

Sygn. akt *XVII AmA 11/19*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 maja 2020 r.

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

Przewodniczący –	Sędzia SO Anna Maria Kowalik
Protokolant –	st. sekr. sądowy Joanna Preizner

po rozpoznaniu 20 maja 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem (...) spółki akcyjnej we W., (...) spółki akcyjnej we W., (...) spółki akcyjnej we (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję i nałożeniu kary pieniężnej

na skutek odwołania powódki od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 25 października 2013 r. Nr RWR 31/2013

1. zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie pierwszym w ten sposób, że w opisie czynu zamiast sformułowania „na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych” nakazuje wpisać „na lokalnym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...)”;
2. oddala odwołanie w pozostałej części;
3. zasądza od (...) sp. z o.o. we W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia SO Anna Maria Kowalik

Sygn. akt *XVII AmA 11/19*

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -Delegatura we W., po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją z dnia 25 października 2013 roku nr RWR 31/2013:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (dalej: u.o.k.i.k) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i

§ 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887 ze zm.) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami:

1. (...) S.A. z siedzibą we W.,
2. (...) S.A. z siedzibą we W.,
3. (...) S.A. z siedzibą we W.,
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.,
5. (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. (obecnie (...) sp. z o.o.),
6. (...) S.A. z siedzibą we W.

polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2011 r. przez Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) (dalej Zamawiający) pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...) (znak sprawy (...)), mające na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. i stwierdził jej zaniechanie przez:

- (...) S.A. i (...) sp. z o.o. z dniem 26 października 2011 r.

- (...) S.A., (...) S.A., (...) sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o.) i (...) S.A. z dniem 15 grudnia 2011 r.;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 wymienionej ustawy, w zakresie opisanym w pkt I Decyzji, w następującej wysokości:

1. (...) S.A. z siedzibą we W. – 1 717 184 zł,
2. (...) S.A. z siedzibą we W. – 118 895 zł (obecnie (...) S.A. w upadłości układowej);
3. (...) S.A. z siedzibą we W. - 88 312 zł,
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. – 13 341 zł,
5. (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. (obecnie (...) sp. z o.o.) – 3 415 zł.

Od powyższej Decyzji odwołanie złożyła (...) **spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. (dalej powódka)**, w którym zaskarżyła Decyzję w części, tj. w całości w pkt I oraz w pkt II w zakresie nakładającym na powódkę karę pieniężną w wysokości 13 341 zł.

Powódka zarzuciła Decyzji Prezesa UOKiK:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 1 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k poprzez ich błędną wykładnię zakładającą, że złożenie odrębnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie przetargu nieograniczonego) przez spółki powiązane jest praktyką antykonkurencyjną (tj. nakierowaną na wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji);
2. naruszenie przepisów postępowania, które wpłynęło na wynik sprawy, to:

a) art. 105 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 93 u.o.k.i.k poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania pomimo upływu ustawowego terminu;

b) art. 107 § 3 k.p.a. w zw. z art. 231 i art. 233 k.p.c. oraz art. 84 u.o.k.i.k poprzez brak wskazania dlaczego organ odmówił wiarygodności zeznaniom świadków i stron oraz przekroczenie wskazań doświadczenia życiowego i zasad logiki przy ocenie tych wyjaśnień, a także wyciąganiu wniosków na podstawie domniemań – w wyniku czego urząd antymonopolowy doszedł do błędnych ustaleń co do motywów działań stron.

W oparciu o przedstawione zarzuty powódka wniosła o :

I. uwzględnienie odwołania i uchylenie Decyzji w całości

II. przyznanie od strony pozwanej - Prezesa UOKiK na rzecz powódki zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Ponadto wniosła o zarządzenie dołączenia do akt niniejszej sprawy, akt postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK Delegaturę we W. o nr (...) oraz akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „ Dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...)”, jak też przeprowadzenie dowodów z dokumentów zebranych w wyżej wymienionych aktach oraz innych dowodów, jak podała, powołanych w odwołaniu.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od powódki kosztów zastępstwa postępowania według norm przepisanych. Podtrzymał w całości stanowisko wyrażone w zaskarżonej Decyzji.

Zainteresowani nie zajęli stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy po rozpoznaniu odwołania powódki od Decyzji Prezesa UOKiK wyrokiem z 28 stycznia 2016 r. (sygn. akt XVII AmA 12/14) oddalił odwołanie i obciążył powódkę kosztami zastępstwa procesowego.

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka, zaskarżając wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Na skutek rozpoznania apelacji, wyrokiem z 29 listopada 2017 r. (sygn. akt VII ACa 956/17), Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. W uzasadnieniu do wyroku stwierdzono, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien:

a) uzupełnić luki analityczne wskazane w treści uzasadnienia, kierując się wyrażonymi w orzecznictwie sądów unijnych zasadą, że istnienie wątpliwości po stronie sądu, musi być rozstrzygane na korzyść przedsiębiorstwa będącego adresatem Decyzji stwierdzającej naruszenie;

b) zbadać, czy zmiana uwarunkowań gospodarczych w okresie między zgłoszeniem ofert w przetargu a ujawnieniem ich treści, na którą powoływali się adresaci decyzji stanowić może racjonalne wyjaśnienie dla rezygnacji przez konsorcjum (...) S.A. – (...) (...) z nawiązania stosunku kontraktowego, w braku porozumienia ograniczającego konkurencję;

c) badając zagadnienie antykonkurencyjnej motywacji powoda wziąć pod uwagę wnioski wynikające z analizy relacji istniejących pomiędzy ryzykiem utraty wadium a zróżnicowaniem wysokości kwot, na które opiewały poszczególne oferty;

d) poddać analizie kwestię umocowania Dyrektora Delegatury do wydania przedmiotowej Decyzji. Przy czym badając kwestię dopuszczalności zmiany sposobu określenia geograficznego rynku właściwego w treści Decyzji poddać analizie zwłaszcza kwestię substytucji podaży. Według Sądu Apelacyjnego w Warszawie na przedmiotowej płaszczyźnie Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien kierować się stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w powołanym postanowieniu z 5 lutego 2015 r.;

e) uwzględnić, iż ewentualnemu ustaleniu, że powód uczestniczył w porozumieniu ograniczającym konkurencję towarzyszyć musi precyzyjny opis jego zachowań, które zostały uznane za naruszające prawo antymonopolowe;

f) wziąć pod uwagę również to, że może wystąpić sytuacja, w której zarzut naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję uzasadniony jest tylko w stosunku do niektórych z adresatów Decyzji.

Z kolei jako niezasadny, Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał zarzut dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy reguł analitycznych wywodzonych z koncepcji single economic unit oraz zarzut naruszenia art. 93 u.o.k.i.k. poprzez uznanie przez Sąd Okręgowy, iż nie doszło do przedawnienia możliwości wszczęcia postępowania administracyjnego a w konsekwencji wydania Decyzji przez Prezesa UOKiK.

W międzyczasie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 5 października 2017 r. (sygn. akt VI ACa 733/16), rozpoznając apelację (...) S.A. od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 listopada 2015 r. (sygn. akt XVII Ama 10/14) oddającego odwołanie powoda od tej samej Decyzji Prezesa UOKiK, rozstrzygnął kwestię rynku właściwego w aspekcie geograficznym, przesądzając, że rynek ten został w Decyzji ustalony niewłaściwie jako krajowy rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, podczas gdy powinien zostać określony jako rynek lokalny, albowiem praktyka ujawniła się na rynku o charakterze lokalnym. W ocenie Sądu Apelacyjnego wynika to z faktu, że przedmiotem przetargu ogłoszonego przez Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) było wyznaczenie dostawcy sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych (...). Toteż zainteresowanymi w przetargu były podmioty mające swoje siedziby i aktywnie działające na terenie (...), albowiem takie postanowienia zamówienia jak przykładowo te mówiące o konieczności wykonywania napraw gwarancyjnych w miejscu eksploatacji sprzętu tworzyły rzeczywiste bariery do udziału w przetargu dla podmiotów spoza obszaru województwa (...). Brak było też według Sądu Apelacyjnego dowodu wskazującego na zakłócenie działalności konkurencyjnej na rynku krajowym, pomimo ogólnokrajowej działalności przedsiębiorstw, które zgłosiły się do przetargu oraz ogólnokrajowego zasięgu ogłoszenia o przetargu. Sąd Apelacyjny wskazał więc, że przy takim ustaleniu rynku właściwego, organem uprawnionym do wydania Decyzji, zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur UOKiK był Dyrektor Delegatury we W..

Z tego względu Sąd zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zmienił Decyzję Prezesa UOKiK w punkcie pierwszym w zakresie określenia rynku właściwego z „krajowego rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych” na „lokalny rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...)”.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny zgodził się, że pomiędzy spółkami należącymi do dwóch grup kapitałowych, które utworzyły trzy konsorcja uczestniczące w przetargu na dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie p.n.: (...) e-szkola, doszło do zawarcia porozumienia co do warunków cenowych podanych w złożonych przez nie ofertach i co do dalszego postępowania w toku przetargu mającego prowadzić do wyboru konsorcjum, które zaoferowało wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Powyższe stanowisko zostało zaakceptowane w wyroku Sądu Najwyższego z 19 listopada 2019 roku, (sygn. akt I NSK 84/18), wydanego na skutek rozpoznania skargi kasacyjnej (...) S.A. od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 października 2017 roku.

Z kolei pozwany złożył zażalenie na rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Warszawie zawarte w wyroku z 29 listopada 2017 r., sygn. VII ACa 956/17, w przedmiocie uchylecia zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 stycznia 2016 r., sygn. XVII AmA 12/14 i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania. Pozwany wskazał w zażaleniu m.in., że Sąd Apelacyjny w Warszawie pominął okoliczność, iż w sprawie tego samego co w niniejszej sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję, stwierdzonego decyzją pozwanego nr (...) z dnia 25 października 2013 r., wydano prawomocne orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2017 r. sygn. VI ACa 733/16, podczas gdy fakt zawarcia tego porozumienia, jak również fakt prawidłowego umocowania Dyrektora Delegatury we W. do wydania zaskarżonej Decyzji uznać należy za ustalone wymienionym wyrokiem.

Postanowieniem z 30 stycznia 2019 r., (sygn. akt I NSZ 2/18), Sąd Najwyższy oddalił zażalenie, wskazując w jego uzasadnieniu, iż wprawdzie nieprawidłowe jest uznanie przez Sąd Apelacyjny, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, aczkolwiek Sąd Okręgowy oparł się na ustaleniach UOKIK, nie dokonując we własnym zakresie rekonstrukcji podstawy faktycznej i nie przeprowadził postępowania dowodowego, choć wiele przyjętych przez Prezesa UOKIK założeń, powtórzonych przez SOKIK było spornych. Tym samym wykazane przez Sąd Apelacyjny uchybienia i luki, w tym naruszenie zasad przeprowadzenia dowodów powodują potrzebę przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Sąd Najwyższy stwierdził przy tym, iż wskutek kasatoryjnego wyroku Sądu odwoławczego, Sąd I instancji będzie związany prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 października 2017 r. Byłby nim też związany Sąd Apelacyjny w przedmiotowej sprawie, gdyby jego orzeczenie miało charakter reformatoryjny. Sąd Najwyższy wskazał, że w ponownym postępowaniu przed Sądem I instancji, Sąd będzie mógł usunąć wady w postaci błędów ustaleń faktycznych wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego zażaleniem wyroku Sądu Apelacyjnego.

W tej sytuacji, kwestię rynku właściwego a tym samym umocowania Dyrektora Delegatury we W. do wydania zaskarżonej Decyzji, należało uznać za wiążącą również dla Sądu Okręgowego rozpoznającą niniejszą sprawę.

Postanowieniem z 8 kwietnia 2019 roku Sąd umorzył postępowanie wobec (...) S.A. wobec jej wykreślenia z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego 4 września 2018 roku (k. 386 akt sąd.).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) sp. z o.o., (...) S.A. i (...) sp. z o.o. były powiązane między sobą osobowo. Prezesem Zarządu trzech wymienionych spółek była ta sama osoba - D. S., który był również większościowym wspólnikiem (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. Ponadto istniały także powiązania kapitałowe pomiędzy spółkami - (...) S.A. była mniejszościowym udziałowcem (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. Wszystkie trzy wymienione spółki miały siedziby pod tym samym adresem, w tym samym budynku, przy pl. (...) we W. (dowód: karta 43, 57 i 61 t.2 akt głównych).

Kolejne trzy spółki - (...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A. (wcześniej (...) Sp. z o.o.) w trakcie opisanego niżej postępowania przetargowego były powiązane osobowo: Prezesem Zarządu (...) S.A. i (...) S.A. była ta sama osoba - M. J. (1) będący jednocześnie większościowym (...) Sp. z o.o. W okresie przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu oraz w czasie trwania procedury przetargowej, wszystkie trzy wymienione spółki miały siedziby pod tym samym adresem, przy ul. (...) we W. (dowód: karta 30, 35, 181 akt (...) stanowiących t.1 akt głównych).

Dnia 3 sierpnia 2011 roku Zamawiający - Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) - opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o przeprowadzeniu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.:

(...) e-S. (dalej: „ (...) e-Szkoła”), znak sprawy (...) (dowód: karta 264-265 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych; formularz z ogłoszeniem Zamawiającego dot. przedmiotowego przetargu -karta 200-204 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”).

Warunki tego przetargu zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) (dowód: SIWZ, karta 174-199 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”).

W związku z ogłoszeniem wskazanego wyżej postępowania przetargowego, w wyniku bezpośrednich ustaleń pomiędzy D. S. - Prezesem Zarządu spółek (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. a M. J. (1) - Prezesem Zarządu spółek (...) S.A., (...) S.A., doszło do utworzenia dwóch konsorcjów:

- (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. (lider konsorcjum),
- (...) Sp. z o.o. oraz (...) S.A. (lider konsorcjum),

których celem był wspólny start w wymienionym wyżej przetargu, jednak poprzez złożenie dwóch niezależnych od siebie ofert.

Ponadto w związku z ogłoszeniem wskazanego wyżej postępowania przetargowego w wyniku bezpośrednich ustaleń pomiędzy D. S. - Prezesem Zarządu spółki (...) S.A. a K. C. - Prezesem Zarządu (...) Sp. z o.o. doszło do utworzenia kolejnego konsorcjum:

- (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. (lider konsorcjum),

którego celem było złożenie wspólnej oferty również do ww. przetargu.

(dowód: karta 104, 123 i 134 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych oraz

karta 18-19, 26, 38, 42, 56 t.2 akt głównych).

Kancelaria (...) z siedzibą we W. przy ul.(...) wykonywała na rzecz ww. podmiotów usługi polegające na przygotowaniu umów konsorcjum, dokumentów związanych ze wspólnym udziałem ww. spółek w przedmiotowym przetargu, w tym dokumentów pełnomocnictw. Bezpośrednim wykonawcą tych usług była radca prawny M. J. (2) zatrudniona w ww. kancelarii prawnej (dowód: karta 68 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych oraz karta 62-63 t.2 akt głównych).

W międzyczasie, od września 2011 r. rozpoczął się trend wzrostowy kursu walut USD i euro, trwający przynajmniej do końca tego roku, zaś w październiku 2011 r. pojawiły się w mediach informacje na temat wzrostu cen części komputerowych w związku z powodzią jaka miała miejsce w T. (dowód: karta 184 t.2 akt głównych - kurs EUR i USD w trzecim kw. 2011 r.; doniesienia medialne karta 294 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Do postępowania przetargowego, o którym wyżej mowa przystąpiły ostatecznie następujące podmioty (wykonawcy):

1. konsorcjum: (...) S.A., (...) sp. z o.o.,
2. (...) S.A.,
3. konsorcjum: (...) sp. z o.o., (...) S.A.,
4. konsorcjum: (...) S.A., (...) sp. z o.o.

(dowód: karta 264-265 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych;

formularze ofert złożone przez poszczególnych wykonawców - uczestników postępowania przetargowego, tj.: formularz oferty wykonawcy (...) S.A. (karta: 26-38 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), formularz oferty konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. (karta 39-54 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”),

formularz oferty konsorcjum (...) Sp. z o.o. - (...) S.A. (karta: 55-68 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), formularz oferty konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. (karta: 69-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”).

Wymienione podmioty wchodzące w skład konsorcjów złożyły swoje oferty wraz z innymi dokumentami 26 października 2011 r. Każda oferta, zgodnie z wymaganiem, została zabezpieczona wadium w wysokości 250.000 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej (dowód: karta 54, 68, 82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - dokumenty stwierdzające udzielenie wykonawcy gwarancji przez (...) S.A. dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów; pisma karta 408- 410 akt sąd.).

Adnotacja potwierdzająca przyjęcie w sekretariacie Zamawiającego dokumentów ofertowych z konsorcjów (...) S.A. - (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. - (...) S.A. wskazuje, iż powyższe czynności miały miejsce 26 października 2011 r. o godz. 10.30, natomiast 10 minut później, tj. o godz. 10.40 przyjęto ofertę konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. (dowód: koperty z ofert wraz z oznaczeniem daty i godz. złożenia do sekretariatu Zamawiającego: karta 94-99 t.2 akt głównych).

Dnia 26 października 2011 r. nastąpiło otwarcie wszystkich czterech ofert złożonych w przedmiotowym przetargu. Zamawiający podał do wiadomości wszystkich wykonawców: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Ogłoszono więc, że:

- konsorcjum (...) S.A., ul. (...) we W. oraz (...) Sp. z o.o., pl. (...) we W. podało cenę 10.449.800,00 zł,
- konsorcjum (...) Sp. z o.o., ul. (...) we W. oraz (...) S.A., pl. (...) we W. podało cenę 11.006.088,59 zł,
- (...) S.A. we W. podało cenę 11.333.072,40 zł,
- konsorcjum (...) S.A., ul. (...) we W. oraz (...) Sp. z o.o., pl. (...) we W. podało cenę 12.767.400,00 zł.

Złożone przez konsorcja dokumenty zawierały podobne elementy lub omyłki, istotne w kontekście niniejszej sprawy, tj.:

- formularz ofertowy konsorcjum (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. zawierał błędny NIP spółki (...) Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki (...) S.A. (dowód: karta 55 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - formularz oferty z oznaczonym błędnym nr NIP);

- pełnomocnictwo do reprezentacji w postępowaniu udzielone przez konsorcjum (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. zawierało błędny NIP spółki (...) Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki (...) S.A. (dowód: karta 70 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - pełnomocnictwo z oznaczonym błędnym nr NIP);

- pełnomocnictwa złożone do ofert wszystkich trzech konsorcjów zawierały te same błędy merytoryczne, ponieważ w ich treści powołano się na ustawę Prawo zamówień publicznych, podając Dziennik Ustaw z 2006 r. Nr 164 poz. 1163, podczas gdy prawidłowym oznaczeniem na dzień składania ofert w postępowaniu był Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759, a także w ich treści wskazano na uprawnienie pełnomocników do składania protestów, podczas gdy ten środek ochrony prawnej został ostatnią nowelizacją ustawy zlikwidowany (dowód: karta 40, 68, 70, załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” -pełnomocnictwa wystawione przez przedsiębiorców z trzech konsorcjów z oznaczonymi identycznymi ww. błędami);

- dokument pn. Wykaz dostaw, złożony przez konsorcja, posiada taki sam układ graficzny i został sporządzony tą samą czcionką (dowód: karta 52, 66, 81 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - formularze dokumentów pn. „Wykaz dostaw” dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);

- dokumenty referencyjne w zakresie realizacji dostarczania sprzętu komputerowego, załączone przez poszczególne konsorcja zostały wystawione wzajemnie pomiędzy liderami trzech konsorcjów, tj. (...) S.A. dokonywał dostaw na rzecz (...) S.A., (...) S.A. na rzecz (...) S.A., a (...) Sp. z o.o. na rzecz (...) S.A. (dowód: karta 53, 67, 81-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - listy referencyjne dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);

- dokumenty stwierdzające gwarancje ubezpieczeniowe, załączone do ofert każdego z konsorcjum, zostały wystawione jednego dnia - 25 października 2011 r., na ten sam okres czasu, tj. od 26 października 2011 r. do 25 grudnia 2011 r., przez tego samego ubezpieczyciela (...) S.A. a dodatkowo zostały oznaczone kolejnymi numerami porządkowymi, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) S.A. otrzymała numer (...), gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) Sp. z o.o. otrzymała numer (...), a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) S.A. otrzymała numer (...) (dowód: karta 54, 68, 82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” - dokumenty stwierdzające udzielenie wykonawcy gwarancji przez (...) S.A. dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów).

Oferty trzech konsorcjów zawierały braki formalne, toteż 9 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał wszystkie trzy konsorcja do ich uzupełnienia:

- konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. wezwano do poprawienia błędu w pełnomocnictwie dla P. B. (stanowisko - menedżer projektów) oraz dostarczenia aktualnego zaświadczenia z ZUS potwierdzającego, że (...) S.A. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne - wystawionego nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert (dowód: kopia wezwania - karta 281-282 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych);

- konsorcjum (...) Sp. z o.o. - (...) S.A. wezwano do uzupełnienia złożonej oferty poprzez dostarczenie następujących dokumentów: aktualnego zaświadczenia z ZUS potwierdzającego, że (...) Sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne - wystawionego nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. jednego z członków zarządu Wykonawcy - M. B. (dowód: kopia wezwania - karta 278-279 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych);

- konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. wezwano do uzupełnienia złożonej oferty, poprzez uzupełnienie oświadczenia Wykonawcy (członka konsorcjum) - (...) Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia (dowód: kopia wezwania - karta 275 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Konsorcjum (...) Sp. z o.o. - (...) S.A. uzupełniło braki formalne pismem z 14.11.2011 r., przedkładając żądane przez Zamawiającego dokumenty: tj. zaświadczenie z ZUS (wystawione na dzień 23.08.2011 r. mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięczym okresie ważności) oraz stosowne zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego (dowód: karta 272-273 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. uzupełniło braki formalne pismem z dnia 17.11.2011 r., przedkładając żądany przez Zamawiającego dokument, tj. uzupełnienie oświadczenia Wykonawcy (członka konsorcjum) - (...) Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia (dowód: karta 267 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. uzupełniło braki formalne pismem z dnia 15.11.2011 r., do którego dołączono poprawiony formularz pełnomocnictwa oraz zaświadczenie z ZUS spółki (...) S.A., wystawione na dzień 14 listopada 2011 r. niemieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięczym okresie ważności tj. od 26 lipca 2011 r. do 26 października 2011 r. Pismo zostało podpisane przez pełnomocnika P. B., który potwierdził również za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia z ZUS (dowód: karta 270, 271 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Natomiast w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym pn. „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na(...)” (znak sprawy: (...)), spółka (...) S.A. we W., pismem z dnia 20 października 2011 r. złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, załączając do wniosku m.in. zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione na dzień 23 sierpnia 2011 r. mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego w przetargu „(...)” 3-miesięczym okresie ważności tj. od 26 lipca 2011 r. do 26 października

2011 r. Powyższe pismo zostało podpisane przez pełnomocnika P. B., który potwierdził również za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia z ZUS, tj. tą samą osobę, która była również pełnomocnikiem konsorcjum (...) w postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem niniejszej sprawy (dowód: karta 283-293 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Dokumenty wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. stwierdzające niezaleganie przez wykonawców z opłatami na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, którymi dysponowali wszyscy wykonawcy, a które spełniały wymogi postawione w postępowaniu przetargowym „(...)” zostały wystawione jednego dnia 23 sierpnia 2011 r. (...) S.A. wydano zaświadczenie numer (...) (dowód: kopia dokumentu karta 163 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych), (...) S.A. zaświadczenie numer (...) (dowód: kopia dokumentu karta 287 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych) a (...) Sp. z o.o. zaświadczenie numer (...) (dowód: kopia dokumentu karta 273 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych). Przy czym ww. zaświadczenia dla (...) i (...) zostały przedłożone w postępowaniu przetargowym „(...)” a ww. zaświadczenie dla (...) tylko w postępowaniu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na (...)”.

Zgodnie z ogłoszonym dnia 23 listopada 2011 r. przez Zamawiającego wynikiem, zwycięzcą w przetargu „(...)” zostało konsorcjum z udziałem dwóch spośród ww. przedsiębiorców, tj.: (...) Sp. z o.o. i (...) S.A.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu konsorcjum z udziałem (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu -zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Przedłożone dnia 15 listopada 2011 przez (...) S.A. zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z płatnościami wystawiono na dzień 14 listopada 2011 r., tj. na dzień niemieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego okresie ważności tego dokumentu. Ostatnim dniem, na który dokument ten powinien zostać wystawiony był 26 października 2011 r., tj. ostatni dzień terminu wyznaczonego na złożenie ofert. Tym samym złożone przez (...) S.A. zaświadczenie z ZUS w postępowaniu przetargowym „(...)” nie zostało uznane za prawidłowe (dowód: karta 265 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Wyniki przetargu „(...)” kształtowały się zatem następująco:

- konsorcjum (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. z ceną 12.767.400,00 zł otrzymało punktację 86,20,
- (...) S.A. z ceną 11.333.072,40 zł otrzymało punktację 97,11,
- konsorcjum (...) Sp. z o.o., oraz (...) S.A., z ceną 11.006.088,59 zł otrzymało 100 punktów i tym samym wygrało.

Z kolei konsorcjum (...) S.A., oraz (...) Sp. z o.o., z ceną 10.449.800,00 zł zostało wykluczone z przetargu (dowód: karta 265 akt (...) stanowiących t.1 akt głównych).

(...) S.A. we W. (zw. dalej także (...) S.A. lub (...)) złożył pismem z 2 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) na czynność Zamawiającego w zakresie wskazanego wyżej rozstrzygnięcia przetargu i zarzucił ww. przedsiębiorcom wchodzących w skład wymienionych konsorcjów działanie w ramach umowy przetargowej (dowód: odwołanie (...) do Prezesa KIO karta 18-29 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Liderzy dwóch konsorcjów: (...) S.A. - (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. - (...) S.A., pismem z 5 grudnia 2011 r. przystąpili do odwołania jako uczestnicy postępowania po stronie Zamawiającego. Wnosząc przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego, (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. wnioskowali do Prezesa KIO o oddalenie odwołania złożonego przez (...) (dowód: karta 245-246 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Udzielając odpowiedzi na złożone przez (...) odwołanie Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołującego (...) (dowód: karta 216-217, 252-257 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Uczestnicy postępowania, którzy przystąpili do odwołania po stronie Zamawiającego, tj. konsorcja: (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. - (...) S.A. nie skorzystały z prawa do złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości

przez Zamawiającego zarzutów odwołującego (tj. (...)), wobec czego Prezes KIO umorzył postępowanie odwoławcze postanowieniem z 13 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2574/11), wskazując jednocześnie, iż zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (dowód: kopia postanowienia Prezesa KIO - karta 227-229 akt (...) stanowiących t.1 akt głównych).

Stosując się do powyższego rozstrzygnięcia Prezesa KIO oraz wskazanego przepisu, Zamawiający poinformował uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego o ostatecznych wynikach postępowania przetargowego (pismo z dnia 15 grudnia 2011 r. l.dz. 2794/12/2011), wskazując jako zwycięską ofertę firmy (...) S.A. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ofert konsorcjów: (...) S.A. - (...) sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. - (...) S.A., w związku z uznaniem ich zachowań w toku postępowania przetargowego za czyn nieuczciwej konkurencji poprzez działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, naruszające interes innego przedsiębiorcy. Zamawiający podtrzymał też decyzję o skutecznym wykluczeniu z postępowania konsorcjum (...) S.A. - (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dowód: pismo Zamawiającego karta 219 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Ostateczne wyniki przetargu „(...)” kształtowały się zatem następująco:

- oferta konsorcjum (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. z ceną 12.767.400,00 zł została odrzucona,
- (...) S.A. we W. z ceną 11.333.072,40 zł otrzymało 100 punktów, wygrywając,
- oferta konsorcjum (...) Sp. z o.o., oraz (...) S.A., z ceną 11.006.088,59 zł została odrzucona,
- konsorcjum (...) S.A., oraz (...) Sp. z o.o., z ceną 10.449.800,00 zł wykluczono z przetargu (dowód: karta 219 akt (...) stanowiących t.1 akt głównych).

(...) sp. z o.o. jako lider jednego z konsorcjów skierował do Prezesa KIO pismo z 12 grudnia 2011 r., w którym wyjaśnił, że nie skorzystał z prawa do złożenia sprzeciwu w zakresie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołującego, kierując się przesłankami ekonomicznymi tj. 15% wzrostem kursu dolara, problemami z terminową realizacją dostaw, kilkudziesięcioprocentowym wzrostem cen podzespołów będącym następstwem klęsk żywiołowych w T. (dowód: pismo (...)do KIO - karta 222 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Z kolei lider drugiego konsorcjum, (...) S.A., wyjaśniając powody niezłożenia przedmiotowego sprzeciwu wskazał, iż z jego strony wniesienie sprzeciwu byłoby niecelowe z uwagi na fakt, iż zwycięska oferta zawierała niższą cenę od zaproponowanej przez konsorcjum z udziałem spółki (dowód: wyjaśnienia (...) S.A. - karta 230 t.2 akt głównych).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -Delegatura we W. przeprowadził postępowanie wyjaśniające w związku z powzięciem informacji opublikowanych w lokalnych mediach o sytuacji mającej miejsce w opisanym postępowaniu przetargowym organizowanym przez Województwo (...) - Urząd Marszałkowski Województwa (...) we W. pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...)” (sygn. akt. (...), postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego k. 1 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Z opublikowanych informacji wynikało, że uczestniczące w ww. przetargu podmioty mogły działać w ramach umowy przetargowej (dowód: przykładowe wydruki z portali informacyjnych, karta 294 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

W toku tego postępowania wypowiedział się m.in. (...) w piśmie z 18 stycznia 2012 r. (dowód: karta 3-8 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Ponadto w ramach postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu przeprowadził kontrole u przedsiębiorców tworzących konsorcja, która miała na celu w szczególności uzyskanie informacji dotyczących okoliczności uczestnictwa poszczególnych podmiotów w przedmiotowym przetargu (dowód: protokoły kontroli: karta 52-53, 60-61, 108-109, 116-117, 132-133 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

W trakcie kontroli przedsiębiorców (za wyjątkiem (...) S.A.). odebrano wyjaśnienia od następujących osób:

- w (...) S.A. od M. J. (2) – pełnomocnika Prezesa Zarządu i M. S. - Dyrektora ds. Projektów i Przetargów Publicznych (w obecności pełnomocnika M. J. (2)) (k. 66- 69, 70- 73 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych),

- w (...) S.A. od P. M. (...) (w obecności pełnomocnika M. J. (2)) (k. 54- 56 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych),

- w (...) Sp. z o.o. od K. C. – Prezesa Zarządu oraz L. W. – pracownika prowadzącego sprawę przygotowań do przetargu (w obecności pełnomocnika M. J. (2)) (k. 103- 106 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych),

- w (...) Sp. z o.o. od D. S. – Prezesa Zarządu (k. 123- 124 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych),

- w (...) Sp. z o.o. od D. S. – Prezesa Zarządu (k. 134- 135 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Wyjaśnienia dotyczyły głównie okoliczności związanych z utworzeniem konsorcjów oraz przebiegiem prac nad przygotowaniem dokumentacji przetargowej w poszczególnych spółkach. W wyjaśnieniach złożonych w imieniu (...) oraz w imieniu (...) tłumaczono zbieżności dotyczące wystawionych Spółkom gwarancji, korzystaniem przez nie z usług tej samej firmy brokerskiej (dowód: wyjaśnienia zawarte w załącznikach do protokołów kontroli karta 68 i 105 akt (...) stanowiących t.1 akt głównych).

Wobec zebranego w toku postępowania wyjaśniającego materiału Prezes Urzędu postanowił zamknąć postępowanie wyjaśniające i wszcząć postępowanie antymonopolowe (dowód: karta 295-298 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Dnia 28 grudnia 2012 r., postanowieniem (...) wszczęto postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2011 r. przez Województwo (...) - Urząd Marszałkowski Województwa (...) pn.: „ Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...)” (znak sprawy (...)), mających na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. zakazującego zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, poprzez m.in. uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zarzuty postawiono (...) S.A., (...) S.A., (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A. (dowód: postanowienie k. 1- 2 t. 2 akt głównych (...)).

Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniającego zawarte w aktach pod sygn. akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych (dowód: karta 1-2 t.2 akt głównych).

W związku z wszczęciem postępowania antymonopolowego, Spółki ustosunkowały się do zarzutu postawionego w ww. postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz przedstawiły żądane informacje. Ponadto,

pełnomocnik trzech przedsiębiorców ((...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A.) przedstawił stanowisko stron w sprawie po zakończeniu postępowania dowodowego. Przedmiotowe kwestie zostały przedstawione przez Spółki:

- (...) S.A. - w pismach z dnia 17 stycznia 2013 r., 6 i 12 czerwca 2013 r.,
- (...) S.A. - w pismach z dnia 17 stycznia 2013 r. i 6, 12 i 13 czerwca 2013 r.,
- (...) S.A. - w pismach z dnia 6 i 12 czerwca 2013 r.,
- (...) Sp. z o.o. - w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 4 czerwca 2013 r.,
- (...) Sp. z o.o. - w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 6 czerwca 2013 r.,
- (...) S.A. - w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 4 czerwca 2013 r.,

(dowód: karta 15-19, 21-26, 37-38, 41-42, 46-47, 55-56, 124-130, 131-143, 147-156, 157-163, 164-168, 169-178, 179-181, 184-191, 192-193, 201-220, 221-231 t.2 akt głównych).

(...) S.A. wskazała m.in., że konsorcjum (wraz z (...) Sp. z o.o.), mimo iż nie zgadzało się z wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej przez (...) S.A. we W. odwołaniem, nie wniosło sprzeciwu do KIO z powodu powodzi w T., która drastycznie zwiększyła ceny podzespołów komputerowych oraz wystąpiły znaczne zmiany kursu USD. Jak wskazała Spółka, czynniki te spowodowały, że realizacja zamówienia mogłaby być przynieść straty (dowód: karta 55-56 t.2 akt głównych).

(...) sp. z o.o. podniosła, że dostarczyła liderowi konsorcjum wszystkie wymagane dokumenty formalne i po wykluczeniu konsorcjum z postępowania przetargowego, rozważała możliwość domagania się odszkodowania od lidera konsorcjum spółki (...) S.A. z tytułu niedopełnienia formalności. Ze względu na współpracę pomiędzy członkami konsorcjum oraz potencjał sprzedażowy (...) S.A. zarząd spółki (...) Sp. z o.o. zrezygnował jednak z tego zamiaru (dowód: karta 37-38 t. 2 akt głównych).

(...) Sp. z o.o. wskazała, że konsorcjum (wraz z (...) S.A.), mimo iż nie zgadzało się z wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej przez (...) S.A. we W. odwołaniem, nie wniosło sprzeciwu do KIO z racji tego, że oferta konsorcjum (...) była najdroższa i nawet gdyby KIO uwzględniło sprzeciw i tak oferta ta nie zostałaby wybrana (dowód: karta 41-42 t.2 akt głównych).

(...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A. we wspólnym stanowisku przedstawionym przez ustanowionego pełnomocnika - radcę prawnego Panią M. J. (2) z Kancelarii (...) - po zapoznaniu się z materiałem dowodowym zebrany w niniejszej sprawie, w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r., zwróciły uwagę na szereg elementów, które w ich ocenie powinny zostać uwzględnione przy rozstrzygnięciu w niniejszej sprawie. Wskazały, iż Zamawiający wymagał aby oferta składała się z Formularza oferty, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Z tego powodu, formularze ofert, do których wykonawcy uzyskali wgląd w toku postępowania, sporządzone były według jednego wzoru i różniły się wyłącznie ceną. Stąd, w opinii Spółek, wbrew więc twierdzeniom (...) S.A. jak i UOKiK Delegatura we W., podobieństwo ofert nie wskazuje na „zмовę” członków poszczególnych konsorcjów dotyczącą ustalenia treści ofert, a jedynie na spełnianie przez złożone oferty wymogów formalnych ustanowionych przez Zamawiającego. Spółki podniosły, iż brak jest pomiędzy nimi powiązań kapitałowych a jeśli chodzi o łącznik osobowy, to Prezes (...) S.A. M. J. (1), do grudnia 2012 r. był także Prezesem Zarządu (...) S.A. M. J. (1) nie kierował bezpośrednio działalnością operacyjną ww. Spółek. W każdej z nich odrębnie działali managerowie, którzy mieli szeroki zakres kompetencji. W każdej ze Spółek funkcjonował dział zamówień publicznych, który miał odrębne numery telefonów oraz faksów, a ich pracownicy indywidualne adresy mailowe. Pracownicy tych działów (poza (...) Sp. z o.o.) uzyskali pełnomocnictwa do reprezentowania danej Spółki w ramach prowadzonego postępowania. Tylko pracownicy danej spółki i jej konsorcjanta mieli wiedzę dotyczącą treści składanej oferty. Pełnomocnik Spółek podniósł także, iż również błędy w pełnomocnictwach nie przesądzają o tym, iż w badanej sprawie doszło do zawarcia zakazanego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia. Stosowane wzory były bowiem opracowane kilka lat

wcześniej nie tylko na użytek przedmiotowego przetargu. Z kolei fakt korzystania z usług jednej kancelarii prawnej nie miał - w opinii pełnomocnika - wpływu na sporne postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Jak wyjaśnił, kancelaria nie bierze bowiem udziału w konstruowaniu dokumentów merytorycznych związanych z udziałem w postępowaniu ani nie posiada wiedzy odnośnie treści składanych ofert. Co do zarzutu jakoby wykazy dostaw numerowane były przez jedną osobę, wskazano, iż oferty każdego z konsorcjów były przygotowane odrębnie przez inne osoby, chociaż sposób pisania cyfr jest do siebie bardzo zbliżony. Niemniej jednak, w opinii Spółek, zarzut ten oparty jest wyłącznie na pomówieniach (...) a w aktach brak chociażby opinii biegłego z zakresu grafologii, która mogłaby jako jedyny środek dowodowy potwierdzić ten zarzut. W kwestii nieuzupełnienia dokumentów podniesiono zaś, iż nieuzupełnienie zaświadczenia ZUS odnośnie niezalegania z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne dotyczącego (...) S.A. nie było działaniem celowym, ale wynikiem pomyłki pracownika (...) S.A. P. B., za którą udzielono pracownikowi kary nagany, jak i nie przyznano mu premii uznaniowej. Oprócz tego odniesiono się do okoliczności, w świetle których Spółki - liderzy konsorcjów nie złożyli sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania (...) S.A. w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego „(...)”, mimo bezzasadności tego odwołania. Jak wskazano spółka (...) S.A. kierowała się przesłankami ekonomicznymi, ponieważ różnice w wysokości kursów oraz powódź w T. (mająca istotny wpływ na ceny jak i dostępność produktów, w szczególności dysków twardej) spowodowały, iż realizacja zamówienia przez (...) S.A. byłaby obciążona zbyt dużym ryzykiem finansowym. Co do spółki (...) S.A. stwierdzono, iż wniesienie sprzeciwu byłoby niecelowe z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez tę Spółkę zawierała cenę wyższą niż cena zaproponowana przez (...) S.A., a zatem oferta złożona przez (...) S.A. i tak nie zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza. Z kolei jeśli chodzi o (...) S.A. to zostało ono wykluczone z udziału w postępowaniu z uwagi na niewłaściwe uzupełnienie dokumentów, a co za tym idzie oddalenie odwołania wniesionego przez (...) S.A. nie miałoby wpływu na przywrócenie (...) do udziału w postępowaniu. Spółki wywiodły również, iż na ich decyzje w tym zakresie miał także wpływ fakt odmowy partycypacji w kosztach odwołania przez ich konsorcjantów (dowód: karta 221-231 t.2 akt głównych).

W piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. pełnomocnik spółki (...) S.A. złożył wniosek o przesłuchanie Prezesa Zarządu (...) S.A. - M. J. (1), wskazując, iż materiał dowodowy ma charakter niepełny, z uwagi na pominięcie w nim dowodu z przesłuchania M. J. (1), który dysponuje największą wiedzą w zakresie spornego postępowania, strategii (...) S.A. oraz (...) S.A. jak i rynku sprzedaży sprzętu komputerowego, akcesoriów i peryferiów komputerowych oraz oprogramowania, w tym dedykowanych do edukacji i to zarówno rynku publicznego jak i prywatnego (dowód: karta 229 t.2 akt głównych).

W odpowiedzi na powyższy wniosek, Prezes Urzędu postanowieniem (...) z dnia 20 czerwca 2013 r. odmówił jego uwzględnienia (dowód: karta 232 t.2 akt głównych).

W toku postępowania antymonopolowego zwrócono się o informacje również do innych podmiotów, niebędących stronami niniejszego postępowania tj.:

- kancelarii prawnej reprezentującej wymienione trzy konsorcja w przedmiotowym postępowaniu przetargowym – Kancelaria Radcy Prawnego I. J. z siedzibą we W. przy ul. (...) - odpowiedzi przesłano w pismach z dnia 11 marca 2013 r. oraz 15 kwietnia 2013 r. (dowód: karta 62-74 i 79-90 t.2 akt głównych). W pismach tych wyjaśniono, iż świadczone usługi polegały na przygotowaniu dokumentów związanych z udziałem w przedmiotowym przetargu spółek wchodzących w skład konsorcjów, w tym na przygotowaniu umów konsorcjum oraz pełnomocnictwa udzielanego przez członków konsorcjum pełnomocnictw. Kancelaria nie zajmowała się przygotowaniem treści merytorycznej ofert;

- Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tj. Województwo (...) - Urząd Marszałkowski Województwa (...) - odpowiedzi przesłano w pismach z dnia 8 lutego 2012 r. (w toku post. wyjaśniającego) i 22 kwietnia 2013 r. (dowód: załącznik do akt głównych „Dokumenty przetargowe”, karta 212-294 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych oraz karta 93-99 t.2 akt głównych);

- odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tj. spółki (...) S.A. - odpowiedzi udzielono w piśmie z dnia 18 stycznia 2012 r. w toku post. wyjaśniającego (dowód: karta 3-51 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Wszystkie Spółki zostały powiadomione o przysługującym im prawie do zapoznania się z aktami postępowania antymonopolowego i skorzystały z niego (dowód: karta 104-109 t.2 akt głównych).

Prezes UOKiK po analizie zebranych informacji stwierdził, iż zachowanie konsorcjów uczestniczących w postępowaniu przetargowym wskazuje na działanie w warunkach niedozwolonego porozumienia i wydał zaskarżoną Decyzję.

W roku 2012, poprzedzającym wydanie zaskarżonej Decyzji, powód osiągnął przychód w wysokości (...) zł (dowód: zeznanie CIT-8 karta 140- 143 t.2 akt głównych).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów złożonych w trakcie postępowania administracyjnego, których autentyczność nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania. Jak również częściowo w oparciu o zeznania świadka P. B. osoby odpowiedzialnej w spółce (...) za przygotowanie dokumentacji przetargowej „(...)”, która załączyła wadliwy dokument przez co wykluczono konsorcjum z udziałem (...)z przetargu.

Sąd uznał powyższe zeznania za niewiarygodne w części dotyczącej przyczyn nieprawidłowego uzupełnienia oferty konsorcjum (...)/ (...) poprzez złożenie niewłaściwego zaświadczenia z ZUS o opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Przede wszystkim konieczność złożenia omawianego dokumentu była znana stronom postępowania od samego początku, gdyż był to jeden z dokumentów, które należało załączyć do oferty przetargowej. Już wówczas było wiadomo, że zaświadczenie powinno być wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Po drugie, świadek jak sam przyznał zajmował się przetargami od około 10 lat, a zatem posiadał odpowiednie doświadczenie.

Po trzecie, (...) w tym czasie dysponowała właściwym zaświadczeniem, które złożyła w innym postępowaniu przetargowym.

Po czwarte, wartość ofert złożonych w postępowaniu mieściła się w granicach od 10 do 12 milionów złotych, a zatem wartość zamówienia była znaczna. W tej sytuacji doświadczony pracownik powinien dokładnie i kilkakrotnie sprawdzić, czy do oferty załączono wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

Po piąte, skoro przy składaniu ofert popełniono błąd mogący skutkować wykluczeniem konsorcjum z postępowania przetargowego, to mając możliwość jego naprawienia, świadek powinien dolożyć szczególnej staranności.

Reasumując, biorąc pod uwagę powyższe argumenty oraz uwzględniając doświadczenie życiowe, należało uznać, że twierdzenia świadka jakoby złożenie niewłaściwego dokumentu było wynikiem jego błędu, a nie celowego działania nie są wiarygodne i przekonujące (zeznania świadka karta 443-444 akt sąd.). Z drugiej strony, powody wskazane przez pozwanego tj. wykluczenie z przetargu bez utraty wadium konsorcjum które złożyło najniższą ofertę i spowodowanie wybrania przez Zamawiającego oferty innego konsorcjum z wyższą ceną będącego w zmwie są logiczne i tym samym przekonujące.

Na marginesie Sąd pragnie wskazać, że pomimo wskazań zawartych w uzasadnieniu Sądu Apelacyjnego powódka i zainteresowani nie przedstawili dowodów na poparcie tezy, że konsorcjum (...)/ (...) Sp. z o.o. nie wniosło sprzeciwu do KIO z powodu powodzi w T., która drastycznie zwiększyła ceny podzespołów komputerowych oraz znacznej zmiany kursu USD. W tej części nie przedstawiono wyliczeń szacunkowych, ani innych dowodów, które mogłyby przekonać Sąd o prawdziwości powyższej tezy.

Z kolei pozwany w uzasadnieniu zaskarżonej Decyzji precyzyjnie i tym samym wiarygodnie wyjaśnił, dlaczego nie można uznać powyższych twierdzeń za przekonywujące.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zaskarżona Decyzja Prezesa UOKiK wskazująca na udział powódki w zмовie przetargowej dotyczącej przetargu przeprowadzonego w 2011 r. przez Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...) e -Szkola (znak sprawy (...)) jest słuszna i ma oparcie w przepisach prawa, a samo działanie organu regulacyjnego zostało podjęte w interesie publicznym.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż zaskarżona Decyzja została wydana przez organ uprawniony – Dyrektora Delegatury UOKiK we W. w imieniu Prezesa UOKiK, co stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z 5 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 733/16 a następnie zaakceptował Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 19 listopada 2019 roku, (sygn. akt I NSK 84/18).

Sąd w niniejszej sprawie uznał zatem, że Decyzję wydał organ właściwy zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur UOKiK, ponieważ wszystkie strony postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję miały swoje siedziby we W., a więc na obszarze właściwości Delegatury (...), przy czym zawarte przez nie porozumienie ujawniło się jedynie na rynku (...) a nie objęło swoim zakresem obszaru całego kraju, o czym prawomocnie rozstrzygnął Sąd Apelacyjny i Sąd Najwyższy w powołanych wyrokach, wiążących Sąd na podstawie art. 365 § 1 k.p.c.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2017 r. (sygn. akt VII ACa 956/17) Sąd Apelacyjny w Warszawie, działając jako sąd drugiej instancji w niniejszej sprawie, przesądził, że postępowanie administracyjne prowadzone przez organ antymonopolowy nie zostało wszczęte po upływie terminu określonego w art. 93 u.o.k.i.k., zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Przyjąć zatem trzeba, że z uwagi na fakt, iż kwestia wszczynania postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest uregulowana w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w sposób kompleksowy, zaś w świetle art. 88 ust. 2 u.o.k.i.k. pierwszą czynnością organu jest rozpoczęcie postępowania, czyli wydanie postanowienia w tym przedmiocie a dopiero następną zawiadomienie o tym fakcie stron, to dla dochowania terminu z art. 93 u.o.k.i.k. istotna jest data wydania postanowienia o wszczęciu postępowania. Toteż wobec zaniechania praktyki przez powódkę 26 października 2011 r., od końca 2011 r. do momentu wszczęcia postępowania przez organ w dniu 28 grudnia 2012 r. (dowód: postanowienie k. 1- 2 t. 2 akt głównych) nie upłynął rok. Tym samym organ zmieścił się w ustawowym terminie z art. 93 u.o.k.i.k. i nie doszło do przedawnienia wszczęcia postępowania przez organ antymonopolowy.

Sąd zważył, iż działanie powódki podlega rygorom prawa antymonopolowego z tego względu, że jest ona przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., podobnie jak pozostałe podmioty objęte zaskarżoną Decyzją. Wszyscy bowiem prowadzili w okresie postępowania przetargowego działalność w formie spółek prawa handlowego, wpisanych do KRS. Przy czym ogół sześciu spółek można podzielić na dwie powiązane ze sobą grupy:

- pierwszą, którą tworzyła powódka (...) sp. z o.o., (...) S.A. i (...) sp. z o.o. z racji powiązania osobą D. S.- Prezesa Zarządu wymienionych trzech spółek będącego jednocześnie większościowym wspólnikiem powodowej spółki oraz (...) Sp. z o.o., jak też wobec powiązania kapitałowego pomiędzy (...) S.A., która jest mniejszościowym udziałowcem (...) Sp. z o.o.;

- drugą, którą tworzyły spółki (...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A. z uwagi na powiązania osobowe, gdyż Prezesem Zarządu dwóch pierwszych był M. J. (1) będący jednocześnie większościowym wspólnikiem (...) Sp. z o.o.

Sześć wskazanych spółek utworzyło ostatecznie trzy konsorcja, co było dozwolone w świetle ówczesnego art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym w skład każdego z konsorcjum weszły dwie spółki, po jednej z każdej grupy.

Mimo, że przedsiębiorców z tych samych grup łączyły opisane powiązania osobowe i kapitałowe to materiał dowodowy nie daje podstaw do twierdzenia, aby pomiędzy podmiotami zachodziła zależność wymuszająca konieczność konsultacji podejmowanych przez nie decyzji gospodarczych. Gdyby nawet uznać, iż wskazane powiązania były na tyle silne, że grupa skupiona wokół osoby D. S. stanowiła jeden organizm gospodarczy, podobnie jak grupa, w której centralną postacią był M. J. (1), to wobec tego, że powiązania takie nie zachodziły pomiędzy przedsiębiorcami z tych dwóch różnych grup, nie można twierdzić, że wszystkie sześć spółek działało w ramach single economic unit. Przedmiotowe stanowisko podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 listopada 2017 r. wydanym w niniejszej sprawie.

W tym aspekcie doniosłe znaczenie ma zatem fakt, iż skoro przedsiębiorcy wystąpili w postępowaniu przetargowym jako trzy oddzielne konsorcja złożone z niepowiązanych przedsiębiorców, toteż wykluczone jest traktowanie ich jako jednego organizmu gospodarczego, tym bardziej, iż łącząc się w samodzielne struktury dali wyraz odrębności w działaniu.

Natomiast ocenie pod kątem naruszenia zakazu zawierania porozumień przetargowych z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. podlegają porozumienia wszystkich przedsiębiorców, w tym funkcjonujących w formie konsorcjów, gdy rozłącznie ubiegają się o wygraną w przetargu, przez co sygnalizują, iż konkurują między sobą.

Zarzucana przedsiębiorcom w niniejszym postępowaniu praktyka obejmowała rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...). Na tym rynku działała powódka wraz z pozostałymi przedsiębiorcami, dążąc do uzyskania zamówienia w przetargu nieograniczonym na „dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...) ustalonym na dzień 26.10.2011 r.

Przechodząc do istoty zarzucanej m.in. powódce zakazanej praktyki, polegającej na zawarciu przez D., (...), (...), (...), (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2011 r. przez Zamawiającego- Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) pn.: „ Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: (...)” (znak sprawy (...)), mającego na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, przytoczenia wymaga art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Przepis ten zakazuje zatem zawierania porozumień polegających na uzgadnianiu warunków ofert składanych do przetargu, jeśli cel lub skutek tych porozumień ma antykonkurencyjny charakter. Antykonkurencyjny wymiar porozumień może przejawiać się poprzez z góry założony antykonkurencyjny cel lub rzeczywisty antykonkurencyjny skutek. Cel i skutek nie muszą występować łącznie, przesłanki mają charakter alternatywny. Antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego uczestników o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Cel porozumienia należy wywodzić nie tylko z literalnego brzmienia umowy lub innego dokumentu, ale z całokształtu okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonywaniu porozumienia (A. Jurkowska, Porozumienia kooperacyjne, s. 91). [Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Legalis zaczerpnięty z: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, wyd. 2 z 2014 r.].

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na definicję porozumień, przez które w myśl art. 4 ust. 5 u.o.k.i.k. rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między

przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W przypadku klasycznej zmowy przetargowej przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Dla osiągnięcia takiego celu przedsiębiorcy mogą stosować wiele technik, takich jak np. składanie ofert pozornych (ang. coverbidding) w celu stworzenia iluzji konkurencji czy też manipulowanie już złożonymi ofertami w celu uzyskania z góry ustalonego wyniku postępowania (ang. bid suppression). W każdym z takich przypadków istnieje ryzyko realnego wypaczenia wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej czy też mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami) właśnie z uwagi na istnienie zmowy pomiędzy wykonawcami. Klasyczną znową przetargową jest zatem ustalenie z góry przez przedsiębiorców- uczestników przetargu zwycięzcy przetargu wskutek złożenia przez pozostałych przedsiębiorców będących stronami porozumienia takich ofert, które spowodują wybór oferty zwycięzcy przetargu „wewnętrzny”.

Udowodnienie dopuszczenia się zmowy przetargowej nie jest jednak łatwe. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25), przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję może być praktycznie niemożliwe, mimo więc tego, iż „co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut, jednak udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c.”. Sąd Najwyższy podniósł, że w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe – a niekiedy nawet konieczne – jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest zatem ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań.

Udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych w postępowaniu sądowym przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów może więc nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08, Lex Omega). W orzecznictwie akcentuje się też, aby fakt zmowy był oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, jeśli udowodnienie zmowy w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Sąd może zatem uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne).

Pod uwagę należy jednak wziąć istotną kwestię, iż istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów (signs/Marks), które dopiero łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Takie stanowisko jest prezentowane w orzecznictwie unijnym. W jednym z orzeczeń Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) stwierdził m.in., że: W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 (...) v. Komisja, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; za: Z. Jurczyk, Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych, (w:) Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68) /2009, s. 142-143).

Powyższe zapatrywania podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 24 października 2017 r. (sygn. akt VII ACa 930/17, Legalis), wskazując, iż „Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.” oraz w wyroku z 24 stycznia 2019 r. (sygn.

akt VII AGa 1846/18, Legalis), w którym ponownie podniósł, że „Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku. Koniecznym jest więc udowodnienie, że zachowania przedsiębiorców nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych.”

Biorąc więc pod uwagę standardy postępowania dowodowego w przypadku zmowy przetargowej, ale również wspomnianą przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 29 listopada 2017 r. zasadę wypracowaną w unijnej judykaturze, iż „istnienie wątpliwości po stronie sądu musi być rozstrzygane na korzyść przedsiębiorstwa będącego adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie” (wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27 września 2006 r. w sprawie D. (ECLI:EU:T:2006:271)), Sąd ocenił, że zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że (...) zawarła wraz z (...), (...), (...) i (...) wspólne porozumienie polegające na uzgodnieniu warunków ofert składanych w ramach przetargu „(...)”, w szczególności w zakresie cen jak i zasad postępowania.

Przede wszystkim zaznaczyć trzeba, że wszystkie trzy konsorcja przystępujące do ww. przetargu, w tym konsorcjum w skład którego weszła powódka (...) i (...), nie złożyły wraz z ofertą kompletnych bądź prawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Chodzi tu o:

- brak aktualnego zaświadczenia z ZUS potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne - wystawionego nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz błąd w pełnomocnictwie dla P. B. - w przypadku konsorcjum (...);
- podobnie w przypadku konsorcjum (...) brak aktualnego zaświadczenia z ZUS potwierdzającego, że (...) nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne - wystawionego nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz brak aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. jednego z członków zarządu wykonawcy - M. B.;
- wymagające uzupełnienia braku oświadczenia wykonawcy - (...) o braku podstaw do wykluczenia w przypadku konsorcjum (...).

Tymczasem przed złożeniem oferty przedsiębiorcy musieli zapoznać się z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do przetargu, w tym z wyliczeniem rodzajów dokumentów jakie mają dostarczyć, aby ich oferta została uznana za kompletną i prawidłową i w konsekwencji była rozpatrywana merytorycznie pod kątem udzielenia zamówienia oferentowi, a zatem mieli wiedzę w przedmiocie żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Ponadto z uwagi na fakt, że wielkość ogłoszonego zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego była duża, ostatecznie oferty opiewały na kwoty przewyższające 10 a nawet 12 milionów złotych, toteż zainteresowanie konsorcjów przetargiem musiało być spore. Nota bene spółki utworzyły trzy konsorcja na potrzeby tego przetargu, co świadczy o nakierowaniu na ubieganie się o dane zamówienie, a w konsekwencji niechybnie implikuje uważność i przykładanie większej wagi do spełnienia wymogów przetargu skoro w przypadku jego wygrania wykonawca na zamówienie Województwa (...) - Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) miał zaopatrzyć szkoły i biblioteki całego województwa (...), biorące udział w projekcie (...), w rzeczony sprzęt komputerowy.

Mimo tego dwie spółki (...) wchodzące w skład konsorcjów, które złożyły najtańsze oferty nie przedstawiły aktualnych informacji z ZUS, jak też z KRK, których uzyskanie nie stanowiło problemu dla reszty spółek. Przy czym podkreślenia wymaga, że spółki miały mnóstwo czasu na ich zgromadzenie, ponieważ publikacja ogłoszenia o przeprowadzeniu postępowania przetargowego miała miejsce 3 sierpnia 2011 r., podczas gdy oferty można było składać jeszcze 26 października 2011 r. i wtedy właśnie konsorcja je złożyły, aczkolwiek niekompletne.

Zdaniem Sądu następcze wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia braków formalnych - po otwarciu ofert w dniu 26 października 2011 r. - powinno doprowadzić do wzmożenia czujności tych konsorcjów, aby nie dopuścić do ponownego błędu. Ostatecznie wszystkie konsorcja uzupełniły braki, jednak w przypadku konsorcjum (...)/ (...) dołączono poprawiony formularz pełnomocnictwa oraz zaświadczenie z ZUS spółki (...) wystawione na dzień 14 listopada 2011 r. a więc na dzień niemieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięczym okresie ważności,

tj. od 26 lipca 2011 r. do 26 października 2011 r. wobec ustalenia warunku, że ma być wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert w dniu 26 października 2011 r. Przy czym znamienne jest, iż powyższe działanie miało miejsce już po otwarciu ofert, czyli w sytuacji, gdy biorący udział w przetargu oferenci otrzymali od Zamawiającego informację, że oferta konsorcjum (...)/ (...) ma najniższą cenę, a więc jest najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego, ale następną w kolejności droższą ofertę przedstawiło inne konsorcjum- (...)/ (...), a dopiero po nich uplasował się zupełnie inny podmiot (...) S.A. niepowiązany z żadną z grup przedsiębiorców skupionych w konsorcjach. Ostatnią, najdroższą ofertę złożyła zaś powódka wraz z (...).

W tych realiach modelowo działający przedsiębiorca, który rzeczywiście konkuruje o uzyskanie zamówienia, a co więcej ma świadomość, że w przypadku uzupełnienia braków formalnych jego oferta zostanie wybrana ze względu na najlepszą cenę, nie uczestnicząc w zakazanym porozumieniu, dołożyłby należytej staranności, aby przedłożyć właściwe zaświadczenie, tym bardziej, że takie zaświadczenie uzyskał. Działanie (...) jednak od takiego wzorca zdecydowanie odbiegało.

Podkreślenia wymaga, iż skompletowaniem dokumentów w przedmiotowym przetargu zajmował się P. B.- menager projektu, do którego obowiązków należały sprawy związane z uczestnictwem (...) w przetargach. Dodatkowo, jak zeznał P. B., przetargami zajmował się od 2005 lub 2006 r., co wskazuje na jego doświadczenie w tym zakresie. Nie jest zatem wiarygodne, iż taki wprawiony pracownik szczebla menadżerskiego, który przedłożył pismo uzupełniające jako pełnomocnik, omyłkowo przedstawił kopię zaświadczenia z ZUS wystawionego po terminie ważności określonym przez Zamawiającego.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zaświadczenie jakim posłużył się P. B. uzupełniając braki było datowane na 14 listopada 2011 r. Oznacza to, że zostało pozyskane po otwarciu ofert, w związku z czym zwłaszcza dla obeznanego pracownika powinno być jasne, że nie zostanie ono uznane za prawidłowe w przetargu skoro wymagano zaświadczenia wystawionego w ciągu trzech miesięcy przed upływem terminu składania ofert, co miało miejsce w dniu 26 października 2011 r. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż jak wynika z zebranego materiału dowodowego (...) dysponowało właściwym zaświadczeniem z ZUS wystawionym 23 sierpnia 2011 r., które przedstawiło w innym postępowaniu przetargowym pn. „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na (...)”. Tym samym, wobec możliwości wykonania kopii tego zaświadczenia, a wręcz wskazania przez P. B., że najczęściej składano w postępowaniach właśnie kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem (k. 444 akt sąd.), nieprzedstawienie takiej kopii na wezwanie Zamawiającego w postępowaniu przetargowym analizowanym w niniejszej sprawie, uznać trzeba za działanie nieprzypadkowe. Tym bardziej, że nic nie stało na przeszkodzie, aby wskazany dokumenty został dołączony od razu do oferty.

Sąd zważył przy tym, iż profesjonalnie i racjonalnie działający przedsiębiorca powinien wystąpić o zaświadczenie z ZUS jeszcze przed upływem terminu składania ofert a w przypadku jego nieuzyskania, wobec niespełniania wymagań określonych w SIWZ, powinien zrezygnować z przystępowania do przetargu. Z kolei w razie wystąpienia o te dokumenty, ale omyłkowego ich niedołączenia mógł skutecznie uzupełnić ofertę na wezwanie Zamawiającego. Odstępstwa od tego modelu nie świadczą zatem o działaniu racjonalnym a nawet konkurencyjnym, jeśli inne okoliczności, jak w niniejszej sprawie, przemawiają łącznie za antykonkurencyjnym zachowaniem.

Symptomatyczne jest, iż nieuzupełnienie braków formalnych przez (...) nastąpiło w sytuacji, gdy konsorcjum, w którego skład wchodziło, przedstawiło najtańszą ofertę opiewającą na kwotę 10.449.800,00 zł a niedołączenie posiadanego zaświadczenia z ZUS umożliwiło konsorcjum (...)/ (...) z drugą najlepszą cenowo ofertą na kwotę 11.006.088,59 zł przejęcie zamówienia i niedopuszczenie, aby podmiot nie biorący udziału w znowie tj. (...) S.A. z trzecią w kolejności ofertą cenową na kwotę 11.333.072,40 zł wygrał przetarg. Zdaniem Sądu ta konfiguracja ofert konsorcjów w połączeniu z występującymi w nich brakami- najbardziej kardynalnymi w przypadku dwóch najtańszych ofert konsorcjów- przy charakterystycznym schemacie działania świadczy, że odrębne konsorcja nie współzawodniczyły swobodnie, ale planowo dążyły, aby na skutek wykluczenia w związku z nieuzupełnieniem oferty jednego z konsorcjów Zamawiający wybrał ofertę najdroższą w zależności od tego, która oferta się nią stanie z

racji wystąpienia w przetargu także innego przedsiębiorcy. W efekcie tych działań najtańsze konsorcjum zostało wykluczone, a najlepsze noty otrzymało konsorcjum o ponad 500.000 zł droższe.

Konsorcja nie ponosiły przy tym ryzyka utraty wadium, gdyż na mocy wówczas obowiązującego art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający był zobowiązany do zatrzymania wadium tylko w przypadku gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie **w ogóle nie złożył** dokumentów/oświadczeń/pełnomocnictw, chyba, że wykonawca udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Bez znaczenia było zatem czy uzupełnienie braków jest poprawne. Natomiast wszystkie konsorcja złożyły dokumenty/oświadczenia/pełnomocnictwa niezależnie od tego czy były prawidłowe. Przedłożenie przez pracownika (...) zaświadczenia z ZUS niespełniającego warunków określonych przez Zamawiającego, należy zatem wyjaśnić potrzebą zabezpieczenia się przed zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego.

Twierdzenie o omyłce pracownika stanowi w ocenie Sądu taktykę stosowaną na potrzeby niniejszego postępowania także z tego względu, że pomimo zbieżnych wyjaśnień spółek z postępowania administracyjnego i zeznań P. B. o jego ukaraniu za rzekomą pomyłkę, to wymierzona została tylko kara nagany, zaś mimo tego faktu a wobec powiązań spółek (...), (...), (...), P. B. został następnie zatrudniony przez (...) również na stanowisku menagera projektu (k. 54 tom 1 akt głównych), a później prowadząc własną działalność gospodarczą współpracował ze spółką (...) (k. 443 akt sąd.). Takie postępowanie jawi się zaś jako nieadekwatne skoro spółki z tej grupy zostały bezpośrednio na skutek działania P. B. narażone na postawienie im zarzutu w mediach (k. 294 t. 1 akt głównych) oraz przez organ antymonopolowy, który ostatecznie obciążył spółki z tej grupy nominalnie niemałymi karami w związku ze stwierdzeniem zakazanego porozumienia przetargowego.

Konkluzja o zamierzonym działaniu konsorcjów, w tym powódki, jest zdaniem Sądu dodatkowo uzasadniona czy wzmocniona, jeśli weźmie się pod uwagę pozostałe specyficzne a zarazem znamienne okoliczności sprawy.

Mianowicie powiązania osobowe i kapitałowe w ramach ustalonych grup spółek stwarzały dogodne warunki do dokonywania uzgodnień przede wszystkim wewnątrz grupy, gdyż z podmiotami z drugiej grupy spółki mogły mieć oficjalny kontakt w ramach konsorcjum. Istotnym w tym aspekcie jest fakt, iż spółki – (...), (...), (...) miały swe siedziby w tym samym miejscu przy ul. (...) we W., zaś spółki – (...), (...) i (...) miały swe siedziby na pl. (...) pod numerem (...) we W.. Ułatwiała to zatem wymianę informacji i porozumienie nie tylko pracowników różnych spółek, ale ich kadry zarządzającej i właścicielskiej. Wprawdzie pracownicy spółek, wyjaśniając w trakcie kontroli przeprowadzonej w toku postępowania administracyjnego, nie potwierdzili, aby kontaktowali się z pracownikami pozostałych konsorcjów w przedmiocie tego samego przetargu, ale choćby D. S. będący Prezesem Zarządu powódki, jak też (...) i (...) wskazał na prowadzenie ustaleń dotyczących utworzenia konsorcjów z „ewentualnymi konsorcjantami” oraz wielokrotne kontakty z M. J. (1) (będącym Prezesem Zarządu (...) i (...) i większościowym wspólnikiem (...)), z którym „zna się od dawna” (k. 123, 134 t. I akt głównych).

Wyrazem współpracy spółek było wzajemne wystawienie pomiędzy liderami trzech konsorcjów dokumentów referencyjnych w zakresie realizacji dostarczania sprzętu komputerowego, tj. (...) dokonywał dostaw na rzecz (...), (...) na rzecz (...), a (...) na rzecz (...) (dowód: karta 53, 67, 81-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”).

Na uwagę zasługuje rodzaj błędów jakie znalazły się w pełnomocnictwach spółek dołączonych do ofert przetargowych. W pełnomocnictwie do reprezentacji w postępowaniu, udzielonym przez konsorcjum (...) / (...), wskazano błędny NIP spółki (...), który był numerem NIP spółki (...) (dowód: karta 70 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”). Ponadto pełnomocnictwa złożone do ofert wszystkich trzech konsorcjów, zawierały te same błędy merytoryczne, bo w ich treści powołano się na ustawę Prawo zamówień publicznych, podając Dziennik Ustaw z 2006 r. Nr 164 poz. 1163, podczas gdy prawidłowym oznaczeniem, na dzień składania ofert w postępowaniu był Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759, oraz w ich treści wskazano uprawnienie pełnomocników do składania protestów, podczas gdy ten środek ochrony prawnej został ostatnią nowelizacją ustawy zlikwidowany (dowód: karta 40, 68, 70, załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”). Wprawdzie radca prawny M. J. (2) z kancelarii (...) z siedzibą we W. wyjaśniała to wykonywaniem na rzecz (...), (...), (...) usług polegających na przygotowaniu umów konsorcjum, dokumentów

związanych ze wspólnym udziałem ww. spółek w przedmiotowym przetargu, w tym dokumentów pełnomocnictw (dowód: karta 68 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych oraz karta 62-63 t.2 akt głównych), wynika z tego jednak, że spółki nie działały rozdzielnie w ramach przygotowań do postępowania przetargowego, ale ściśle współdziałały nawet do tego stopnia, że jak podała I. J. koszty poniosła tylko jedna spółka w związku ze standardową treścią dokumentów (dowód: karta 67, 79-80 t.2 akt głównych).

Kolejnym podobnym a przez to znaczącym błędem, którego nie można już w powyższy sposób wyjaśnić z racji wyłączenia radcy prawnego od czynności merytorycznych w postępowaniu przetargowym, jest wskazanie w formularzu ofertowym konsorcjum (...) / (...) niewłaściwego nr NIP spółki (...), który był numerem NIP spółki (...) (dowód: karta 55 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”). Błąd ten oznacza, że musiało dochodzić do kopiowania treści formularzy spółek z różnych konsorcjów, mimo że jak wskazano w postępowaniu administracyjnym każda spółka miała oddzielny dział zamówień publicznych, który zajmował się osobnym przygotowaniem dokumentów (dowód: karta 67 akt (...) stanowiących t. 1 akt głównych, karta 224 t.2 akt głównych).

Analogiczne konkluzje pojawiają się w odniesieniu do podobieństw występujących w złożonych przez trzy konsorcja wykazach dostaw charakteryzujących się tożsamym układem graficznym i czcionką zwłaszcza w przypadku (...) i (...) (dowód:

karta 52, 66, 81 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), jak też w odniesieniu do gwarancji ubezpieczeniowych przedstawionych przez konsorcja w postępowaniu przetargowym wobec wystawienia ich przez tego samego ubezpieczyciela (...) S.A. tego samego dnia 25 października 2011 r. i co istotne oznaczeniu ich kolejnymi numerami porządkowymi, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) S.A. otrzymała numer (...), gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) otrzymała numer (...), a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla (...) otrzymała numer (...) (dowód: karta 54, 68, 82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”). Świadczy to bowiem nie o rozłącznej pracy odrębnych działów zamówień publicznych, ale o łącznym skoordynowaniu działań. Wystawienie kolejnych gwarancji tłumaczone było co prawda korzystaniem z usług tego samego brokera, należy jednak stwierdzić, że otrzymanie trzech pod rząd następujących po sobie numerów gwarancji oznacza wniesienie o ich wystawienie praktycznie w tym samym czasie.

Taka sytuacja miała również miejsce jeśli chodzi o złożenie ofert w przetargu. Wszystkie konsorcja złożyły swoje oferty wraz z innymi dokumentami dnia 26 października 2011 r., przy czym dokumenty ofertowe konsorcjów (...) / (...) oraz (...) / (...) złożono o godz. 10.30, natomiast 10 minut później, tj. o godz. 10.40 przyjęto ofertę konsorcjum (...) / (...) (dowód: koperty z ofert wraz z oznaczeniem daty i godz. złożenia do sekretariatu Zamawiającego: karta 94-99 t.2 akt głównych). Niemalże jednoczesne działanie wskazuje zatem na wspólne działanie.

Powyższe trzeba odnieść również do zsynchronizowanego zbierania przez spółki zaświadczeń z ZUS, ponieważ dokumenty stwierdzające niezaleganie przez wykonawców z opłatami na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. dla trzech przedsiębiorców zostały sporządzone jednego 23 sierpnia 2011 r.:

- dla (...) - numer zaświadczenia (...) (dowód: kopia dokumentu karta 162 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych),
- dla (...) - numer zaświadczenia (...) (dowód: kopia dokumentu karta 287 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych),
- dla (...) - numer zaświadczenia (...) (dowód: kopia dokumentu karta 273 akt (...), które stanowią tom 1 akt głównych).

Oprócz tego zaznaczenia wymaga, że uzasadnienia zachowań konsorcjów przedstawiane w ramach obrony przed wystosowanymi wobec nich zarzutami, w tym dotyczące powodów niewniesienia sprzeciwu w zakresie uwzględnienia

przez Zamawiającego odwołania (...) S.A. od rozstrzygnięcia przetargu „(...)” wygranym pierwotnie przez (...) / (...) nie są przekonujące.

W kwestii podnoszonych przesłanek ekonomicznych to wprawdzie faktycznie doszło do będącego następstwem powodzi w T. oraz znacznego wzrostu kursu dolara wzrostu cen części komputerowych, w szczególności twardych dysków, czemu nie oponował Prezes UOKIK, aczkolwiek jego zdaniem nie one były przyczyną niezaskarżenia decyzji Zamawiającego. Według Sądu argumentacja przedstawiona w tym zakresie w uzasadnieniu Decyzji jest logiczna i przekonująca a w toku postępowania dowodowego nie przedstawiono dowodów, które by ją podważyły.

Przede wszystkim należy zgodzić się z pozwanym, że gdyby rzeczywiście o rezygnacji stron decydowały wskazane czynniki ekonomiczne, to wobec pojawiających się już w październiku 2011 r., informacji na temat wzrostu cen części komputerowych, w związku z ww. powodzią, racjonalny przedsiębiorca musiałby wziąć tę okoliczność pod uwagę i wobec zagrożenia opłacalności realizacji zamówienia, podnieść ww. czynniki na wcześniejszym etapie trwania przetargu a nawet wycofać swoją ofertę bezpośrednio po wystąpieniu na rynku ww. tendencji. Tymczasem żadna ze stron nie podnosiła tych okoliczności, podczas gdy miały sposobność to uczynić, zarówno w momencie otwarcia ofert -26 października 2011 r., jak i po wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia braków formalnych, wysłanych 9 listopada 2011 r., a więc prawie miesiąc po pojawieniu się pierwszych informacji o skutkach powodzi w T. dla rynku akcesoriów komputerowych. Żaden z liderów wszystkich trzech konsorcjów, tj. (...) (w piśmie z **17.11.2011 r.**), (...) (w piśmie z **15.11.2011 r.**) i (...) (w piśmie z **10.11.2011 r.**), nie wskazywał na ww. czynniki powodujące, iż realizacja zamówienia na warunkach zaproponowanych w ofertach byłaby ekonomicznie nieopłacalna. Ponadto konsorcjum (...) / (...) S.A. nie przystąpiłoby do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, co nastąpiło **5 grudnia 2011 r.**, tylko już wówczas zrezygnowałoby z dalszego udziału w postępowaniu.

Reasumując, powyższe okoliczności zostałyby ujawnione na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego a nie po raz pierwszy dopiero w piśmie z **12 grudnia 2011 r.**, skierowanym przez lidera konsorcjum - spółkę (...) do Prezesa KIO, w którym jako przyczyny rezygnacji ze złożenia sprzeciwu wskazano „wzrost kursu dolara o 15%” oraz „problemy z terminową realizacją dostaw i kilkudziesięcioprocentowy wzrost cen podzespołów, związany z klęskami żywiołowymi w T.” (dowód: kopia pisma (...) Sp. z o.o. do KIO, karta 222 akt post. wyjaśniającego (...) stanowiących t. 1 akt głównych).

Sąd przedmiotową ocenę Prezesa UOKIK w pełni podziela, gdyż po pierwsze wspomniany trend wzrostu kursu walut USD i EUR rozpoczął się na **początku września** i w grudniu 2011 r. nie odnotowano już większych wahaniec w tym zakresie (dowód: karta 184 t.2 akt głównych - kurs EUR i USD w trzecim kw. 2011 r.). Po drugie informacje o wzroście cen części komputerowych w związku z powodzią w T. pojawiły się przynajmniej od **połowy października 2011 r.** (dowód: karta 294 t.2 akt głównych - wydruki z Internetu dotyczące sytuacji na rynku części komputerowych w związku z powodzią w T.).

W związku z powyższym, Sąd uznał, iż zmiana stanowiska w zakresie dalszego udziału w przetargu nastąpiła na skutek uzyskania informacji o uwzględnieniu przez Zamawiającego (w piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r.) wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu przez (...) S.A., a nie na skutek zmiany sytuacji gospodarczej na rynku części komputerowych (pismo Zamawiającego do Prezesa KIO z dnia 8 grudnia 2011 r., dowód: karta 216-217 akt post. wyjaśniającego (...) stanowiących t.1 akt głównych).

Zdaniem Sądu, wymienione okoliczności łącznie świadczą, że niekompletne oferty zawierające braki dotyczące dokumentacji podstawowej, której uzyskanie nie było skomplikowane, a co więcej, której złożenie jest wymagane we wszystkich postępowaniach przetargowych, miały przede wszystkim służyć zabezpieczeniu oferty (...) / (...) jako najwyższej na wypadek, gdyby któryś z innych podmiotów biorących udział w przetargu złożył niższą cenę niż cena ofertowa tego konsorcjum. I tak też się stało, ponieważ pomiędzy ofertami konsorcjów znalazła się oferta (...) S.A., dlatego wskazanych braków nie uzupełniło tylko konsorcjum z najtańszą ofertą, aby wygrało konsorcjum z ofertą wyższą, ale nieprzewyższającą oferty innego uczestnika przetargu - (...). Tym samym plan spółek na „sztuczne” doprowadzenie do wygrania przez „najdroższe” konsorcjum nie powiódł się do końca. Z uwagi więc na wynikające

z przeanalizowanego materiału dowodowego wnioski, powódka musiała być w przedmiotowy plan zaangażowana, zwłaszcza, że działała jednolicie z pozostałymi członkami konsorcjów.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż sposób i skutki postępowania danych przedsiębiorców, w tym powódki, są reprezentatywne, dlatego tego typu działania są kwalifikowane jako przykłady zmywy przetargowej. Jak już wcześniej wspomniano praktycznie wyodrębnia się różne formy zmyw przetargowych, aczkolwiek często występującym modelem jest tzw. ograniczanie ofert przetargowych (ang. bid suppression). Praktyka ta ma miejsce, kiedy działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert lub wycofują wcześniej złożone oferty albo podejmują inne kroki, dzięki którym oferta nie będzie brana pod uwagę (z powodów braków formalnych), wszystko w celu umożliwienia wybranemu między sobą przedsiębiorcy wygrania przetargu ofertą o zawyżonej cenie. W tej sytuacji przedsiębiorcy stwarzają pozory konkurencji, podczas gdy w rzeczywistości organizator przetargu zmuszony jest zaakceptować ofertę, której cena jest zawyżona i odbiega od ceny w warunkach konkurencji. Natomiast działanie powódki wspólnie z przedsiębiorcami wpisuje się w ten typowy model zmywy przetargowej.

Zauważyć trzeba, że wskazani w Decyzji przedsiębiorcy mieli możliwość dokonywania niejawnych, poufnych uzgodnień odnośnie cen i warunków składanych ofert z uwagi na ściśle powiązania osobowo-kapitałowe oraz lokalizacje ich siedzib. Przedsiębiorcy przygotowywali się do udziału w przetargach razem, ponieważ dokumenty ofertowe zawierały ich wzajemne pomyłone dane, kształt części ofert sporządzony został w podobny sposób, mieli też kooperować w wykonaniu zamówienia, a czynności w postępowaniu przetargowym polegające na zebraniu i złożeniu dokumentów wykonywali wspólnie. Podawali też niewiarygodne powody niedołączenia prawidłowego dokumentu z ZUS. Trudno bowiem zaakceptować twierdzenia profesjonalnych przedsiębiorców odnośnie omyłkowego niedołączenia dokumentu w danym stanie faktycznym. Ustalone w niniejszej sprawie fakty układają się zatem w logiczną całość prowadzącą do wniosku, iż przekroczone zostały granice współpracy pomiędzy spółkami powiązаныmi i niepowiązаныmi członkami konsorcjów. Ich działania formalne dotyczące składania dokumentów w przetargu układały się wszak w jeden schemat, strategię, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert, oferta droższa zastąpi ofertę tańszą. Kluczową okolicznością był fakt, iż konsorcjum z najtańszą ofertą nie dołączyło, a później prawidłowo nie uzupełniło dokumentów przetargowych, co skutkowało automatycznie tym, że powiązane z nim konsorcjum miało wygrać, ale wyższą ceną, umożliwiającą osiągnięcie większego zysku.

Cel działania przedsiębiorców wyznacza zatem opisany ciąg zdarzeń, z których wynika dążenie do wyłonienia wygranego w przetargu przez spółki w drodze ich manipulacji w zakresie tworzenia i uzupełniania braków a nie uczciwego współzawodnictwa. Skoro bowiem dowodzenie w niniejszej sprawie opiera się na domniemaniach faktycznych, również cel działania przedsiębiorców został wywiedziony z ustalonych w sprawie faktów.

W ocenie Sądu wszystkie fakty ustalone w niniejszej sprawie dają podstawę do twierdzenia o zawiązaniu przez powódkę wraz z pozostałymi przedsiębiorcami antykonkurencyjnego porozumienia, albowiem swoistego działania przedsiębiorców nie da się wystarczająco wiarygodnie wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego wcześniej zachowania. Tylko bowiem uprzednie porozumienie przedsiębiorców prowadzi do tak skoordynowanego rezultatu gwarantującego któremuś z konsorcjów wygranie przetargu z możliwie najwyższą ofertą, dającą lepszy zysk. Jednocześnie spółki nie były w stanie przedstawić przekonujących wyjaśnień popartych dowodami na wytłumaczenie zachowań wskazujących na wcześniejsze uzgodnienia co do udziału w przedmiotowym przetargu. Prezes UOKiK nie dokonał więc błędnej oceny materiału dowodowego, jego wersja wydarzeń jest zdecydowanie bardziej wiarygodna. Nie doszło zatem w ocenie Sądu do naruszenia art. 231 k.p.c. przez pozwanego.

W świetle powyższego zauważyć należy, iż zachowania powódki, podobnie jak innych przedsiębiorców, stanowiące przedmiot niniejszego postępowania nie były prawidłowe w normalnych warunkach rynkowych, w związku z czym zaburzyły konkurencję. Proces konkurencji związany z postępowaniem przetargowym „(...)” uległ zatem zniekształceniu w wyniku wcześniejszego uzgadniania warunków składanych ofert, w szczególności cen jak i zasad postępowania zmówionych przedsiębiorców do niego przystępujących. Zawarte porozumienie nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale cel ten został początkowo zrealizowany, jeśli weźmie się pod uwagę, że na skutek wyeliminowania najtańszej oferty, na pierwsze miejsce przesunęła się druga pod względem

ceny, aczkolwiek wyniki przetargu zostały ostatecznie zmienione z uwagi na przeświadczenie Zamawiającego o dopuszczeniu się przez konsorcja, których oferty zostały odrzucone, czynu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, wobec braku udowodnienia wyłączenia zawartego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję uzasadnionym stało się przyjęcie, że powódka naruszyła zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Do przypisania powódce tego naruszenia niezbędne było wszak wykazanie zawarcia porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków składanych do przetargu ofert, jak też antykonkurencyjnego celu lub skutku. Sąd zważył, że wobec braku dowodów bezpośrednich zawarcia porozumienia i warunków na jakich każdy z uczestników bierze udział w porozumieniu wystarczającym jest zatem wykazanie metodyczności, planowości postępowania przedsiębiorców świadczące o realizacji uzgodnień, które nie może być uzasadniane inaczej jak istnieniem zmowy przetargowej. Natomiast w niniejszej sprawie brak było innego racjonalnego wytłumaczenia postępowania przedsiębiorców, takiego wyjaśnienia nie przedstawiła sama powódka.

Stosowanie zakazanej praktyki zostało zaniechane przez powódkę w dacie otwarcia ofert 26 października 2011 r., ponieważ oferta konsorcjum powódki miała wyższą cenę niż oferta jedynej jej konkurenta (...), dlatego Prezes UOKiK wydał Decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Powyższe implikuje zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k., zgodnie z którym Prezes Urzędu 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, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8.

Mimo, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zdaniem Sądu Prezes UOKiK podjął trafną decyzję o wymierzeniu kary powódce. Wymierzenie kary za praktykę ograniczającą konkurencję uzasadnione jest potrzebą podkreślenia naganności zachowania Przedsiębiorcy i przysporzenia mu realnej dolegliwości skutkującej zapobieżeniem podobnych zachowań w przyszłości.

Jak wynika z treści art. 111 u.o.k.i.k, Prezes UOKiK przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ustawy, powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Kara nie może jednak przekroczyć 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w roku 2012.

Sąd zważył, że rodzaj praktyki stosowanej przez powódkę pozwala zakwalifikować ją jako bardzo poważne naruszenie przepisów ustawy, gdyż zmowa przetargowa należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji. Wprawdzie oceniane porozumienie zawarte zostało na lokalnym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...), na którym nie występują istotne bariery wejścia na rynek oraz jest to rynek konkurencyjny, aczkolwiek zmowa z udziałem powódki doprowadziła do wyłączenia konkurencji między przedsiębiorcami wymienionymi w Decyzji. Zamawiający poddany manipulacjom przedsiębiorców stał się odbiorcą przedmiotowych praktyk. Na skutek zawartej zmowy przetargowej podmiot ten miał wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, bo najtańsza oferta została wykluczona wskutek nieuzupełnienia braków, a kolejna po ujawnieniu zmowy odrzucona. Wobec tego zawarte porozumienie doprowadziło do wymiernego uszczerbku ekonomicznego po stronie Zamawiającego, związanego z wyborem droższej o ponad 883 tysiące złotych brutto oferty (...) S.A.

Oczywistą konkluzją jest również umyślność działania zamawiającej się z pozostałymi przedsiębiorcami powódki, ponieważ w najkorzystniejszym układzie miała zostać, wraz z drugim członkiem konsorcjum, zwycięzcą w przedmiotowym przetargu zgodnie z założeniem ustalonej z góry taktyki działania, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych poprzez wygranie przetargu przy jednoczesnym osiągnięciu jak najwyższej ceny.

Przejawy zawartego porozumienia miały miejsce w związku z ogłoszonym w sierpniu 2011 r. przetargiem a zaniechanie praktyki z udziałem powódki zostało zakończone 26 października 2011 r. toteż nie zostało zakwalifikowane do naruszeń długotrwałych.

Powyższe przemawiało za nałożeniem na powódkę kary na poziomie (...) jej przychodów z 2012 r. Biorąc więc pod uwagę przychody powódki organ nałożył na nią karę w wysokości 13.341 zł, a Sąd uznał ją za adekwatną i niewygórowaną. Kara ta spełni swoje funkcje prewencyjne, dyscyplinujące, represyjne, jest bowiem wystarczająca do osiągnięcia zamierzonego celu, pozwalającego jednocześnie na kontynuowanie prowadzonej działalności.

W tym stanie rzeczy podniesione w odwołaniu od Decyzji zarzuty kwestionujące zawarcie porozumienia z udziałem powódki i nałożenie na nią kary nie są trafne. Zaskarżona Decyzja nie wymaga uchylenia, ale zmiany wyłącznie w zakresie rynku właściwego z powodów wyjaśnionych na wstępie uzasadnienia.

Biorąc powyższe względy pod uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c. zmienił zaskarżoną Decyzję w ten tylko sposób, że w opisie czynu zastąpił sformułowanie „na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych” sformułowaniem „na lokalnym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...)”, a w pozostałej części oddalił wniesione przez powódkę odwołanie na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach procesu, Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. zgodnie z którym w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznaczej części swego żądania. Sąd uznał, że pozwany uległ tylko nieznaczej części swego żądania, ponieważ zaskarżona Decyzja została zamieniona jedynie w niewielkim zakresie dotyczącym rynku właściwego. Na powyższe koszty złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w wysokości 720,00 zł ustalone w oparciu § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015, poz. 1804 z zm.).

Sędzia SO Anna Maria Kowalik