednak M. miała w wygraniu przetargu inny biznesowy cel, jakim było wygranie innego przetargu organizowanego przez PKP. Zatem dodatkowy zysk konsorcjum, jaki zostaje zazwyczaj osiągnięty w przypadku znowy przetargowej, mógł ewentualnie nie wynikać z wykonania zadania objętego przetargiem organizowanym przez (...)w P. za wyższą cenę niż mógłby to wykonać B. Ś., ale zysk ten miałby się zrealizować w kolejnym przetargu organizowanym przez PKP, na którego wygranie liczyła spółka (...). Można więc mówić o pośredniej korzyści, na jaką szczególnie spółka (...) mogła liczyć, zawierając porozumienie, które doprowadziło do wygrania przetargu przez Konsorcjum z jej udziałem, co z kolei zwiększało jej szanse na wygraną w przetargu organizowanym przez PKP.

W kontekście mniejszej rentowności kontraktu dla Konsorcjum niż dla B. Ś., to należy zwrócić uwagę, na co wskazywał także Prezes UOKK, że zyski jakie miał osiągnąć na realizacji kontraktu B. Ś. nie zostały w żaden sposób wykazane. W tym kontekście należy przede wszystkim wskazać, że raz mówił on o zysku rządu (...)zł (gdy dochodził tej kwoty tytułem utraconego zysku od zamawiającego, kierując do niego zawiązanie do próby ugodowej) a raz (...) zł (gdy składał zamawiającemu wyjaśnienia wobec zarzutu rażąco niskiej ceny). Na marginesie tylko, w kontekście zawiązania do próby ugodowej, Sąd skonstatował, że była to czynność jedynie pozorna, dokonana jedynie na potrzeby zaprzeczania zawartemu porozumieniu. Zwrócić należy bowiem uwagę, że B. Ś. nie skorzystał z przysługującego mu prawa wniesienia odwołania od decyzji przetargowej do Krajowej Izby Odwoławczej, co byłoby naturalną konsekwencją w sytuacji, w której kwestionował wybór oferty Konsorcjum. Z kolei za złożeniem zawiązania do próby ugodowej nie poszły dalsze kroki procesowe, jak wytoczenie powództwa o zapłatę odszkodowania, które są naturalną konsekwencją poniesienia rzeczywistej straty, którą powinien wyrównać sprawca szkody. Nie bez znaczenie

jest też fakt, że zawezwanie do próby ugodowej zostało złożone dopiero po upływie ponad 1,5 roku od rozstrzygnięcia przetargu.

Zdaniem Sądu powyższe okoliczności nie wyłączają tezy, że to aspekty ekonomiczne zdecydowały de facto o wycofaniu przez B. Ś. oferty, w szczególności, że celem uzgodnień między Konsorcjum a B. Ś. było uzyskanie zamówienia przez jednego z umawiających się przedsiębiorców na korzystniejszych warunkach, niż gdyby wycofanie oferty z niższą ceną nie nastąpiło. Przy czym nie można pomijać w niniejszej sprawie ewentualnego aspektu przeniesienia uzyskania korzyści ze zмовы, na inny kontrakt na który liczyła spółka (...), którego warunkiem było posiadanie wcześniejszych doświadczeń przy obsłudze kotłowni.

Odnosząc się do zarzutu obu odwołań wskazującego na bezprawne działania (...) w P. w toku postępowania przetargowego i po jego zakończeniu, to zdaniem Sądu okoliczność ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Przedmiotem oceny w sprawie niniejszej jest tylko zachowanie przedsiębiorców biorących udział w przetargu, którzy zawarli niedozwolone porozumienie. Dla oceny przedmiotowego czynu zakazanego przez ustawę o ochronie konkurencji konsumentów, jakim jest zakaz zawierania porozumień polegających na uzgadnianiu warunków składanych ofert przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu, należy w sprawie niniejszej wziąć pod uwagę tylko zachowanie samych oferentów, gdyż w sprawie nie został wyartykułowany zarzut dotyczący udziału w porozumieniu organizatora przetargu, w szczególności żadne dowody na to nie wskazywały. Natomiast dla oceny zachowania oferentów pod kątem zawarcia porozumienia nie są istotne zachowania organizatora przetargu. Nota bene także powodowie w sprawie niniejszej w żadnej mierze nie wskazywali, że uczestnikiem porozumienia był także organizator przetargu. Powodowie próbowali natomiast dowieść, że nieważność postępowania przetargowego zwalnia ich od odpowiedzialności. Otóż tak nie jest, gdyż postawienie zarzutu zawarcia porozumienia nie wymaga, aby przetarg doszedł w ogóle do skutku lub by to jeden z umawiających się przedsiębiorców wygrał przetarg i podpisał umowę z jego organizatorem. Porozumienie przetargowe jest zakazane per se (samo z siebie), nawet w sytuacji gdy nie dochodzi do wyłonienia żadnego zwycięzcy przetargu, czy też zwycięzcą przetargu jest inny przedsiębiorca niż uczestniczący w zмовы. Zatem okoliczność, że postępowanie przetargowe było wadliwe (czego sąd nie przesądza, bo nie badał tej okoliczności jako nieistotnej dla rozstrzygnięcia sprawy) nie może skutkować uznaniem, że do zмовы między przedsiębiorcami nie doszło. Taka interpretacja jest oczywista w świetle treści art. 6 u.o.k.ik., który zakazuje zawierania porozumień, których celem (lub skutkiem) jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zatem wystarczające jest, aby przedsiębiorcy przystępujący do przetargu podjęli takie działania, dotyczące składanych w przetargu ofert, których celem mogło być naruszenie konkurencji. Oczywiście jest w świetle powyższego, że skoro nie musi wystąpić skutek antykonkurencyjnych działań podjętych przez przedsiębiorców biorących udział w przetargu, to również nie musi dojść do skutku sam przetarg, a więc w konsekwencji także działania organizatora przetargu dotyczące samego przetargu są tu irrelevantne prawnie, o ile oczywiście nie jest on uczestnikiem zмовы przetargowej, co w sprawie niniejszej nie miało miejsca.

Mając na uwadze powyższe, Sąd doszedł do przekonania, że istniejące pomiędzy przedsiębiorcami powiązania gospodarcze i rodzinne, w kontekście zaistniałych faktów, skutkiem których w następstwie własnego działania B. Ś., zwycięzca przetargu, został z niego wyeliminowany, stwarzając tym samym możliwość, aby przetarg wygrało Konsorcjum przedsiębiorców powiązanych z nim rodzinnie i gospodarczo, wskazują na bardzo wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy tymi przedsiębiorcami istotnych informacji gospodarczych, skutkiem czego przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert i zamiast konkurować, współpracowali ze sobą.

Zatem pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, oczywiście jest w sprawie, że doszło do zawarcia przez B. Ś. oraz konsorcjum firm (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług (...), zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, gdyż zachowań przedsiębiorców nie można wytłumaczyć w inny sposób, niż istnieniem zмовы przetargowej.

W tym stanie rzeczy Sąd uznał, że doszło do zawarcia zakazanego porozumienia o jakim stanowi w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w konsekwencji, że istnieją podstawy do nałożenia na

przedsiębiorców kary, o jakiej mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.ik., w myśl którego Prezes UOKK może nałożyć na przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu, osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Odnośnie wysokości nałożonej na każdego z przedsiębiorców kary, to została ona ustalona zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 111 uokik, zgodnie z którymi Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia. Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie. Okolicznościami łagodzącymi, są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków, współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję, w tym unikanie przez niego wprowadzenia w życie postanowień porozumienia ograniczającego konkurencję, działanie pod przymusem. Okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia ograniczającego konkurencję lub nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu; przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców lub osób w celu wprowadzenia w życie lub kontynuowania naruszenia, dokonanie uprzednio podobnego naruszenia, umyślność naruszenia.

W oparciu o powyższe przesłanki wymiaru kary Prezes UOKK uznał, że naruszenie jakiego dopuścili się przedsiębiorcy należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W konsekwencji zakwalifikował naruszenie do kategorii bardzo poważnych naruszeń i uznał, że adekwatna do tej szkodliwości będzie kwota bazowa kary w wysokości 1,1 % przychodu, co w odniesieniu do dla (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. stanowiło kwotę 38.257,58 zł, zaś dla P. Ś. 33.585,57zł.

Ustalając tę kwotę organ wziął pod uwagę specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, a w szczególności strukturę rynku właściwego, na którym doszło do zawarcia porozumienia, tj. fakt, że rynek świadczenia usług obsługi kotłowni jest rynkiem, na którym występują małe bariery wejścia i na którym funkcjonuje bardzo duża liczba przedsiębiorców.

Z drugiej strony, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, iż porozumienie między stronami zostało wprowadzone w życie, a także że wywarło negatywne skutki na rynku.

Tak ustalone kwoty kary Prezes UOKK podwyższył o 10 % z uwagi na umyślny charakter praktyki.

Zdaniem Sądu tak ustalona przez organ kara została wymierzona w odpowiedniej proporcji do naruszenia przez obu powodów reguł prawa konkurencji. Sąd podziela argumentację Prezesa UOKK dotyczącą poważnego naruszenia, gdyż zmywy, także przetargowe, stanowią poważne ograniczenia konkurencji.

W szczególności także, prawidłowo ustalona przez organ umyślność działania przedsiębiorców, miała szczególne znaczenie dla wymiaru kary. 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 zmywa przetargowa. Przy braku przypadkowości w działaniach przedsiębiorców, jakie miały miejsce w opisywanym postępowaniu przetargowym, zachowanie przedsiębiorców jednoznacznie wskazywało na zamierzoną koordynację postępowania w przetargu, co jednoznacznie wskazuje na umyślny charakter działania.

Istotne dla kwestii wysokości kary jest także i to, że porozumienie, które zostało zawarte w określonym celu, zostało wprowadzone w życie a także, że wywarło negatywne skutki na rynku. Wybór oferty konsorcjum nastąpił bowiem ze

szkodą dla zamawiającego, który zmuszony został do wyłożenia wyższej kwoty ze środków publicznych na realizację zamówienia, niż gdyby istniała rzeczywista konkurencja między Konsorcjum a B. Ś..

W ocenie Sądu nałożona na (...)kara w wysokości 42.083 zł, a na P. Ś. w wysokości 36.944,13 zł jest karą adekwatną do stopnia naruszenia interesu publicznego. 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 obsługi kotłowni, o czym świadczyła m.in. duża liczba oferentów w przetargach), 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 podpisaniem umowy.

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. Kara ma bowiem zapobiegać ponownemu naruszeniu prawa konkurencji przez powodów w tej sprawie, ale także odstraszać innych przedsiębiorców przed podobnymi działaniami. Aby osiągnąć zaś ten skutek, wysokość kary nie może być symboliczna. Musi być ona odpowiednio odczuwalna i dolegliwa na tyle, aby przedsiębiorcom nie opłacało się zawierać podobnych porozumień, nawet w sytuacji potencjalnie wysokich korzyści jakie mogą uzyskać w wyniku realizacji niedozwolonego porozumienia.

Dlatego kara nie mogła zostać wymierzona w symbolicznej wysokości. Jednocześnie potencjał ekonomiczny przedsiębiorców wskazuje, że jest to kara do udźwignięcia i nie stanowi niemożliwego dla nich wydatku finansowego, w szczególności także nie niesie też ze sobą ryzyka wyeliminowania przedsiębiorców z obrotu gospodarczego, gdyż jest znacznie mniejsza niż roczne zyski każdego z przedsiębiorców, które wynoszą ponad (...) złotych.

Należy jednak odnotować, że Prezes UOKK nieprawidłowo zastosował art. 106 uokik, wskazując, że punktem odniesienia dla wymiaru kary są przychody przedsiębiorcy uzyskane w roku, w którym przedsiębiorcy dopuścili się zakazanej praktyki, a więc obrót z roku 2015r i od tego dochodu liczył wysokość kwoty bazowej. Tymczasem powołany przepis art. 106 wyraźnie stanowi, że wysokość kary odnosi się do obrotu w roku poprzedzającym wymierzenie kary. Zatem skoro decyzja i wymierzenie kary miały miejsce w 2017r, to adekwatnym przychodem dla obliczenia kary powinien być rok 2016.

Powyższa konstatacja nie mogła jednak wpłynąć na zmianę oceny Sądu dotyczącej adekwatności wymiaru kary do naruszenia prawa konkurencji, jakiego dopuścili się powodowie. Należy bowiem wskazać, że dochody obu przedsiębiorców w 2016 roku były wyższe niż w roku 2015 i wynosiły odpowiednio: Megatherm (...)w 2015r i (...)w 2016r, P. Ś. (...)zł w 2015r i (...)zł w 2016r. Zatem odniesienie w decyzji bazowej wartości kary do przychodów z 2015r, które były niższe niż w 2016r spowodowało, że wysokość nominalna kary jest mniejsza, niż gdyby Prezes UOKK prawidłowo wziął pod uwagę dochody przedsiębiorców z 2016r. Zważywszy, że na skutek odwołania Sąd nie może zwiększyć wartości kary, pomimo wadliwego odniesienia jej do niższego przychodu przedsiębiorcy, należało poprzestać na tej jej wysokości, która została orzeczona w decyzji. Jednocześnie okoliczność powyższa nie mogła stanowić zdaniem Sądu podstawy do uchylenia decyzji, gdyż brak ku temu podstaw prawnych. Po pierwsze wysokość kar orzeczonych w decyzji mieści się w maksymalnej kwocie jaka mogłaby być wymierzona zgodnie z przepisami prawa, co jest oczywiste w sytuacji, gdy wartość ta byłaby większa gdyby została odniesiona do prawidłowego, a więc wyższego przychodu. Po wtóre uchylenie decyzji z tego powodu, oznaczałoby w ocenie Sądu, orzeczenie na niekorzyść strony, która wniosła odwołanie, gdyż uchylenie decyzji nie oznacza definitywnego zakończenia sprawy, lecz stanowi podstawę do ponownego rozstrzygnięcia, które siłą rzeczy musiałoby być mniej korzystne dla strony dowołującej się, dla której aktualna decyzja została wydana z błędem, ale na korzyść strony.

W tym stanie rzeczy, Sąd nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołania, w oparciu o przepis art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c., odwołanie oddalił.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc, zgodnie z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Z uwagi na oddalenie odwołania, należało powodów uznać za stronę, która przegrała proces i zasądzić od nich na rzecz pozwanego zwrot kosztów procesu, które w sprawie niniejszej obejmowały jedynie wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w minimalnej stawce 720 zł, ustalonej w oparciu § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015, poz. 1804 z zm.).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka