

Sygn. akt XVII AmA 13/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Witold Rękosiewicz

Protokolant: sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.,

(dawniej: (...) sp. z o.o.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

zainteresowani:

- 1) (...) S.A. z siedzibą we W.,
- 2) (...) S.A. z siedzibą we W.,
- 3) (...) S.A. w upadłości układowej z siedzibą we W.,
- 4) (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.,
- 5) (...) S.A. z siedzibą we W.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2013 r. nr (...)

I. oddała odwołanie,

II. zasądza od (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Witold Rękosiewicz.

Sygn. akt XVII AmA13/14

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK, pozwany), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją z dnia 25 października 2013 roku nr (...) 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.2015.184, dalej: uokik.) 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.2009.107.887):

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

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

- (...) S.A. i (...) sp. z o.o. z dniem 26 października 2011 r.
- (...) S.A., (...) S.A., (...) (MobiReg) sp. z o.o. i (...) S.A. z dniem 15 grudnia 2011 r.;

II. z tytułu stwierdzonego naruszenia, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik nałożył na wymienionych przedsiębiorców kary pieniężne w następującej wysokości:

1. (...) S.A. z siedzibą we W. – 1 717 184 zł,
2. (...) S.A. z siedzibą we W. – 118 895 zł,
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.

(...) sp. z o.o. z siedzibą we W. złożyła odwołanie, w którym zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK co do pkt I - w całości, a co do pkt II w odniesieniu do nałożonej na powoda kary pieniężnej w wysokości 3 415 zł.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego:

- art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik w powiązaniu z art. 1 ust.1 oraz 8 ust.1 pkt 4 uokik poprzez ich błędną wykładnię zakładającą, że złożenie odrębnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie przetargu nieograniczonego) poprzez spółki powiązane - jest praktyką antykonkurencyjną (tj. nakierowaną na wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji),

II. przepisów postępowania, które wpłynęło na wynik sprawy, a to art. 105 kpa w związku z art. 83 i art. 93 uokik poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania pomimo upływu ustawowego terminu.

Ze względu na przedstawione zarzuty powód wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonej decyzji,
- 2) zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu złożonego odwołania powód wskazał, iż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013.907) w brzmieniu obowiązującym w okresie, którego dotyczy zaskarżona decyzja, możliwe było złożenie wspólnej oferty przez podmioty działające w formie konsorcjum. Również powiązania kapitałowe czy osobowe pomiędzy przedsiębiorcami nie wykluczały prawa do złożenia oddzielnej oferty. Wobec tego, zdaniem powoda, złożenie w przetargu osobnych ofert przez spółki powiązane nie było zabronione ani limitowane o ile nie powodowało zachwiania uczciwej konkurencji.

Powód stwierdził, iż ze względu na dopuszczalność złożenia, na gruncie obowiązujących przepisów, odrębnych ofert przez spółki powiązane osobowo, kiedy w zarządach obu spółek są te same osoby, zrozumiałe było, że jedna ze spółek miała pewną wiedzę o ofercie drugiej. W takiej sytuacji nie jest możliwe, aby zarząd jednej spółki nie miał wiedzy o treści oferty złożonej przez drugą spółkę.

Również intencjonalne nieusunięcie braków formalnych złożonej oferty nie jest w ocenie powoda praktyką antykonkurencyjną. Powód przyznał, że w interesie zamawiającego było wybranie oferty w najniższej cenie. Wyłączenie z przetargu oferty konsorcjum (...) zmuszało go do wybrania droższej oferty. Jednak, zdaniem powoda, celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest ochrona finansowa podmiotów podlegających finansowaniu publicznemu. Z tego względu Prezes UOKiK powinien zbadać, czy możliwe było złożenie oferty tańszej niż złożone przez strony postępowania.

Powód wskazał też na prawo przedsiębiorców do maksymalizacji korzyści z prowadzonej działalności i uzyskania najwyższej ceny. W dopuszczalnych prawem granicach, dla osiągnięcia tego celu przedsiębiorca może robić wszystko, aby uzyskać najwyższą ocenę. Wycofanie oferty przez jednego uczestnika przetargu i przyjęcie droższej oferty nie narusza konkurencji, ponieważ nie wyklucza konkurowania między sobą przedsiębiorców mających takie same możliwości. W ocenie powoda w analizowanej sprawie nie doszło do wyeliminowania konkurencji.

Powołując się na art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik powód stwierdził, że nawet jeżeli porozumienie pomiędzy stronami zostało zawarte, to jego skutkiem nie mogło być wyeliminowanie konkurencji.

Powód wskazał, że zgodnie z treścią zaskarżonej decyzji zaprzestał stosowania zarzucanej praktyki w roku 2011. Wobec tego, w myśl art. 93 uokik postępowanie antymonopolowe mogło być wszczęte do dnia 31 grudnia 2012 roku. Według powoda stanowisko, iż chwilą wszczęcia postępowania antymonopolowego jest data wydania przez organ postanowienia, a zawiadomienie o tym ma jedynie funkcję informacyjną, jest błędne i godzi w zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa, zasadę pewności prawa i stabilności sytuacji prawnej strony postępowania. Skoro art. 88 uokik ustala jedynie, iż wszczęcie postępowania następuje w drodze postanowienia, o którym zawiadamia się strony i nie reguluje kwestii daty wszczęcia postępowania, to na podstawie art. 83 uokik zastosowanie mają ogólne zasady postępowania administracyjnego. Zgodnie z przepisami postępowania administracyjnego, w przypadku postępowań wszczynanych z urzędu datą wszczęcia postępowania jest data pierwszej czynności organu wobec strony, a strona musi być skutecznie powiadomiona o dokonaniu tej czynności. Pierwszą czynnością Prezesa UOKiK w stosunku do (...) sp. z o.o. było doręczenie zawiadomienia o wszczęciu postępowania. Postanowienie Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania, noszące datę 28 grudnia 2012 r. zostało doręczone powodowi w dniu 4 stycznia

2013 r. Oznacza to, że Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe po upływie terminu ustawowego, a zaskarżona decyzja powinna być uchylona.

Zdaniem powoda zarzuty zawarte w odwołaniu uzasadniają uchylenie zaskarżonej decyzji ze względu na naruszenie przepisów prawa materialnego i upływ terminu do wszczęcia postępowania antymonopolowego, który został przekroczony.

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

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 6 ust.1 pkt 7 uokik w powiązaniu z art. 8 ust.1 pkt 4 uokik poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne uznanie, iż między stronami postępowania antymonopolowego doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 uokik mimo istnienia pomiędzy tymi podmiotami powiązań osobowych i kapitałowych Prezes UOKiK stwierdził, że stanowisko powoda jest przeczy wyjaśnieniom składanym przez przedstawicieli stron w toku postępowania antymonopolowego, którzy wskazywali na niezależność spółek tworzących trzy konsorcja. Pozwany powołał się na znajdujące się w protokołach kontroli wyjaśnienia D. S. – prezesa zarządu (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., oraz (...) S.A. oraz pełnomocnika trzech spółek i bezpośrednio ówczesnego prezesa spółek I. i I. M. J.. Prezes UOKiK wskazał na wewnętrzną sprzeczność stanowiska powoda wynikającą z faktu, że naturalnym następstwem działania w warunkach powiązania powinna być koordynacja i współpraca pomiędzy spółkami w przygotowaniach konsorcjów do przetargu. Jednak w toku postępowania antymonopolowego przedstawiciele stron postępowania i pracownicy spółek zaprzeczali wszelkim kontaktom pomiędzy sobą, mimo, iż w ramach jednego organizmu gospodarczego takie zachowanie jest irracjonalne. Zmianę stanowiska powoda w zakresie powiązań i współpracy Prezes UOKiK uznał za taktykę przyjętą na potrzeby złożonego odwołania.

Pozwany zauważył, iż tworzące konsorcjum podmioty muszą działać autonomicznie i ich działań nie można traktować jako realizowanych w ramach jednego podmiotu gospodarczego. Po utworzeniu odrębnych konsorcjów i złożeniu konkurencyjnych ofert spółki obu grup stały się niezależnymi i autonomicznymi w działaniach podmiotami. Jednak, zdaniem pozwanego, konkurencja pomiędzy uczestnikami porozumienia była pozorna, a ich kolejne działania zostały zaplanowane zależnie od sytuacji.

Prezes UOKiK dodał, iż oddzielne występowanie pomiędzy stronami postępowania powiązań, współpraca i prowadzenie działalności pod tym samym adresem nie jest zachowaniem naruszającym prawo. Mając na uwadze dokonane w ustalenia, opierając się na domniemaniu faktycznym oraz łącznej analizie faktów i okoliczności stwierdzić należało, iż strony postępowania uzgodniły warunki składanych ofert i współpracowały w toku przetargu. Zawarły więc ograniczające konkurencję porozumienie określone w art.6 ust.1 pkt 7 uokik. Łączne wystąpienie określonych faktów i wynikające z tego wnioski stanowią przesłankę domniemania o zawarciu porozumienia między podmiotami uczestniczącymi w przetargu. Wystąpienie przedstawionego w zaskarżonej decyzji ciągu zdarzeń oraz dodatkowych okoliczności, co można wytłumaczyć tylko jako efekt wcześniejszych uzgodnień, w ocenie Prezesa UOKiK potwierdza działanie spółek w ramach porozumienia. Łączne wystąpienie tych zdarzeń umożliwiło prowadzenie skoordynowanych i uzgodnionych działań między powodem i pozostałymi podmiotami. W sprawie istniały więc podstawy do przyjęcia, iż powód i pozostałe spółki działały w porozumieniu, a pomyłka pracownika wynikała z wcześniej zaplanowanych działań.

Odnosnie zarzutu wszczęcia i prowadzenia postępowania oraz wydania decyzji pomimo upływu terminu ustawowego pozwany wskazał, iż w związku z art. 83 uokik do postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję ma zastosowanie art. 88 ust.2 uokik, który w kwestii wszczęcia postępowania w wymienionych sprawach ma charakter szczególny i wyłącza stosowanie art. 61 § 4 kpa. Zgodnie z art. 88 ust. 2 uokik Prezes UOKiK najpierw wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania, a następnie zawiadamia i tym strony. Wydanie przez Prezesa UOKiK postanowienia jest równoznaczne w skutkach ze wszczęciem postępowania, a zawiadomienie strony jest jedynie obowiązkiem procesowym organu. Pozwany powołał się na przyjęte w tej kwestii ugruntowane stanowisko

doktryny, zgodnie z którym dzień wydania postanowienia należy traktować jako dzień wszczęcia postępowania antymonopolowego.

Prezes UOKiK przedstawił ponadto wyjaśnienia dotyczące ustalenia wysokości nałożonej na powoda w decyzji kary pieniężnej Wskazał, na konieczność realizacji ustawowych funkcji kary. Uznał, że podniesione przez powoda zarzuty, dotyczące nałożonej decyzją kary pieniężnej nie zasługują na uwzględnienie.

Zainteresowani, którym doręczono odpisy odwołania, nie przedstawili stanowiska w sprawie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Do ogłoszonego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w dniu 3 sierpnia 2011 r. przetargu na dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek oferty złożyły trzy utworzone w celu uczestnictwa w przetargu konsorcja, składające się z następujących spółek:

- (...) S.A. i (...) sp. z o.o.,

- (...) sp. z o.o. i (...) S.A.,

- (...) S.A. i (...) sp. z o.o.

Ponadto ofertę złożył również przedsiębiorca (...) S.A.

Wszystkie wymienione spółki mają siedzibę we W.. Spółki (...), I. i I. (liderzy konsorcjów) oraz D., (...) i (...) (konsorcjanci) na skutek powiązań osobowych i kapitałowych są członkami dwóch odrębnych grup kapitałowych. Na podstawie porozumień prezesów zarządów poszczególne spółki utworzyły trzy konsorcja, które w dniu 26 października 2011 r. złożyły odrębne oferty w przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego (k. 39, k. 55, k. 69 załącznika do akt głównych). Czwarta oferta w przetargu, złożona przez przedsiębiorcę (...) S.A. we W. wpłynęła do Zamawiającego w dniu 25 października 2011 r.

W dniu 26 października 2011 r., po otwarciu wszystkich czterech ofert Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) podał do wiadomości nazwy uczestników przetargu i informacje dotyczące treści ofert, w tym ceny proponowanej przez każdego oferenta. Ceny poszczególnych oferentów kształtowały się następująco:

- konsorcjum (...) – 10 449 800 zł,

- konsorcjum (...) – 11 006 088, 59 zł,

- konsorcjum (...) – 12 767 400 zł,

(...) 11 333 072, 40 zł.

Po otwarciu i ogłoszeniu treści ofert Zamawiający w dniu 9 listopada 2011 r. wezwał trzy konsorcja do uzupełnienia braków formalnych stwierdzonych w złożonych do przetargu dokumentach przetargowych. Wszystkie konsorcja uzupełniły brakujące dokumenty.

Z ogłoszonej w dniu 23 listopada 2011 r. informacji (k.265 t.1 akt adm.) wynika, że na skutek nieprawidłowego uzupełnienia braków formalnych dokumentacji konsorcjum spółek (...), którego oferta miała najtańszą cenę, zostało wykluczone z postępowania przetargowego. W związku z tym Zamawiający wybrał ofertę konsorcjum (...), którego cena była drugą pod względem wysokości, lecz niższą od cen pozostałych oferentów.

Spółka (...) ((...)) złożyła protest na czynności Zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia przetargu, w którym wskazała na szereg elementów dokumentacji przetargowej i zarzuciła przedsiębiorcom należącym do trzech konsorcjów

działanie w ramach z umowy przetargowej (k.8 t.1 akt adm.). Zdaniem (...) okoliczność nieskutecznego uzupełnienia przez konsorcjum (...) brakujących dokumentów świadczyła o niesamodzielnym działaniu uczestników przetargu, ponieważ w innym, równoległym postępowaniu przetargowym obsługiwanym przez tego samego pracownika spółki (...) analogiczne braki dokumentacji zostały usunięte prawidłowo. Pismem z dnia 8 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego (...). Pozostali uczestnicy postępowania przetargowego nie złożyli sprzeciwu na oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów (...). W związku z tym Prezes (...), na podstawie art. 186 ust.3 Prawa zamówień publicznych, postanowieniem z 13 grudnia 2011 r. umorzył prowadzone przez (...) postępowanie odwoławcze. Pismem z dnia 15 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował konsorcja (...) i (...) o odrzuceniu ich ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 Prawa o zamówieniach publicznych na skutek uznania, że podejmowały działania o charakterze nieuczciwej konkurencji, podtrzymał decyzję o wykluczeniu konsorcjum (...) i ogłosił, iż wybrał ofertę spółki (...).

W roku 2012, poprzedzającym wydanie zaskarżonej decyzji powód osiągnął przychód w wysokości (...) zł.

Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania i analizie zebranych informacji stwierdził, iż zachowanie konsorcjów uczestniczących w postępowaniu przetargowym wskazuje na działanie w warunkach niedozwolonego porozumienia i wydał zaskarżoną decyzję.

Przedstawione okoliczności nie były między stronami sporne.

Na podstawie dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych przedsiębiorcy mogą tworzyć konsorcja w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W świetle przepisów powołanej ustawy utworzenie przez powoda i zainteresowanych, jako podmiotów należących do dwóch grup kapitałowych, trzech konsorcjów w celu uczestniczenia w przetargu nie było niedozwolone o ile składane przez te konsorcja oferty były sformułowane w sposób autonomiczny a podejmowane w postępowaniu przetargowym działania miały niezależny charakter. W zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że oferty poszczególnych konsorcjów w zakresie cen i działania podjęte w postępowaniu przetargowym były wynikiem porozumienia należących do nich przedsiębiorców, powiązanych jednocześnie w dwie grupy kapitałowe.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że ze względu na istniejące powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy spółkami należącymi do każdej grupy, z których utworzone zostały trzy konsorcja, oraz kontakty z pracownikami spółek, prezesi poszczególnych spółek mieli swobodny dostęp do informacji na temat treści ofert składanych przez utworzone z nich konsorcja, w tym również cen ustalonych w ofertach. Każde konsorcjum złożone było bowiem z dwóch podmiotów, z których każdy należał do odrębnej grupy kapitałowej. Na działanie spółek liderów, należących do Grupy I, bezpośredni lub pośredni wpływ miał Pan M. J., a prezesem zarządu i właścicielem wszystkich spółek z Grupy II był Pan D. S..

Zdaniem Sądu takie okoliczności jak posiadanie przez spółki należące do grupy kapitałowej jednego adresu, przedstawienie przez utworzone na potrzeby udziału w przetargu konsorcja gwarancji ubezpieczeniowych, które były wystawione w tym samym dniu z kolejnymi numerami porządkowymi, wzajemne udzielanie referencji przez spółki będące liderami konsorcjów, przedstawienie przez liderów konsorcjów zaświadczeń ZUS wystawionych na ten sam dzień z kolejnymi lub zbliżonymi numerami, udostępnianie członkom konsorcjów własnych szablonów pism, komunikowanie się prezesów z pracownikami spółek, prowadzenie obsługi prawnej liderów przez jedną kancelarię prawną, oraz okoliczność, że trzy konsorcja złożyły oferty przetargowe tego samego dnia, w niewielkim odstępie czasu nie są sprzeczne z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych. Każda z tych okoliczności, uwzględniana odrębnie nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego. Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności przy uwzględnieniu, że dotyczyły sześciu spółek uczestniczących w przetargu oraz powiązanie tego z faktem, że po ujawnieniu przez Zamawiającego w dniu 26 października 2011 r. treści ofert i cen, kiedy można już było

przewidzieć, które z trzech konsorcjów, utworzonych przez podmioty z dwóch grup kapitałowych, ma potencjalnie najwyższe szanse na wygranie przetargu, doświadczony w przygotowywaniu dokumentów przetargowych pracownik I., wystąpił do ZUS o wydanie zaświadczenia za inny okres i złożył do dokumentacji przetargowej ten wadliwy dokument, co skutkowało wykluczeniem z udziału w przetargu konsorcjum, przedstawiającego najtańszą ofertę oraz automatycznie stworzyło sytuację, w której szansę na wygranie przetargu uzyskało następne konsorcjum utworzone przez spółki należące do tych samych grup kapitałowych uzasadnia domniemanie, że spółki tworzące konsorcja uczestniczyły w porozumieniu przetargowym, dotyczącym ustalenia stopniowo rosnących cen ofert składanych w przetargu i sposobu postępowania po ujawnieniu treści ofert w celu doprowadzenia do wygrania przetargu przez konsorcjum składające się ze spółek należących do tych samych grup kapitałowych, którego cena ofertowa była wyższa. Okoliczności sprawy wskazują, że usunięcie braku w dokumentacji przetargowej w sposób nieprawidłowy było działaniem zmierzającym do wykluczenia z postępowania przetargowego konsorcjum spółek (...). Wynikające z akt administracyjnych informacje na temat okoliczności, których skutkiem było wyeliminowanie tego konsorcjum z postępowania przetargowego wskazują na skoordynowane współdziałanie spółek na etapie przygotowania warunków ofert poszczególnych konsorcjów oraz po ogłoszeniu treści ofert. Takie współdziałanie było możliwe ze względu na istnienie powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy spółkami w każdej grupie kapitałowej. Konsorcja zostały utworzone z inicjatywy i na skutek porozumienia prezesów zarządów spółek należących do obu grup kapitałowych.

Podkreślić należy, że co do zasady nielegalne porozumienia zawierane są między niezależnymi względem siebie podmiotami, które mogą podejmować samodzielne decyzje. Na skutek zawarcia porozumienia podmioty gospodarcze rezygnują z autonomii w podejmowaniu decyzji. Brak swobody w podejmowaniu przez te podmioty samodzielnych decyzji gospodarczych, wynikający ze wzajemnych relacji prawnych między nimi powoduje, iż podmioty te nie są względem siebie konkurentami. Sytuacja taka występuje w szczególności między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej. Porozumienia zawierane pomiędzy spółkami należącymi do jednej grupy kapitałowej są jedynie formą alokacji zadań i obowiązków pomiędzy podmioty stanowiące jeden organizm gospodarczy (single economic unit), a zatem z istoty swej nie są sprzeczne z prawem konkurencji.

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie ma jednak zastosowania do oceny działań podejmowanych przez powoda i zainteresowanych, ponieważ w porozumieniu uczestniczyły spółki należące do dwóch grup kapitałowych, a prezesi zarządów spółek z obu grup mieli możliwość nieskrępowanego komunikowania się ze sobą oraz z pracownikami spółek odpowiedzialnymi za przygotowanie warunków poszczególnych ofert, więc z racji zajmowanego stanowiska osoby te miały pełną wiedzę na temat treści ofert poszczególnych konsorcjów nawet w sytuacji, gdy pracownicy spółek należących do konkurencyjnych konsorcjów nie komunikowali się bezpośrednio między sobą.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż mechanizm współpracy pomiędzy przedsiębiorcami z obu grup kapitałowych polegał na tym, że po otwarciu ofert przetargowych jedno konsorcjum podejmowało działania, których skutkiem było wykluczenie go z przetargu bez utraty wadium co stwarzało naturalne warunki do wyboru przez Zamawiającego oferty kolejnego konsorcjum złożonego z podmiotów należących do dwóch działających w porozumieniu grup kapitałowych, której cena była jednak wyższa od ceny oferty wykluczonego konsorcjum.

W ocenie Sądu należy uznać, iż nawet jeżeli w ramach zorganizowanej w ten sposób współpracy podmioty należące do każdego konsorcjum realizowały wspólne interesy ekonomiczne, obie grupy kapitałowe posiadały jednak własną motywację ekonomiczną. Pomimo występowania w sprawie dwojakiej zależności pomiędzy podmiotami z danej grupy kapitałowej i pomiędzy spółkami należącymi do jednego konsorcjum zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do stwierdzenia, że jedna grupa kapitałowa była podporządkowana i zależna finansowo od drugiej.

Należy więc stwierdzić, że łączne wystąpienie przedstawionych okoliczności daje podstawę do uznania, iż spółki obu grup kapitałowych, tworzące poszczególne konsorcja uczestniczyły bądź mogły uczestniczyć w postępowaniu przetargowym w warunkach daleko idącego współdziałania, co uzasadnia domniemanie, iż na określonym etapie tego postępowania, po ogłoszeniu treści warunków cenowych wszystkich uczestników przetargu, działanie prowadzące do wykluczenia z przetargu oferty najtańszej i jednoczesnego doprowadzenia do wygrania przetargu przez konsorcjum

żądające wyższej ceny, ale złożone z podmiotów wchodzących w skład tych samych co wykluczony grup kapitałowych, było działaniem zamierzonym i celowym.

Wbrew twierdzeniu powoda, istniejące między stronami postępowania antymonopolowego porozumienie dotyczące działań przetargowych, nie zostało zawarte wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej i w związku z tym objęte było zakazem zawartym w art. 6 uokik.

Nie zasługują więc na uwzględnienie zawarte w odwołaniu zarzuty powoda dotyczące naruszenia art. 6 ust.1 pkt 7 uokik.

Jak trafnie wskazał Prezes UOKiK, osoba składająca zaświadczenie wystawione przez ZUS:

1) była doświadczonego pracownikiem, do którego obowiązków służbowych należało m.in. przygotowanie i składanie dokumentów w postępowaniach przetargowych,

2) w równoległe prowadzonym postępowaniu dotyczącym innego przetargu ten sam pracownik nie popełnił takiego błędu i złożył prawidłowe zaświadczenie.

W ocenie Sądu, przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego trudno przyjąć, że nieprawidłowe usunięcie braku formalnego dokumentacji przetargowej było wyłącznie skutkiem pomyłki pracownika, szczególnie w sytuacji, gdy prowadziło to do wykluczenia najtańszej oferty, korzystniejszej pod tym względem dla Zamawiającego. W ogólnym rozrachunku zaistniała sytuacja niewątpliwie była bardziej opłacalna dla obu grup kapitałowych. Przetarg wygrało konsorcjum złożone ze spółek należących do obu grup kapitałowych, a wybrana oferta była droższa od oferty, która potencjalnie powinna zwyciężyć. Wobec dokonanych ustaleń należy stwierdzić, że celem działania powodującego wykluczenie z przetargu konsorcjum złożonego ze spółek (...) było stworzenie sytuacji, w której Zamawiający był zmuszony do wyboru przedsiębiorcy oferującego wyższą cenę i zwiększenie w rezultacie zysku obu grup kapitałowych.

Przedstawione okoliczności dają podstawę do uznania za udowodnione stanowiska Prezesa

UOKiK, iż wymieni w zaskarżonej decyzji przedsiębiorcy stosowali zakazaną praktykę, o

której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Powyzsza ocena jest zgodna ze stanowiskiem doktryny dotyczącym występujących najczęściej w praktyce form z umowy przetargowej. Jedną z tych form jest udział przedsiębiorców w postępowaniu, który w istocie polega na stworzeniu pozorów rywalizacji, a następnie rezygnacja lub (jak w rozpatrywanej sprawie) doprowadzenie do wykluczenia jednego z nich z postępowania i w naturalny sposób stworzenie warunków do wyboru przez Zamawiającego oferty podmiotu uprzednio ustalonego pomiędzy innymi uczestnikami przetargu, należącymi do grup kapitałowych, które w majestacie prawa utworzyły konsorcja i złożyły konkurencyjne oferty w tym samym przetargu. Za podobne w skutkach można uznać działanie polegające na odmowie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, zawarcia umowy, aby umożliwić zawarcie umowy przez wykonawcę, który złożył następną w kolejności ofertę (zob. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, LEX/el. 2012, Paulina Soszyńska – Purtak Zmowa przetargowa cz. I, ABC nr 205289). Jak trafnie stwierdzono w komentarzu „Wspólnym mianownikiem wszystkich form z umów przetargowych jest zazwyczaj podział dodatkowo zdobytych zysków między wykonawców biorących udział w zumowie. Owe zyski pochodzą natomiast z uzyskanej w wyniku z umowy wyższej ceny umowy w sprawie zamówienia”.

Podkreślić wypada, że zgodnie z przyjętym w orzecznictwie stanowiskiem wykazanie z umowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo – z umowy oceniane są po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności, a w wielu sytuacjach działania podejmowane w przetargu można racjonalnie wyjaśnić jedynie istnieniem z umowy przetargowej (wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. sygn. akt XVII AmA 117/05). W ocenie z umów przetargowych, jako zakazanych per se, obowiązują jednak obniżone standardy dowodowe - dla wykazania antykonkurencyjnej praktyki wystarczające jest ustalenie antykonkurencyjnego celu porozumienia (K.Kohutek, M.Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i

konsumentów. Komentarz. LEX/el 2008). Cel porozumienia to wola uczestników wyrażona w treści dokumentu, lecz również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust.1 uokik wystarczy wykazanie, że porozumienie stawia sobie za cel ograniczenie konkurencji na ustalonym rynku właściwym (dec. Prezesa UOKiK z 15 grudnia 2005 r., nr (...), Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., nr 1, poz. 9). Podobne w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 maja 2014 r., III SK 44/13 wskazując, że do stwierdzenia naruszenia art. 6 ust.1 uokik wystarczające jest wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie konkurencji na rynku.

Wynikające z zebranego materiału dowodowego informacje pozwalają na ustalenie faktów uzasadniających stwierdzenie, że praktyka powoda i pozostałych uczestników postępowania była przejawem niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Gdyby jednak przyjąć, że w zaskarżonej decyzji istnienie celu zostało jedynie uprawdopodobnione, to należy dodać, że wobec stwierdzenia uzasadnionego domniemania, iż stosowana praktyka wywołała lub mogła wywołać antykonkurencyjne skutki, zgodnie z art.1 ust.2 uokik działanie powoda podlegało ocenie z zastosowaniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Również z tego względu za bezzasadne należało uznać zarzuty powoda, dotyczące naruszenia art. 6 ust.1 pkt 7 uokik w powiązaniu z art. 1 ust.1 uokik.

Podobnie należało ocenić zarzut powoda, dotyczący naruszenia art. 8 ust.1 pkt 4 uokik. Zgodnie bowiem z tym przepisem, zakazu określonego w art. 6 ust.1 uokik nie stosuje się do porozumień, które m.in. nie stwarzają zainteresowanym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. W przedstawionej na uzasadnienie tego zarzutu argumentacji powód pominął fakt, że do zastosowania określonego w powołanym przepisie wyłączenia konieczne jest, aby wszystkie cztery wymienione w tym przepisie warunki zostały spełnione łącznie. Mając na uwadze, iż powód nawet nie twierdził, że stosowana przez powoda i zainteresowanych praktyka spełniała łącznie wymienione w art. 8 ust.1 uokik warunki, stwierdzić należało, iż przedstawiony przez powoda zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu wszczęcia postępowania po upływie ustawowego terminu maksymalnego, z naruszeniem art. 105 kpa w zw. z art. 93 uokik, należało mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 83 uokik przepisy kodeksu postępowania administracyjnego mają zastosowanie do postępowania prowadzonego w trybie przepisów ustawy antymonopolowej jedynie w zakresie w niej nieuregulowanym. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają bowiem charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, w tym do art. 61 § 4 kpa. Podkreślając, że przepisy aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewidują wszczęcia postępowania na wniosek, wskazać należy, iż do oceny w jakiej dacie w rozpatrywanej sprawie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe ma zastosowanie art. 88 ust.2 uokik. Zgodnie z tym przepisem za datę wszczęcia postępowania uważa się datę wydania przez Prezesa UOKiK z urzędu postanowienia w tej kwestii. Zdaniem Sądu właśnie wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego należy uznać za pierwszą czynność w sprawie. W doktrynie powszechnie przyjęte jest stanowisko, iż za moment wszczęcia postępowania antymonopolowego przyjmuje się moment wydania postanowienia, a nie datę jego doręczenia (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, C. Banasiński, E. Piontek (red) Lexis Nexis, Warszawa 2009, str. 741; K. Rózewicz, Postępowanie przed Prezesem UOKiK, rozdz. III, pkt 1.1.3., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, E. Modzelewska-Wąchal, Trigger, Warszawa 2002 r., str. 286). Skoro więc od końca roku kalendarzowego, w którym zaprzestano stosowania zarzucanej praktyki (rok 2011) nie upłynął pełny rok kalendarzowy, Prezes UOKiK uprawniony był do wydania w dniu 28 grudnia 2012 r. postanowienia o wszczęciu postępowania w sprawie bez narażania się na zarzut upływu terminu do wszczęcia postępowania. W momencie doręczenia wydanego przez Prezesa UOKiK postanowienia postępowanie jest już formalnie wszczęte. Z chwilą wydania postanowienia o wszczęciu postępowania przedsiębiorcy, których postępowanie to dotyczy, stają się stroną tego postępowania. Decydujący dla ustalenia daty wszczęcia postępowania jest moment wydania postanowienia, a nie moment jego doręczenia. Wbrew wyrażonemu w odwołaniu stanowisku akceptacja zasady, że wszczęcie postępowania

antymonopolowego następuje z datą doręczenia postanowienia, tj. wykonania pierwszej czynności na zewnątrz, tworzyłoby poważne wątpliwości interpretacyjne i zaprzeczałoby zasadzie pewności prawa. W przypadku, gdy w postępowaniu uczestniczy więcej podmiotów, ustalenie daty wszczęcia tego postępowania byłoby problematyczne z uwagi na możliwość wystąpienia rozbieżności terminów doręczenia im postanowień i zawiadomień o wszczęciu postępowania. Z uwagi na specyficzny charakter postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK, które może dotyczyć podejmowanych przez przedsiębiorców działań niejawnych, zamiar wszczęcia tego postępowania powinien być, do czasu wydania postanowienia utrzymywany w tajemnicy. Przyjęcie zasady, iż datą wszczęcia postępowania jest data doręczenia postanowienia, eliminowałoby ważny w takich postępowaniach element zaskoczenia i uniemożliwiłoby Prezesowi UOKiK wykonywanie w praktyce nałożonych ustawą obowiązków. Brak wszczęcia postępowania w jednym dla wszystkich dniu mógłby prowadzić do zarzutu nierównego traktowania i naruszenia prawa do obrony uczestników postępowania antymonopolowego. Ponadto niektórzy uczestnicy postępowania mogliby podejmować skutecznie czynności zmierzające do utrudnienia im doręczenia postanowienia o wszczęciu postępowania. Z tej przyczyny należy stwierdzić, iż przyjęcie za datę wszczęcia postępowania antymonopolowego daty wydania postanowienia o jego wszczęciu było zgodne z intencją świadomego ustawodawcy. W związku z tym zarzut powoda, dotyczący naruszenia art. 105 kpa w związku z art. 93 uokik, również należało uznać za bezzasadny.

Na uwagę nie zasługują również zarzuty odwołania, dotyczące nałożenia na powoda rażąco wygórowanej kary pieniężnej. Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes UOKiK uwzględnił fakt, że stwierdzona praktyka uważana jest za jedno z najbardziej poważnych naruszeń konkurencji, ponieważ niweczy możliwość osiągnięcia celu przetargu, tj. wyłonienie najkorzystniejszej oferty, sztucznie zniekształca zachowania rynkowe uczestników przetargu i pozbawia możliwości osiągnięcia korzyści przez wszystkich uczestników przetargu. Na wysokość nałożonej na powoda kary miały również wpływ określone w art. 111 uokik dyrektywy wymiaru kary – możliwości finansowe, skutki dla konkurencji, stopień naruszenia interesu publicznego. Nie bez znaczenia przy ustalaniu wymiaru kary jest dążenie do spełnienia represyjnej i prewencyjnej funkcji kary. Mając na uwadze okoliczności naruszenia Prezes UOKiK w znacznym stopniu (80%) obniżył, ustaloną zgodnie z art. 106 uokik, kwotę bazową, oraz wyliczoną ostatecznie karę o 35%.

Zgodnie z art. 106 ust.1 uokik za podstawę do ustalenia wysokości kary pieniężnej należy przyjąć poziom przychodu uzyskanego przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym nałożenie kary. W ocenie Sądu, nałożona zaskarżoną decyzją kara pieniężna w wysokości

3 415 zł, stanowiąca równowartość około (...) % przychodu osiągniętego przez powoda w 2012 r., w porównaniu z wysokością tego przychodu (...) nie była rażąco wygórowana. Można więc stwierdzić, że nałożona w zaskarżonej decyzji kara pieniężna została wymierzona w dolnej granicy zagrożenia.

Sąd oddalił wniosek powoda o dołączenie do akt sprawy dokumentacji postępowania przetargowego mając na uwadze, że znajdujące się w aktach administracyjnych informacje były wystarczające do oceny zasadności zaskarżonej decyzji.

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

SSO Witold Rękosiewicz.