

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>SSO Małgorzata Perdion-Kalicka</i>
Protokolant:	stażysta Dagmara Szczepańska

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

z udziałem zainteresowanego (...) *Spółki Akcyjnej
w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W.*

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 czerwca 2014 r. Nr DOK-1/2014

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od (...) *Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W.* na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

XVII AmA 148/14

UZASADNIENIE

Decyzją z 27 czerwca 2014 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej uokik) zawarcie przez (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą, warunków składanych ofert i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 grudnia 2011 r.

Z tytułu naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik Prezes UOKiK, w zakresie określonym w decyzji, nałożył na (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. karę pieniężną w wysokości 105.434,94 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosł (...) sp. z o.o., zaskarżając decyzję w całości.

Powód zarzucił decyzji naruszenie:

1. przepisu art. 231 k.p.c. w zw z art. 84 uokik poprzez nieuprawnione i pozbawione podstaw w zgromadzonym materiale dowodowym przyjęcie, że pomiędzy stronami postępowania doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegającego na uzgadnianiu przez strony przystępujące do przetargów publicznych na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą, warunków składanych ofert, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wniosek taki nie wynika wprost, zaś w logiczny sposób na podstawie domniemań faktycznych wywieść się go nie da.
2. art. 231 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez analogiczne zastosowanie szeregu niepopartych dowodami lub wręcz sprzecznych z nimi domniemań faktycznych, którym nie sposób przydać waloru poprawności, nielogicznych, niespójnych i niezgodnych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego,
3. art. 233 1 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez dowolne i nieuzasadnione przyjęcie, iż posługiwanie się przez strony tymi samymi kosztorysantami (w jednym przypadku na podstawie umowy o pracę, w drugim na podstawie umowy zlecenia) stanowi znamię zawartego przez strony porozumienia, gdy w istocie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż (...) SA z siedzibą w W. nie miał najmniejszej choćby wiedzy o relacjach łączących K. G. i P. L. z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W., zaś zawarte porozumienie, jako strony mogło obejmować wyłącznie tę ostatnią Spółkę i obu kosztorysantów, co jednoznacznie wyklucza możliwość zawarcia zarzucanego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów porozumienia przez strony postępowania,
4. art. 233 1 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez dowolnie i nieuzasadnione przyjęcie, iż pomiędzy stronami postępowania zawarta została ustna umowa w zakresie promocji marek swych firm, podczas gdy odwołujący konsekwentnie w trzech kolejnych postępowaniach (o zapłatę przeciwko (...) SA z siedzibą w W., upadłościowym (...) SA w upadłości z siedzibą w W. i antymonopolowym) okoliczności tej zaprzecza,
5. art. 233 1 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez przyjęcie, iż (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. pozostawała w stałych relacjach z (...) SA podczas, gdy w takich relacjach (o ile w ogóle można byłoby je założyć) pozostawał fiński partner strony (...),
6. art. 233 1 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez przyjęcie, iż strony pozostawały w stałych relacjach handlowych z uwagi na fakt wystawiania przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. autoryzacji na oferowaną do sprzedaży trawę produkowaną przez fińskiego partnera Spółki, podczas gdy w badanym okresie (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wystawiła ponad 200 autoryzacji i przyjęcie takiej tezy musiałoby prowadzić do absurdalnego wniosku, iż w każdym z w/w przypadków wydania autoryzacji Spółka pozostawała w stałych relacjach handlowych z podmiotem, na którego rzecz autoryzację wystawiała,
7. art. 233 § 1 kp.c. w związku z art. 84 uokik poprzez przyjęcie niekwestionowanych przez stronę relacji biznesowych przemawia za istnieniem porozumienia ograniczającego konkurencję, w sytuacji gdy taka teza nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w dowodach,
8. art. 233 1 kp.c. § 1 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez bezzasadne i nie uprawnione eksponowanie zeznań A. Z., w sytuacji gdy pozostaje on z odwołującym w konflikcie, zaś spółka, której pozostaje prezesem zarządu prowadzi działalność gospodarczą konkurencyjną dla odwołującego,
9. art. 233 § 1 kp.c. w związku z art. 84 uokik poprzez dowolne i nieuzasadnione przyjęcie, iż pomiędzy stronami doszło do zastosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert, w sytuacji gdy twierdzenie takie nie znajduje jakiegokolwiek potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, a co równie istotne, postawienie takiej tezy

następuje w sytuacji, gdy wyjaśnienia obu stron postępowania nie doczekały się najmniejszego choćby komentarza ze strony organu,

10. art. 107 k.p.a. poprzez sporządzenie uzasadnienia decyzji wbrew dyspozycji tego przepisu, co znalazło swój najjaskrawszy wyraz w nieodniesieniu się merytorycznym do któregośkolwiek z podniesionych przez strony w toku postępowania argumentów i przestaniu jedynie na ich przywołaniu,

11. art. 93 uokik poprzez jego niezastosowanie w sprawie, podczas gdy spełnione zostały wszystkie przesłanki opisane w tym przepisie.

W oparciu o podnoszone zarzuty powód domagał się uchylecia decyzji i zasądzenia kosztów postępowania według norm przepisanych.

Powód ostatecznie zmodyfikował żądanie, gdyż domagał się ewentualnie obniżenia kary (pismo powoda k.237)

Pozwany Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Strony postępowania, którym Prezes UOKiK postawił zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia są przedsiębiorcami wpisani do Krajowego Rejestru Przedsiębiorców.

(...) jest spółką akcyjną, która powstała w 1992 r. i która zajmuje się budową, projektowaniem i wyposażaniem obiektów sportowych. W stosunku do tego podmiotu w dniu 5 marca 2013 r. została ogłoszona upadłość likwidacyjna. (postanowienie o ogłoszeniu upadłości z 5 marca 2013 r., k. 840 akt adm).

Z kolei (...), która jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W., należy do holdingu(...) z siedzibą w Finlandii, który posiada 70% udziałów w jej kapitale zakładowym. (...) Sp. z o.o. jest jednocześnie przedstawicielem na (...), która specjalizuje się w produkcji i sprzedaży nawierzchni do zastosowania w obiektach sportowych, parkach, ogrodach itp. jak np. sztuczna trawa, lekkoatletyczne nawierzchnie sportowe oraz bezpieczne nawierzchnie na place zabaw. (...) działa też w branży budowlanej, gdyż wykonuje samodzielnie nawierzchnie z produktów dostarczanych przez (...).

Obaj przedsiębiorcy w latach 2011-2012 działali na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, na którym, w związku z polityką rządu i realizacją m. in. programu (...) ale także możliwościami dofinansowania z funduszy unijnych, nastąpił w latach 2008-2012 bardzo znaczący rozkwit. Założenia programu (...) przewidywały wybudowanie ponad 2000 kompleksów boisk, możliwie w każdej polskiej gminie. Ostatecznie w ramach programu wybudowano ponad 2270 boisk. Łącznie na ten cel w ciągu czterech lat przeznaczono 950 mln zł. W ramach tego programu realizowane były budowy kompleksów boisk sportowych, w skład których wchodziły: i) boiska piłkarskie o nawierzchni ze sztucznej trawy, ii) boiska wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej, iii) zaplecza sanitarno-szatniowe obejmujące m.in. szatnie, zespoły higieniczno-sanitarne oraz iv) oświetlenie kompleksu boisk (minimum 8 słupów oświetleniowych).

Współpraca obu firm datuje się od momentu, kiedy (...), przy okazji przetargu w Ł. na przełomie 2010/2011 roku zwrócił się do Prezesa (...) o dostarczenie sztucznej trawy producenta (...), o konkretnej unikatowej specyfikacji. Wiązało się to z faktem, że dotychczasowy dostawca tego typu nawierzchni produkcji włoskiej dla (...), dał innej firmie uczestniczącej w tym przetargu wyłączność na sprzedaż tej właśnie nawierzchni. Od tego czasu (...) zaopatrywał się w trawę w (...) i był największym odbiorcą nawierzchni tej firmy w Polsce (około 150 tys m2 rocznie /tak świadek M. M./ podczas gdy inni klienci zamawiali do 10 tys zeznania G. Z.). (...) umowy kupna zawierał z (...) i z nią negocjował ceny, które ze względu na duże ilości zamawianego towaru były preferencyjne. W negocjacjach uczestniczył także Prezes (...) ale raczej jako obserwator. Cenniki dla (...) dostarczał raz do roku (...). (...) wystawiał także dla (...), gdy ten startował w przetargu, autoryzację nawierzchni firmy (...), którą ten oferował w konkretnym przetargu. Autoryzacja była dołączana każdorazowo do dokumentów przetargowych, a zatem (...) miał za każdym razem wiedzę o tym w

jakim przetargu uczestniczy (...). W ramach współpracy (...) organizował szkolenia branżowe, w których uczestniczyli też pracownicy (...).

Skutkiem współpracy obu firm były stosunkowo częste, co najmniej kilka razy w roku wizyty Prezesa (...) G. Z. (2) w siedzibie (...), częste telefony i maile. Jedno z tych spotkań, które miało miejsce w marcu 2012r w siedzibie (...), dotyczyło możliwości nawiązania tego typu współpracy pomiędzy spółkami, w ramach której oba podmioty miałyby jeden dział zamówień, co miało w zamierzeniu obniżyć koszty, jednak zdaniem głównego księgowego (...) A. Z. prowadzić to miało w istocie do przerzucenia całego ciężaru przygotowywania ofert na (...). W spotkaniu tym uczestniczyli poza prezesami obu spółek i księgowym (...), także ówczesny prokurent (...) A. B. (1) oraz pracownicy zatrudnieni przez (...): A. M. (1), A. M. (2) i R. M. (dyrektor operacyjny).

Związki obu firm przejawiały się także we współpracy pracowników (...)z (...). Mianowicie kosztorysanci, zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę w (...)tj P. L. i G. G., będący jedynymi zatrudnionymi w tej spółce pracownikami, którzy merytorycznie zajmowali się sporządzaniem wycen do przetargów na obiekty sportowe, doraźnie sporządzali także na zlecenie (...) kosztorysy do realizacji zadań przetargowych, w których uczestniczył (...). W sumie na przestrzeni lat 2011-2012 sporządzili na zlecenie (...)po kilkanaście kosztorysów, za które otrzymywali wynagrodzenie w wysokości około 200 zł. Obaj pracownicy (...), wiedzieli wzajemnie o wiążących ich umowach z (...) i nie kryli swojej współpracy z (...) przed pracodawcą, który musiał więc także posiadać wiedzę o tej współpracy (co potwierdza fakt wystawienia w 2012 r noty obciążeniowej dla (...)z tytułu między innymi pracy kosztorysantów (...)na rzecz (...)). Kosztorysy które sporządzali obaj kosztorysanci miały charakter całościowy i odzwierciedlały wartość złożonej w przetargu oferty (umowy ramowe o świadczenie usług z dnia 3 stycznia 2011 r., k. 872 akt adm).

W jednym z przetargów tj w Gminie N. kosztorys zarówno dla (...)i dla (...) zrobili kosztorysanci zatrudnieni w (...), o czym świadczą między innymi tożsame błędy literowe w obu kosztorysach. G. Z. (2) zlecając kosztorysantom (...)wykonanie kosztorysu dla jego firmy dawał im wytyczne do zastosowania określonych stawek, czasem też zlecał im zmianę ostatecznej wartości kosztorysu.

Prezes (...) G. Z. (2) pozostawał też w osobistych relacjach z prokurentem (...) A. B. (1), co stało się też ostatecznie powodem złożenia przez nią 18 lipca 2012r prokury a co wiązało się z podejrzeniami Zarządu (...), że otrzymywała ona korzyści od (...) w zamian za zamawianie sztucznej trawy produkcji (...)(zeznania A. B. (1) i G. Z. (2) oraz A. Z. (2)).

W związku z tym, że inwestycje w infrastrukturę sportowo-rekreacyjną, w szczególności w ramach realizacji programu (...)były realizowane przez podmioty publiczne, wyłonienie wykonawcy prac następowało w trybie zamówień publicznych po przeprowadzeniu przetargów. Obaj przedsiębiorcy bardzo często startowali w takich przetargach z różnym skutkiem.

(...)w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 13 czerwca 2012 r. startował w 671 postępowaniach przetargowych, z czego udzielono mu 35 zamówień. W ww. okresie oferta (...)została odrzucona w 3 postępowaniach przetargowych (lista przetargów, w których (...) S.A. startował, k. 370 akt adm., lista udzielonych zamówień (...) S.A. w 2011 i 2012 r., k. 468 akt adm). Zysk (...)z realizacji pojedynczej inwestycji wynosił ok 60.000 zł (zeznania świadka A. B.)

(...) w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 13 czerwca 2012 r. startował w 457 postępowaniach przetargowych, z czego spółce udzielono łącznie 31 zamówień. W ww. okresie jego oferta została odrzucona bądź przedsiębiorca ten został wykluczony z 21 przetargów. (lista przetargów, w których (...) Sp. z o.o. startował, k. 360 akt adm., lista udzielonych zamówień k. 420 i k. 578 akt adm).

Zarówno (...) jak i (...)nie wykonywał samodzielnie wszystkich prac w ramach zrealizowanych inwestycji, część prac powierzał podwykonawcom, samodzielnie zaś wykonywali najczęściej prace w zakresie nawierzchni syntetycznych i montażu wyposażenia sportowego (zeznania A. białczewskiej, G. Z.. M. M.)

W niektórych z tych przetargów wstępowali obaj przedsiębiorcy z osobnymi ofertami.

W kilku przetargach, w których występowali obaj przedsiębiorcy, ich współpraca przybrała charakter niedozwolonego porozumienia przetargowego. Miało to miejsce w następujących przetargach:

I. Przetarg przeprowadzony przez Miasto T.

Miasto T. 24 czerwca 2011 r ogłosiło przetarg nieograniczony na Budowę Ośrodka Sportu i Rekreacji w T. - uzupełnienie oferty turystyczno-rekreacyjnej Miasta poprzez przebudowę boiska o sztucznej nawierzchni wraz z infrastrukturą – w którym jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena..

W przetargu złożono 8 ofert:

Lp.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	(...) S.A.	2.957.064,53
2.	Konsorcjum (...): (...) Sp. z o.o. (...): (...)	3.140.394,99
	(...) Sp. z o.o.	3.423.587,49
	(...) S.A.	3.605.750,66
	(...) Sp. z o.o.	3.846.938,16
	(...) Sp. z o.o.	4.148.153,63
	(...) Sportowe S.A.	4.233.705,51
8.	(...) Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy (...)	4.416.621,27

Po otwarciu ofert 26 lipca 2011 r. (...), który złożył najkorzystniejszą ofertę, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, dlatego postanowieniem z tej samej daty został wykluczony z przetargu. Podobnie zamawiający wykluczył oferty 5 i 8 (tj oferty (...) Sp. z o.o. (i (...) Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy (...)). Drugą najkorzystniejszą ofertą w przedmiotowym przetargu była oferta Konsorcjum (...) Sp. z o.o. i (...)(dalej jako: Konsorcjum (...)), która postanowieniem z dnia 26 sierpnia 2011 r. została odrzucona, z powodu niezgodności parametrów nawierzchni ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”). Z tego samego powodu zamawiający odrzucił również ofertę (...) Sp. z o.o. Tym samym jako najniższą, niepodlegającą odrzuceniu ofertę wybrano ofertę (...) S.A.

Konsorcjum (...) złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 15 września 2011 r. oddaliła odwołanie. Ostatecznie przyjęto ofertę firmy (...) S.A. (informacja z Gminy – Miasta T. z dnia 5 listopada 2012 r., k. 659 akt adm).

II. *Przetarg przeprowadzony przez Miasto J.*

Przetarg został 5 lipca 2011 r. ogłoszony przez Miasto J. na Rozbudowę miejskich terenów sportowo-rekreacyjnych w J. – budowa boisk wraz z odwodnieniem w ramach zagospodarowania centrum pobytowego. Tu również jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena.

W przetargu złożono 4 oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	(...) Sp. z o.o.	3.213.897,26
2.	Konsorcjum (...): (...) Sp. z o.o. (...): (...)	3.356.577,75
3.	(...) S.A.	3.602.230,15
4.	(...) S.A.	3.944.412,61

W przedmiotowym przetargu zamawiający wyznaczył otwarcie ofert na dzień 2 sierpnia 2011 r. Zamawiający 22 sierpnia 2011 r. zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, wyznaczając termin na dokonanie tej czynności do dnia 31 sierpnia 2011 r.

(...) S.A. 25 sierpnia 2011 r. zapoznała się z ofertami wszystkich pozostałych przedsiębiorców. Konsorcjum (...) jako jedyny wykonawca nie wyraził w określonym terminie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, co wiązało się z wykluczeniem z postępowania przetargowego. Zamawiający poinformował 5 września 2011 r. uczestników postępowania o: i) odrzuceniu oferty (...) Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ; ii) wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum (...) z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, a ponadto z uwagi na niezgodność oferty Konsorcjum z SIWZ; iii) odrzuceniu oferty (...) S.A. jako niezgodnej z SIWZ; iv) wyborze najkorzystniejszej oferty (...) Sportowe S.A. (protokół z postępowania przetargowego w J., k. 29 akt adm.)

Zarówno Konsorcjum (...) jak i (...) w swoich ofertach przetargowych przewidzieli wykonanie zamówienia przy użyciu tej samej nawierzchni, której producentem jest spółka (...) – nawierzchnia (...). Obie oferty zostały odrzucone z tego samego powodu, tj. niedołączenia dokumentu, z którego wynikałoby spełnienie wymaganych przez zamawiającego parametrów twardości i odporności na ścieranie wspomnianej nawierzchni.

Po ogłoszeniu wyboru oferty (...) S.A., (...) S.A. (trzecia w kolejności oferta) i (...) Sp. z o.o. (pierwsza w kolejności oferta) wnieśli odwołania. Jak wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (...) S.A. odwołał się od czynności odrzucenia jego oferty zarzucając brak podstawy faktycznej, bowiem z treści SIWZ nie wynikało jaki dokument ma potwierdzać konkretny parametr nawierzchni. Natomiast spełnienie parametrów twardości i odporności na ścieranie było wykazane, załączoną do oferty (...) S.A. kartą techniczną. W konsekwencji odwołanie (...) S.A. zostało uwzględnione, natomiast (...) Sp. z o.o. – oddalone, w wyniku czego unieważniono wybór najkorzystniejszej oferty, a zamawiający został zobowiązany do ponownej oceny złożonych ofert. W dniu 28 października 2011 r. Miasto J. podpisało umowę z (...) S.A. na realizację przedmiotowego zamówienia. Oferta Konsorcjum (...) także

zawierała tożsame jak w przypadku (...) potwierdzenie w karcie technicznej spełnienie przez nawierzchnię producenta (...) parametrów w zakresie twardości i odporności na ścieranie. Oznacza to, że gdyby Konsorcjum (...) wyraziło w określonym terminie zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie terminu ważności wadium, to jego oferta jako najkorzystniejsza pod względem ceny wygrałaby w przetargu.

Ostatecznie to właśnie (...) wykonał całości zamówienia udzielonego (...), gdyż (...) w ramach zawartej umowy o podwykonawstwo zlecił (...) wykonanie robót budowlanych za ryczałtowym wynagrodzeniem w wysokości 3.500.000,01 zł brutto. (...) zatrudnił jeszcze dalszego podwykonawcę przedsiębiorcę (...) Sp. z o.o. do wykonania robót budowlanych. Jednakże na podstawie § 1 Aneksu nr 1 z dnia 24 kwietnia 2012 r. do ww. umowy, zakres prac (...) w ramach umowy został ograniczony do dostawy maty elastycznej, sztucznej trawy, granulatu gumowego (...) na plac zabaw oraz dostarczenia dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zamówienia. Równocześnie obniżono wynagrodzenia dla (...) Sp. z o.o. do kwoty 2.193.012,30 zł brutto (umowa na wykonanie robót budowlanych z dnia 23 listopada 2011 r. z Aneksem nr (...), k. 896 akt adm., zeznania świadka A B.).

III Przetarg przeprowadzony przez Gminę N.

Gmina N. 30 sierpnia 2011 r. ogłosiła przetarg nieograniczony na Przebudowę stadionu lekkoatletycznego w N., w którym jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena

W przetargu złożono 3 oferty:

ll.p	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	(...) S.A.	6.750.239,23
2.	Konsorcjum (...): (...) Sp. z o.o. (...): (...)	7.108.766,83
	Konsorcjum (...): (...) S.A. (...): (...) Sp. z o.o.	7.473.357,46

(...) w wystawionym dla Konsorcjum (...) zobowiązaniu z dnia 23 września 2011 r. udostępnił spółce potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz oświadczył, że będzie uczestniczyć jako podwykonawca w realizacji przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum (...) S.A. przedstawiły tożsame referencje oraz wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie 5 lat od składania ofert (zestawienie ofert w przetargu w N., k.353 akt adm., referencje oraz wykaz wykonanych robót, k. 126 akt adm., zobowiązanie (...) S.A. do udostępnienia potencjału, k. 132 akt adm).

W kosztorysach ofertowych (...)i Konsorcjum (...) wystąpiły tożsame błędy ortograficzne, interpunkcyjne, literówki, błędy w opisach poszczególnych prac, braki polskich znaków, tożsame układy wierszy w tabeli oraz tożsame nazwy pliku widniejące w nagłówkach harmonogramów. W szczególności w poz. 19 kosztorysu sanitarnego obaj przedsiębiorcy mają wpisane „ podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 10 cm”, natomiast według przedmiaru zamawiającego powinno być wpisane „ podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 15 cm”. W obu kosztorysach widnieją te same nazwy plików, niestosowane w przedmiarze zamawiającego, np. „ N. bud”, „ (...) ”, „ (...) ” „ (...)” „ N._ofertowy”. W opisach robót zawartych w kosztorysach (...) S.A. i Konsorcjum (...) znajdują się tożsame błędy ortograficzne, m.in. w poz. 100 zestawienia materiałów obu przedsiębiorców wpisano „(...) skocznia do skoku w zwyz (...))”. Ponadto w kosztorysach stron znajdują się tożsame błędy literowe, np. kosztorys na roboty drogowe poz. 1.2 widnieje „Zdjeciw warstwy humusu” zamiast poprawnie jak w przedmiarze zamawiającego „Zdjęcie

warstwy humusu”. Dodatkowo w kosztorysach brakuje polskich znaków, zamiast liter takich jak „ż”, „ł”, „ą” pojawiają się kropki, np. w poz. 10 kosztorysu sanitarnego w przedmiarze zamawiającego widnieje: „ Roboty ziemne wykonane koparkami przedsiębiornymi o poj. łyżki (...) (dowóz piasku i żwiru)”, podczas gdy w kosztorysach stron postępowania wpisano: „ Roboty ziemne wykonane koparkami przedsi.biernymi o poj..y.ki (...) (dowoz piasku i .wiru)”. Należy również wskazać na tożsamy układ wierszy w tabeli z opisem robót, który jest odmienny od przedmiaru zamawiającego i nie ma logicznego uzasadnienia (np. kosztorysy sanitarne poz. 10 lub kosztorysy robót drogowych poz. 3.2) (zbiorcze zestawienie ofert, k. 353 akt adm, kosztorys (...)k. 133-184 akd adm., kosztorys Konsorcjum (...), k. 185-236 akt adm., przedmiar zamawiającego, k. 270 – 284 akt adm).

Przy sporządzaniu kosztorysów obie spółki wykorzystywały specjalistyczne oprogramowanie do tworzenia kosztorysów – Norma PRO, z tym, że Konsorcjum (...) korzystało z Norma PRO wersja 4.30a, natomiast (...) S.A. z Norma PRO wersja 4.35, co może uzasadniać w pewnym zakresie podobieństwo w układzie kosztorysu, tożsamość opisów poszczególnych pozycji zawartych w kosztorysach. Jednak w tym wypadku podobieństwo obu kosztorysów, różnych pod wieloma względami w opisach poszczególnych pozycji zarówno od tego co standardowo znajdowało się w oprogramowaniu Norma PRO jak i od tych opisów które wskazywało SIWZ wynikało z faktu, że kosztorysy obu spółek zostały przygotowane przez pracowników zatrudnionych w (...): tj kosztorys załączony do oferty Konsorcjum (...) został sporządzony przez K. G. (2) w oparciu o umowę zlecenia, natomiast kosztorys (...) został przygotowany przez P. L. także zatrudnionego w (...)(pismo (...) k. 894 akt adm, zeznania świadka P. L. w toku przesłuchania przed organem adm oraz przed sądem) .

Przedmiotowy przetarg został ostatecznie unieważniony przez zamawiającego.

IV Przetarg przeprowadzony przez (...) w P.

Akademia Wychowania Fizycznego im. E. P. w P. 6 września 2011 r ogłosiła przetarg nieograniczony na Budowę trybun zadaszonych i wymianę nawierzchni tartanowej, w którym jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena. Zamówienie zostało podzielone na dwie części: część I Budowa zadaszonych trybun ziemnych przy stadionie do hokeja na trawie w P. przy ul. (...), na działce (...), część II Wymiana nawierzchni tartanowej na bieżni okólnej oraz wykonanie remontu odwodnienia liniowego przy stadionie do hokeja na trawie w P. przy ul. (...), na działce (...).

Na realizację części II zamówienia złożono 4 oferty:

l.p	Wykonawca	Cena w PLN brutto
1.	(...) S.A.	1.155.206,37
2.	(...) Sp. z o.o.	1.239.440,17
3.	(...) S.A.	1.491.431,72
4.	(...) Sp. z o.o.	2.341.028,57

Najkorzystniejszą pod względem ceny ofertę złożył (...) i (...) w P. pismem z 23 września 2011 r. poinformował o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Po tej informacji (...) S.A. (III oferta pod względem ceny) pismem z 29 września 2011 r. zażądał od zamawiającego odrzucenia ofert (...)i (...) z powodu niezgodności treści ich ofert z zapisami SIWZ, w szczególności braku dostępu tych przedsiębiorców do materiałów niezbędnych do wymiany nawierzchni. Po tym jak (...)i (...) złożyli wyjaśnienia zamawiającemu w tej kwestii, (...) dokonał ponownej

oceny ofert i pismem z 11 października 2011 r. poinformował o odrzuceniu ofert (...)i (...) i o wyborze oferty (...) S.A. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty (...)i (...) niewykazaniem na etapie składania ofert, że oferowane przez tych przedsiębiorców produkty równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wobec odrzucenia ofert (...), którego oferta była droższa niż oferta (...), tylko (...)wniósł odwołanie do KIO, natomiast (...), którego oferta była najkorzystniejsza, nie wniósł odwołania. Dostrzegł to zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że (...)nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż o ile oferta (...)jest ważna i nie podlega odrzuceniu, to także odrzuceniu nie podlega oferta (...), skoro w obu przypadkach była tożsama podstawa odrzucenia ofert, a więc to oferta (...)byłaby uznana za najkorzystniejszą i to temu wykonawcy powinno zostać udzielone zamówienie” (pismo (...) k. 347 akt adm).

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 31 października 2011 r. uwzględniła odwołanie (...), gdyż zamawiający nie określił w SIWZ, w którym momencie toczącego się postępowania wykonawca ma wykazać, że zaofiarowana przez niego nawierzchnia jest równoważna w stosunku do nawierzchni wskazywanej przez zamawiającego, co oznacza, że mógł on tę kwestię wykazać na późniejszym etapie. Zamawiający nie mógł więc odrzucić oferty wykonawcy tylko z tego powodu, że wykonawca nie wykazał już w ofercie równoważności oferowanej nawierzchni. KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający 2 grudnia 2011 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku ponownego przeprowadzenia przetargu zamówienie otrzymał (...) S.A. (pismo (...) k. 348 akt adm).

W kilku innych przetargach organizowanych w 2011 roku przedsiębiorcy (...) i (...)współpracowali ze sobą w ten sposób, że podzlecali sobie nawzajem realizację całych inwestycji o wykonawstwo których rywalizowali wcześniej w przetargu. Dotyczyło to przetargów ogłoszonych przez Gminę W. i Gminę P., w których zamówienie zostało udzielone (...) a podwykonawcą tej spółki został (...), który realizował całość inwestycji (pismo Gminy W. k. 695 akt adm., lista udzielonych zamówień w 2011 r., k. 420 akt adm, Umowa nr (...) z dnia 21 czerwca 2011 r. z Aneksami nr (...), k. 926 akt adm, pismo Gminy P. k. 686 akt adm, umowa nr (...) z dnia 4 lipca 2011 r. z Aneksami nr (...), k. 907 akt adm). W odwrotnej konfiguracji podwykonawstwo miało miejsce przy realizacji zamówienia Gminy B., w której przetarg wygrał (...)z najniższą ceną, ale zlecił wykonanie całości prac (...), chociaż w ofercie przetargowej deklarował, że zamierza realizować inwestycję samodzielnie (umowa z dnia 10 października 2011 r. z Aneksami (...), k. 912 akt adm). Zapłata wynagrodzenia podwykonawcy za realizację tej inwestycji stała się przedmiotem sporu między stronami, który znalazł finał w Sądzie, gdyż (...) złożył pozew przeciwko (...)o zapłatę, która odmawiała zapłaty z uwagi na potrącenie należności wynikających z wystawionych przez (...)6 lipca 2012 r. not księgowych (między innymi „z tytułu promocji firmy (...)” na kwotę 210.129,22zł). Zgodnie z treścią pozwu na dzień 18 maja 2012 r. całość robót budowlanych objętych umową została zakończona i zgłoszono gotowość do przeprowadzenia odbioru. W dniu 30 maja 2012 r. sporządzono trójstronny protokół odbioru, który został podpisany zarówno przez przedstawicieli stron niniejszego postępowania jak i inwestora – Gminę B. (pозew k. 774 akt adm, protokół odbioru k. 87 akt sądowych). Z treści tego pozwu wynika, że z tej racji, że zarówno (...) jak i (...)uczestniczyli w tych samych przetargach publicznych ale także targach i konferencjach ich pracownicy się znali (pозew (...) przeciwko (...), k. 780 akt adm).

Zarówno (...)jak i (...) nie zlecali innym podwykonawcom niż sobie nawzajem realizacji całości zamówienia (tj. wszystkich prac objętych zakresem zamówienia) w formie podwykonawstwa. Poza współpracą z (...) w ramach podwykonawstwa (...)zlecał innym podwykonawcom tylko wykonanie poszczególnych kategorii prac.

Podobnie działał (...), który nie powierzył całości zamówienia żadnemu innemu podwykonawcy.

Latem 2011 na koszt (...)zostały zakupione 3 telefony pre-paid dla prezesów obu współpracujących spółek oraz dla A. B. (1) prokurenta (...). Uzasadnieniem dla ich zakupu były obawy prezesa (...), że telefony służbowe mogą być podsłuchiwane (Zeznania A. Z.).

Wyżej przedstawione wzajemne powiązania gospodarcze między (...) a (...) Sąd ustalił w oparciu o powołane wyżej dowody z dokumentów oraz częściowo w oparciu o zeznania świadków. Sąd przesłuchanym w toku postępowania sądowego świadkom co do zasady dał wiarę, w szczególności jeśli chodzi o te fakty, które znalazły potwierdzenie w dowodach z dokumentów, gdyż co do zasady potwierdzali oni współpracę obu spółek w opisany wyżej sposób. Natomiast jeśli chodzi o przedstawiane przez nich okoliczności uzasadniające szczególny rodzaj relacji między przedsiębiorcami zwyczajną praktyką biznesową, a w szczególności także wyjaśnienia dotyczące braku porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, to te okoliczności nie były wystarczająco wiarygodne w świetle całokształtu innych dowodów ale też doświadczenia życiowego jak i zasad logiki. Te same uwagi dotyczą dowodu z zeznań G. Z. (2) przesłuchanego w charakterze strony.

W szczególności Sąd nie dał wiary zeznaniom G. Z. i M. M. w zakresie w jakim wskazywali, że powodem zawarcia przez (...) umowy z kosztorysantami zatrudnionymi przez (...) było ich duże doświadczenie i brak doświadczonych kosztorysantów na rynku. Zeznania te były niewiarygodne z tej racji, że wynagrodzenie jakie uzyskiwali kosztorysanci tj 200 zł za jeden kosztorys nie wskazuje aby był to rynek pracownika. O ile bowiem na rynku brakuje specjalistów to wówczas ich wynagrodzenie jest znacznie wyższe niż symboliczna w stosunku do wartości oferty przetargowej kwota 200 zł. Także ich doświadczenie nie było ani zbyt wielkie ani ich kwalifikacje nie były szczególne, co przyznał sam P. L. podczas przesłuchania, stwierdzając, że bardzo wiele osób miało takie kwalifikacje jak on i każdy mógł robić takie kosztorysy, a jego doświadczenie w sporządzaniu kosztorysów w branży sportowej datowało się od 2009, a więc także nie było bardzo imponujące, skoro rozpoczęło się wkrótce po skończeniu przez niego szkoły. Trudno w tych okolicznościach przyjąć za prawdziwe twierdzenia G. Z. (2), odwołującego się do zasad moralnych którymi się rzekomo kierował i nie wykorzystywał jak twierdził relacji osobistych z A. B. (1) do pozyskiwania informacji służbowych, jeśli nie widział takich moralnych sprzeczności w zatrudnianiu pracowników konkurencyjnej firmy do sporządzania kosztorysów na potrzeby przetargów, w których ich pracodawca brał udział i w których oni także sporządzali kosztorys w ramach stosunku pracy. Sąd nie dał także wiary wyjaśnieniom Prezesa (...) w kwestii dotyczącej spotkania obu firm w marcu 2012r, którego celem miało być omówienie możliwości współpracy na zasadzie zorganizowania wspólnego działu przygotowywania ofert, gdyż inni świadkowie wskazywali właśnie na taki cel tego spotkania i faktyczne omawianie tej kwestii na tym spotkaniu (tak zeznał A. Z., A. B.). Podobnie Sąd nie dał wiary wyjaśnieniom przesłuchanego w charakterze strony prezesa (...) ale też A. B. (1), w zakresie w jakim twierdzili, że nie zostały nabyte w celu ich wzajemnej komunikacji z Prezesem (...) telefony pre-paid.

Natomiast w kwestii nabycia trzech telefonów pre-paid dla prezesów obu spółek oraz dla A. B. (1) Sąd przyznał przymiot wiarygodności zeznaniom świadka A. Z. prokurenta (...). Wprawdzie faktu tego nie potwierdził ani Prezes Zarządu (...) G. Z. przesłuchany w charakterze strony ani też A. B. (1) ale jest to zrozumiałe w świetle przyjętej przez obie spółki taktyki procesowej zaprzeczania zawarciu porozumienia. Także w ocenie Sądu mniej wiarygodne w tej kwestii są zeznania przesłuchanej w charakterze świadka A. B. (1), która w ten sposób broniła swoją osobę ale też związanego z nią prezesa (...) przed stawianymi zarzutami zawarcia porozumienia. Nie mogła także mieć znaczenia dla oceny zeznań świadka A. Z. okoliczność, że podczas przesłuchania w Sądzie nie przypominał sobie szczegółów dotyczących zakupu telefonów pre - paid, ale po odczytaniu mu zeznań złożonych w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem UOKiK fakt ten potwierdził. Brak pamięci mógł w oczywisty sposób wynikać ze znacznego upływu czasu od zdarzeń, które świadek relacjonował w Sądzie (po upływie 5 lat), a które były dość nieodległe w czasie gdy był przesłuchiwany w toku postępowania administracyjnego (po 2 latach od wydarzeń). Pamięć świadka mogła być w tej kwestii też zawodna z tej racji, że o zakupie telefonów dowiedział się od innego pracownika spółki (...). Doświadczenie zaś dowodzi, że zazwyczaj lepiej zapamiętywane są te fakty, które obserwujemy bezpośrednio niż te które znamy ze słyszenia.

Sąd zważył, co następuje:

Odwołanie (...) od Decyzji Prezesa UOKiK nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie

w inny sposób na rynku właściwym konkurencji, 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 ale też ustalania kręgu oferentów.

Powyższa regulacja jest uszczegółowieniem ogólnej zasady prawa konkurencji, że przedsiębiorcy będący konkurentami, co do zasady nie mogą koordynować swoich rynkowych zachowań - prawo konkurencji surowo traktuje większość form ograniczania rywalizacji takich przedsiębiorców i jej zastępowanie współpracą. Konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 11 ustawy oklik są przedsiębiorcy, którzy w tym samym czasie występują z ofertą zakupu lub sprzedaży towarów/usług na rynku właściwym.

W ustalonym stanie faktycznym bezsporne było, że zarówno (...) jak i (...) są odrębnymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własne ryzyko, oferty przetargowe składali w tym samym czasie na te same ogłoszenia przetargowe - tym samym konkurując ze sobą o wygranie przetargów do których odrębnie przystępowali.

Warto przy tym podkreślić, że przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy oklik ze względu na pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy (art. 70¹ § 1 k.c.) przez wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Stąd też, zмова przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu w trybie art. 7 ust. 1 ustawy oklik, spod zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy oklik (bagatelność na rynku właściwym), które to wyłączenie jest przewidziane dla innych form antykonkurencyjnego porozumienia. Jest to jeden z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień występujących w obrocie gospodarczym.

Z uwagi właśnie na szczególną szkodliwość zmów przetargowych dla interesu publicznego są one traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot), a więc są zakazane bez względu na to, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu.

Sąd co do zasady przychylił się do poglądów prawnych zawartych w decyzji pozwanego, że dla oceny danego zachowania pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji konieczna jest analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców, które muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź muszą zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.

W sprawie niniejszej jest to szczególnie istotne, gdyż brak jest wśród dowodów zgromadzonych w sprawie bezpośredniego dowodu istnienia pomiędzy przedsiębiorcami umowy, która w sposób jednoznaczny wskazywała na fakt zawarcia porozumienia jak i jego warunków.

Powyższe jest wyrazem przyjęcia przez ustawodawcę w art. 4 pkt 5 uoklik szerokiej definicji porozumienia, przez które rozumie się nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale też uzgodnienia dokonane przez przedsiębiorców w jakiegokolwiek formie jak również uchwały i inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Oznacza to więc, że zakazem objęte są wszelkie formy faktycznej współpracy i skoordynowanych działań przedsiębiorców, którymi ograniczyli oni swobodę w stosunkach z osobami trzecimi.

W związku z tym, że porozumienia są w prawie konkurencji zakazane i surowo karane, a porozumienia przetargowe dodatkowo penalizowane przez prawo karne, przedsiębiorcy, którzy podejmują ryzyko działania wbrew prawu ukrywają swoją współpracę i dlatego uzgodnienia między nimi niezwykle rzadko przybierają postać pisemnych uzgodnień. Chcąc uniknąć odpowiedzialności przedsiębiorcy najczęściej więc utajniają współdziałanie a ustalenie kooperacji jest możliwe jedynie na podstawie pośrednich dowodów i dokonanych na ich podstawie domniemań faktycznych.

Przy ocenie każdego jednego porozumienia możliwe są więc różne konfiguracje dowodów wskazujących na niedozwoloną koordynację działań przedsiębiorców, przy czym dowiedzenie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami w znacznej mierze uprawdopodobnia istnienie między nimi porozumienia.

W szczególności jednak ustalenie istnienia porozumienia jest możliwe w razie wystąpienia szczególnych zachowań przedsiębiorców, które nie są jednak adekwatne do istniejących warunków rynkowych.

Ocenie prawnej Sądu w sprawie niniejszej podlegały zatem fakty związane ze współpracą obu stron, którym co do zasady żaden z przedsiębiorców nie zaprzeczył a jedynie powód zakwestionował ich ocenę, oraz czy fakty te ujęte w całość mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia zachowań rynkowych, dowód naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7. ustawy okik.

Praktyka, którą pozwany prawidłowo uznał jako ograniczającą konkurencję, a która miała miejsce na właściwie określonym przez organ rynku właściwym tj. krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegała na uzgadnianiu przez spółki (...) przystępujące do przetargów publicznych na wykonanie lub modernizację obiektów sportowych wraz z infrastrukturą prowadzonych przez Gminy T. i N., Miasto J. oraz przez (...) w P. – warunków składanych ofert.

Dokonując oceny zachowania obu przedsiębiorców Sąd zważył, że z całą pewnością (...) oraz (...) pozostawali ze sobą w ścisłych relacjach biznesowych, gdyż ich interesy, w szczególności nabywanie przez (...) sztucznej nawierzchni od (...), której (...) był przedstawicielem w Polsce to uzasadniały. Więż ta musiała być silniejsza niż z innymi nabywcami produktów S. na terenie Polski z tej racji, że to (...) generował największy zysk spółki matki (...). Ale ich relacje nie ograniczały się tylko do tego, że (...) wystawiał autoryzacje na produkty S. (...), lecz przekładały się na również relacje personalne między pracownikami obu firm (którzy się znali i bywali na tych samych szkoleniach i targach np. M. M. i P. L. i G. G.) ale też na osobiste pomiędzy prokurentem (...) a Prezesem Zarządu S.. Ta zażyłość relacji pomiędzy przedsiębiorcami objawiała się także i w tym, że jedyni kosztorysanci zatrudnieni w (...) wykonywali w razie potrzeby także kosztorysy na rzecz (...) i to nawet w sytuacji, gdy w tym samym przetargu startował ich pracodawca, a więc co do zasady kosztorysy wykonywali na rzecz konkurenta, o czym jak twierdzili musieli wiedzieć wszyscy w (...), gdyż nie kryli się z tym a i rozmowa inicjująca tą współpracę odbyła się w przestrzeni publicznej w siedzibie (...).

Nie bez znaczenia dla oceny relacji jakie zaistniały pomiędzy dwoma podmiotami jest też fakt, że jedynie sobie nawzajem podzlecali oni całość prac w ramach realizacji inwestycji objętej przetargiem, w którym nota bene obaj brali udział.

Istotne jednak znaczenie dla oceny zachowania obu przedsiębiorców należy wiązać z rezygnacją (...) z wygranego przetargu ogłoszonego przez Gminę T. a także pośredniej rezygnacji S. z rywalizacji o realizację inwestycji na którą przetarg ogłosiło Miasto J., które nie znajdują wytłumaczenia w racjonalnym działaniu przedsiębiorcy należycie dbającego o swoje interesy. Bo o ile możliwa jest sytuacja, że przy takiej znacznej ilości przetargów w jakiej uczestniczyli obaj przedsiębiorcy może się zdarzyć sytuacja, że wygranie kilku z nich w tym samym czasie może spowodować trudności w samodzielnej ich realizacji, to już zupełnie niezrozumiałe jest, że przedsiębiorca w takiej sytuacji nie szuka podwykonawcy, który mógłby to na jego zlecenie wykonać. Szczególnie jest to niezrozumiałe, że w innych realizacjach taka właśnie praktyka powierzania części, czy nawet całości prac podwykonawcom była stosowana. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że jednak podzlecenie prac niesie dającym zlecenie podwójną korzyść, raz, że finansową a dwa stanowić może kolejną pozycję w dokumentacji wykonanych obiektów, które stanowią o renomie firmy i jej solidności. Dlatego zdaniem Sądu wobec nieprzedstawienia dowodów przeciwnych rezygnacja przez (...) z przetargu w T., poprzez niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, nie jest wytłumaczalna w żaden inny sposób jak tylko zamiarem wpłynięcia na ostateczny wynik przetargu i dążeniem do wygrania przez współpracującą firmę, skoro druga w kolejności oferta pochodziła właśnie od (...). Zdaniem Sądu wskazuje na to między innymi okoliczność, że rezygnacja z udziału w przetargu została złożona dopiero po ogłoszeniu wyniku przetargu, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu.

Nie jest także przekonywująca dla Sądu argumentacja, wskazująca na przyczyny ekonomiczne jako powód rezygnacji przez (...) z zawarcia umowy (źle dokonana wycena jak twierdziła świadek A. B.), skoro Prezes (...) twierdził, że kosztorysanci (...), którzy musieli przecież wykonać kosztorys dla zwycięzcy przetargu (...) byli najlepsi na rynku, a różnica cen pomiędzy ofertą (...) a kolejną (...) nie była aż tak znacząca, aby prima facie wskazywała na błąd

kosztorysowy, a strony nie zgłosiły dowodu zmierzającego do wykazania błędów kosztorysowych jako powodów do wycofania się z przetargu poprzez nieprzedłużenie terminu związania ofertą. Ponadto fakt, że rezygnacja nastąpiła w sytuacji gdy to oferta „zaprzyjaźnionej” firmy znajdował się na II miejscu - nie pozwalał w zgodzie z logiką i zdrowym rozsądkiem przyjąć żadnego innego wytłumaczenia rezygnacji przedsiębiorcy z najlepszą ofertą z przetargu, jak porozumieniem się w tej kwestii z przedsiębiorcą, którego oferta była na drugim miejscu.

Także bez znaczenia był fakt, że możliwość rezygnacji z przetargu przez (...) już po otwarciu ofert była uzależniona od zamawiającego, gdyż to przedłużające się postępowanie zamawiającego wiązało się z koniecznością przedłużenia terminu związania się ofertą i przedłużenia wadium. Nie jest bowiem wykluczone, że o ile nie nadarzyłaby się taka „okazja” to (...) znalazłby inny sposób na wycofanie się z przetargu bez ponoszenia z tego tytułu konsekwencji np. finansowych jak utrata wadium. Nie można także wykluczyć, że dokonane między spółkami uzgodnienia właśnie dotyczyły każdorazowo takich tylko sytuacji w których rezygnacja z udziału w przetargu tego z oferentów, który miał szansę przetarg wygrać nie wiązała się dla niego z niekorzystnymi skutkami.

Bez znaczenia dla oceny zachowania przedsiębiorców pozostawał także fakt, że ostatecznie zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę nie będącego uczestnikiem porozumienia, ponieważ z punktu widzenia prawa konkurencji nie jest istotne, czy realizacja porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci zmywy przetargowej nastąpiła w praktyce i czy zamawiający poniósł szkodę z tego tytułu (porozumienie zakazane ze względu na cel).

Podobnej oceny działań podjętych przez (...) i (...) należy dokonać w odniesieniu do przetargu zorganizowanego przez Miasto J..

Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że tu także jeden z przedsiębiorców, w tym wypadku (...) pomimo zgłoszenia oferty do przetargu, niespełna po upływie miesiąca rezygnuje z udziału w tymże (mając II miejsce pod względem ceny i świadomość po zapoznaniu się z ofertą P., której oferta była na I miejsce pod względem ceny, że jej oferta jest niezgodna z SIWZ) poprzez niewyrażenie zgody na przedłużenie ważności wadium i terminu związania ofertą, co wiąże się z wykluczeniem go z przetargu. Było to niezgodne z ideą działania (...)wygrywania przetargów, gdyż przez liczbę wygranych przetargów realizował się zysk spółki a nie przez samodzielną ich realizację”, o której mówił jej pracownik M. M. podczas zeznań przed Sądem.

Po wtóre po odrzuceniu przez zamawiającego oferty (...) i (...) z uwagi na niezgodność ich ofert z SIWZ tj. niedołączenia dokumentu, z którego wynikałoby spełnienie przez nawierzchnię, którą obaj oferowali a której producentem był (...), parametrów twardości i odporności na ścieranie – odwołanie wniósł tylko ten z przedsiębiorców, którego cena ofertowa była wyższa tj. (...), którego cena ofertowa była III.

Jeśli weźmie się pod uwagę, że obaj przedsiębiorcy mieli w ofercie tożsamy produkt, ale odwołuje się od decyzji zamawiającego do KIO tylko ten z nich, który ma mniej atrakcyjną z punktu widzenia zamawiającego ofertę bo z wyższą ceną, a ten z ceną niższą się wycofuje nie przedłużając terminu związania ofertą, to oczywistym się staje, że muszą być w porozumieniu, gdyż tylko przy rezygnacji (...) z przetargu wygrać mogła jako najkorzystniejsza oferta (...).

Po trzecie wreszcie, właśnie przy okazji przetargu w Gminie J. doszło ostatecznie, w wyniku uwzględnienia przez KIO odwołania (...), do wyboru oferty (...), która dla zamawiającego była mniej korzystna w stosunku do oferty (...) o 250 tys. Na celowe działanie obu przedsiębiorców wskazuje także dalsza sekwencja zdarzeń, a mianowicie podzlecenie przez (...) całości prac (...), co jest typowym przy znowach przetargowych procederem. W konsekwencji (...), który się z przetargu wycofał zawarł z (...) umowę na wykonanie tych samych robót za cenę 150 tys. zł wyższą niż sam oferował zamawiającemu, a zysk (...), który przetarg wygrał, ale go osobiście nie realizował miał wynieść 100 tys. zł. Bez znaczenia pozostaje fakt, że umowa następnie została zmieniona i (...) wykonywał tylko część robót, gdyż pierwotna intencja obu stron była wyraźna. Nie można także wykluczyć, że (...) wycofując się z wykonania całości prac w ramach podwykonawstwa obawiał się wykrycia porozumienia zawartego z (...), na co wskazywał przesłuchiwany przez Sąd Prezes (...) G. Z., twierdząc, że w odniesieniu do przetargu w B., przyjmując od (...) całość prac w ramach podwykonawstwa, nie chciał czekać aż (...) wycofa się z tego przetargu a on z drugą najlepszą ceną wygra przetarg, gdyż obawiał się zarzutu zawarcia porozumienia. Obie umowy o podwykonawstwo w J. i w B. strony zawierały w

tym samym czasie (październik i listopad 2011r), więc obawy mogły być podobne. Twierdzenie to uwiarygadnia także fakt, że zapewne wynikiem takich obaw było nabycie telefonów pre-paid dla prezesów obu spółek i prokurenta (...). Znamienne jest także, że przy wykonywaniu zlecenia (...) część robót zlecił dalszemu podwykonawcy tj firmie (...), która jak wynika z zeznań świadków współpracowała często z (...) przy wykonywaniu robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji przetargowych.

Sąd podziela przy tym argumentację obu stron porozumienia, że zarówno złożenie przez (...) wniosku o udostępnienie ofert jest działaniem zgodnym z prawem, zagwarantowanym przez ustawę, jak i niewyrażenie przez (...) zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i terminu ważności wadium, podobnie jak jest uprawnieniem a nie obowiązkiem uczestnika przetargu decyzja o wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i w normalnych okolicznościach nie może być podstawą do wyciągania niekorzystnych dla przedsiębiorcy wniosków. Niemniej jednak w sprawie niniejszej sekwencja zdarzeń i ścisłe związki między przedsiębiorcami, łącznie z relacjami osobistymi nie pozwalają na przyjęcie argumentów, że zdarzenia nie były wynikiem uzgodnień dotyczących sposobu postępowania, które wyłączały podejmowanie przez przedsiębiorców autonomicznych decyzji.

Podobnie, odnośnie przetargu oraz realizacji zamówienia w N., nie sposób nie przyjąć, że okoliczności, które miały tam miejsce świadczą o zawarciu zmywu przetargowej. Bezsporne jest bowiem, że oferty obu przedsiębiorców w zakresie kosztorysów miały tożsame błędy ortograficzne, interpunkcyjne i literowe, błędy w opisach poszczególnych prac, braki polskich znaków oraz taki sam układ wierszy w tabelach, świadczące o wykonaniu ich przez jeden podmiot, lub wprawdzie przez dwa ale w porozumieniu. Taka zbieżność nie może być bowiem jedynie przypadkowa. W sprawie niniejszej postępowanie dowodowe wykazało, że oba kosztorysy istotnie sporządzili pracownicy zatrudnieni przez (...). Kosztorys dla (...) wykonał K G. w ramach umowy zlecenia zawartej z (...), a kosztorys dla (...) wykonał drugi z dwóch kosztorysantów zatrudnionych przez (...) – P. L.. Obaj oni wiedzieli o swojej współpracy z konkurencyjną firmą i nie kryli się z tym wobec współpracowników a nawet oferta współpracy ze strony (...) została złożona publicznie w biurze (...) (zeznania P. L.). Można więc przyjąć, że ze strony (...) była akceptacja na taką współpracę (wiedzę (...) o współpracy jej kosztorysantów z (...) potwierdza także wystawienie przez (...) not obciążeniowych dla (...), w których praca kosztorysantów na rzecz (...) została uwzględniona). Oczywiście jest natomiast, że (...) także taką wiedzę dysponował i miał świadomość, że kosztorysanci z którymi nawiązał współpracę są jedynymi w (...), którzy wykonują w tej spółce kosztorysy i że zlecając im wykonanie kosztorysu, powierza informacje, a w zasadzie całą swoją ofertę, konkurencyjnej firmie startującej w tym samym przetargu, która takich informacji posiadać nie powinna.

Okoliczność, że pracownicy (...) przed terminem składania ofert w przetargu w N. mieli wiedzę o cenach oferowanych przez (...) w ramach zamówienia, a ponadto mieli realny wpływ na ostateczną wartość oferty złożonej przez (...) niezbicie dowodzi, że spółki współpracowały, gdyż udostępniały sobie w ten sposób informacje o warunkach składanej oferty, a przynajmniej się na to godziły. W związku z tym, należy przyjąć, że w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Gminę N. spółki (...) uzgodniły warunki składanych ofert.

Nie może się w tych okolicznościach bronić (...) twierdzeniem, że zlecił wykonanie kosztorysu podmiotowi zewnętrznemu, co zwalnia go z podejrzenia udziału w zmywie przetargowej, gdyż skoro miał świadomość, że podmiot ten działa na rzecz konkurencyjnej spółki, to godził się na udostępnianie swojej oferty innemu oferentowi startującemu w tym samym przetargu – przed złożeniem jej w przetargu. Tymczasem każdy z oferentów powinien samodzielnie określać warunki własnej oferty nie wykorzystując w tym celu informacji o warunkach ofert innych uczestników, gdyż złożenie ofert przetargowych w oparciu o wiedzę o ofertach innych uczestników lub kooperacji z nimi stanowi ograniczenie konkurencji.

Odnosząc się do kolejnego przetargu w którym ujawniła się współpraca (...) i (...) tj przetargu organizowanego przez (...) w P., w którym oferty (...) i (...) zajmowały w kolejności miejsca po sobie i obie zostały odrzucone z tego samego powodu, zaś odwołanie od decyzji zamawiającego złożył tylko przedsiębiorca z ofertą droższą tj (...) – należy stwierdzić, że zachowanie spółek w tym postępowaniu przetargowym także wskazuje na zawarcie pomiędzy (...) i (...) antykonkurencyjnego porozumienia

Powodem odrzucenia przez zamawiającego obu ofert było niewykazanie przez tych przedsiębiorców już na etapie składania ofert, że oferowane materiały do wymiany nawierzchni są równoważne do tych wskazanych w warunkach SIWZ. Pomimo tego, że powody odrzucenia obu ofert były identyczne, to jednak (...), którego oferta była najkorzystniejsza pod względem ceny nie wniósł odwołania do KIO, a wniósł je (...), który w przetargu przedstawił ofertę droższą. W konsekwencji KIO uwzględniła odwołanie (...) i nakazał zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert.

W normalnych warunkach rywalizacji rynkowej, gdy między przedsiębiorcami brak jest współpracy naruszającej konkurencję takie sytuacje, gdy zamawiający odrzuca obie oferty nieczęsto się zdarza, że odwołanie wnosi tylko ten z oferentów, którego oferta jest mniej atrakcyjna pod względem ceny, gdyż jego szanse na wygranie przetargu są zerowe, jeśli decydująca jest cena. W sprawie niniejszej brak jest racjonalnych powodów dla których (...), który miał największą szansę wygrać przetarg nie wniósł odwołania do KIO, chociaż jak zeznała świadek A. B. spółka bardzo często składała odwołania (zawsze się odwoływaliśmy, byliśmy najczęściej odwołującą się firmą w KIO). Natomiast (...), którego prezes kwestionował w trakcie zeznań zarówno kompetencję jak i celowość odwoływania się do KIO (w tym szczególnie, jak zeznał, w sytuacji, jeśli i tak wygra inna firma z lepszą ceną) i odwołań składała niewiele (2-4 w ciągu roku) w tym wypadku odwołanie wniósł. Powyższe zachowanie nieracjonalne z punktu widzenia obiektywnego obserwatora i nieadekwatne do prezentowanych postaw obu przedsiębiorców w kwestii odwoływania się do KIO wskazuje na to, że strategia przedsiębiorców w tym przetargu była realizacją zawartego pomiędzy tymi przedsiębiorcami porozumienia. Nie sposób uznać, za sensowne wytłumaczenie, że (...) składał odwołanie bo zależało mu na tym przetargu z tej racji, że był to nowy rodzaj obiektu, który chciał mieć w dorobku (mieć referencje) aby móc go powoływać w prezentacji dokonań przy kolejnych przetargach, skoro jego szansa na wygranie przetargu była żadna wobec tego, że jego oferta pod względem ceny była dopiero na drugim miejscu. Nie miałyby to więc sensu w sytuacji, gdyby nie miał wiedzy, że oferent z najniższą ceną czyli (...) nie wycofa się z przetargu. Podobnie (...) nie przedstawił żadnego uzasadnienia, w tym ekonomicznego dla rezygnacji z dalszego ubiegania się o zamówienie. Nie wykazał aby rezygnacja z rywalizacji o wygranie przetargu wiązała się z rzeczywistym natłokiem innych prac.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że to uzgodnienie przedsiębiorców co do podejmowanych działań było powodem podejmowania przez nich takich a nie innych działań. Nie ma przy tym znaczenia, że w tym wypadku ostatecznie nie doszło do zawarcia umowy (...) z zamawiającym ponieważ przetargu został unieważniony, gdyż w świetle prawa konkurencji istotny jest cel porozumienia a nie zrealizowanie zamierzonego celu.

Poza ewidentnymi, opisanymi wyżej sytuacjami, w których spółki (...) dokonywały uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, ścisła współpraca tych dwóch przedsiębiorców uprawdopodobnia i stwarza domniemanie, że nie działali oni autonomicznie, tylko współpracowali.

Niewątpliwa była bowiem współpraca przedsiębiorców związana z zaopatrywaniem się przez (...) w wyroby (...), w czym swój niewątpliwy udział miał (...), któremu jako spółce zależnej od (...) musiało zależeć na dobrej współpracy z (...) (który był największym odbiorcą na terenie Polski sztucznej trawy produkcji (...)), co jak ustalono nie ograniczało się tylko do wydawania przez (...) certyfikatów dla (...) na każdy z przetargów w którym ten uczestniczył, ale też polegało na organizowaniu szkoleń dla pracowników a także na stosunkowo częstej obecności w siedzibie firmy (...) prezesa (...) G. Z., a ostatecznie przeniosło się na relacje osobiste prokurenta (...) i prezesa (...). Ta współpraca znalazła swój wyraz także w powierzaniu sobie nawzajem podwykonawstwa na całość prac objętych zakresem zamówień w przetargach ogłoszonych przez Gminę W., Gminę P. oraz Gminę B. , w których to obie spółki startowały z osobnymi ofertami. W Gminie B. (...) powierzył realizację zamówienia (...) w formie podwykonawstwa. Przedmiotem umowy podwykonawstwa było wykonanie wszystkich robót objętych zakresem zamówienia. W przetargach ogłoszonych przez Gminę W. i Gminę P. to z kolei (...) po wygraniu przetargu zawarł umowy podwykonawstwa z (...) także na wykonanie całości prac objętych zamówieniem. Przy dużej konkurencji na rynku jest to nietypowe działanie, że dwie spółki tylko sobie nawzajem powierzają podwykonawstwo, nie szukając alternatywnych podwykonawców o równie dużej renomie, którzy mogli niewątpliwie sprostać zadaniu, skoro samodzielnie wykonywali prace w wyniku wygranych przetargów.

Zgodzić się należy z Prezesem UOKiK, że chociaż podwykonawstwo jest legalne na tle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak taka kooperacja w przypadku podmiotów, których relacje w innych sytuacjach wskazywały na antykonkurencyjne uzgodnienia nie może pozostać obojętna dla oceny całokształtu współpracy obu przedsiębiorców i uznania jej za niedozwolone porozumienie. Tym bardziej, że w odniesieniu do analizowanych przetargów w B., P. i W. nie zostało wykazane aby podzlecenie całości robót wynikało z braku możliwości samodzielnego wykonania całości lub w części prac z uwagi na nawal innych prac inwestycyjnych

Na całościową ocenę współpracy obu przedsiębiorców jako porozumienia ograniczającego konkurencję składają się jeszcze inne okoliczności omawiane wyżej, takie jak między innymi zakup telefonów pre-paid do komunikacji między spółkami czy wola zacieśnienia współpracy poprzez połączenie działu zamówień obu spółek, które uprawdopodobniając wież obu przedsiębiorców i wolę zacieśniania ich relacji nie pozwalają inaczej ocenić zachowania przedsiębiorców w przetargach organizowanych w T., J., N. i P. (o których wyżej) jak praktyki ograniczającej konkurencję.

Powyższe zdaniem Sądu dowodzi, że mimo braku dowodów bezpośrednich, które pozwalałyby ustalić fakt uzgadniania przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, odwołując się do zasad logiki i doświadczenia życiowego, można z dużym stopniem prawdopodobieństwa przyjąć, że zachowanie podmiotów w poszczególnych przetargach, jak i całokształt współpracy i powiązań (...) i (...) były podyktowane porozumieniem przedsiębiorców. W ocenie Sądu nie istniało żadne racjonalne wytłumaczenie dla podejmowanych przez nich decyzji w omawianych przetargach (nie ma innych logicznych hipotez konkurencyjnych w świetle zgromadzonych dowodów i zasad doświadczenia życiowego), a zachowania spółek były nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, co wyklucza przyjęcie, że podejmowane decyzje były wynikiem swobodnej i samodzielnej decyzji każdego z przedsiębiorców, które zastępowali koordynacją podejmowanych działań.

W tych okolicznościach Sąd doszedł do przekonania, że strony zawarły zakazane na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik porozumienie, o jakim mowa w decyzji, ograniczając tym samym konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych. Przy czym antykonkurencyjny cel porozumienia tego porozumienia był jednoznaczny, skoro przedsiębiorcy w sposób nieuzasadniony rezygnowali z rywalizacji o udzielenie zamówienia (poprzez odstępowanie od podjęcia określonych czynności w toku przetargów), aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia oraz z uzgadniali warunki składanych ofert.

Sąd zważył także, że w tych okolicznościach orzeczenie wobec (...) kary pieniężnej o jakiej mowa w przepisie art. 106 ust. 1 pkt uokik było zasadne. Przepis ten stanowi, że organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę 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 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 uokik.

Sąd podziela stanowisko Prezesa UOKiK, że jakkolwiek nałożenie kary ma charakter fakultatywny, to jednak okoliczności sprawy przemawiały za jej zastosowaniem. W szczególności prawidłowo ustalona przez organ umyślność działania przedsiębiorców miała w tym aspekcie szczególne znaczenie. Strony porozumienia jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego musieli mieć bowiem świadomość naruszania swoim zachowaniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję i to w typowej postaci, wprost przewidzianej w ustawie okik, jaką jest zmowa przetargowa. Wskazuje na to także chęć ukrycie swoich relacji i obawa przed podsłuchiwaniami rozmów telefonicznych, czemu miało służyć nabycie trzech telefonów pre-paid dla prezesów obu spółek oraz dla A. B. (1) prokurenta (...). Przy braku więc przypadkowości w działaniach przedsiębiorców, na co wskazywały zarówno relacje biznesowe pomiędzy przedsiębiorcami ale też relacje personalne pomiędzy ich pracownikami, które wykluczały przypadkowość reakcji jakie zaistniały w opisywanych postępowaniach przetargowych, a opisane postępowanie wskazywało na zamierzoną koordynację postępowania w konkretnych przetargach – oczywistym było,

że porozumienie miało charakter umyślny, gdyż wymagało skoordynowanych działań każdego ze zmawiających się przedsiębiorców, którzy uzgodnili taki sposób działania w celu osiągnięcia korzyści.

W ocenie Sądu nałożona na (...) kara w wysokości 105.434,94 zł jest karą odpowiednią. Sąd bowiem podzielił także stanowisko Prezesa UOKiK dotyczące uwzględnionych przesłanek wymiaru nałożonej kary uznając je za prawidłowe. W szczególności Sąd podziela pogląd, że kara, której podstawę wymierzenia stanowi art. 106 ust 1 pkt 1 uokik ma spełniać funkcje prewencyjno-wychowawcze, co oznacza, że powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji.

Uwzględniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, jak tego wymaga art. 111 uokik, Sąd doszedł do przekonania, że właściwe było przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że porozumienie obu spółek należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, chociaż nie eliminowało ono konkurencji, gdyż na rynku na którym zostało zawarte nie występują znaczące bariery wejścia na rynek (na rynku wykonywania usług projektowania, wyposażania i budowy obiektów sportowych działa wielu przedsiębiorców, o czym świadczyła m.in. duża liczba oferentów w przetargach organizowanych na budowę O. i innych obiektów sportowych). Porozumienie nie wiązało się też z istotnym uszczerbkiem finansowym po stronie zamawiających.

Sąd, podobnie jak Prezes UOKiK, dopatrywał się okoliczności, które mogły wpłynąć na obniżenie wymiaru kary. Poza ograniczonym wpływem na konkurencję na rynku, wpływ na obniżenie kary miało zaniechanie przez (...) stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności Sąd uznał, że orzeczona w decyzji kara w wysokości 105.434,94 zł jest adekwatna do wagi stwierdzonego naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Sąd nie podzielił stanowiska powoda, że postępowanie winno być umorzone z uwagi na przedawnienie. Kwestię przedawnienia antymonopolowego reguluje przepis art. 93 uokik, który w dacie wszczęcia postępowania stanowił, że nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok (aktualnie okres przedawnienia został wydłużony do lat 5).

W sprawie niniejszej zostało prawidłowo ustalone przez Prezesa UOKiK, że porozumienie (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. przestało funkcjonować na rynku 30 grudnia 2011 r. (30.12.2011 rozstrzygnięcie przetargu w N., który był ostatnim zidentyfikowanym przejawem zmowy przetargowej; od tego czasu brak dowodów współpracy obu przedsiębiorców; na początku 2012 r. (...) zaprzestał nabywania nawierzchni producenta (...)), a zatem wszczęcie postępowania powinno w myśl powołanej regulacji nastąpić najpóźniej do końca roku 2012. Decyzja Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania mieści się więc w ustawowym okresie, skoro postanowienie zapadło 31 grudnia 2012r.

Oczywiste jest przy tym, że datą wszczęcia postępowania jest dzień wydania przez organ postanowienia w tym przedmiocie a nie data otrzymania postanowienia o wszczęciu postępowania przez stronę. Treść przepisu w ocenie Sądu jednoznacznie o tym przesądza. Przyjęcie odmiennej interpretacji musiałoby prowadzić do absurdalnego stanu w którym, w skrajnych przypadkach, to strona, której dotyczy postępowanie, faktycznie decydowałaby czy nastąpiło przedawnienie antymonopolowe, w odpowiedni sposób manewrując terminem w jakim odebrałaby przesłaną jej korespondencję zawierającą postanowienie o wszczęciu postępowania.

Mając powyższe na względzie, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda w całości w oparciu o art. 479^{31a} § 1 k.p.c., wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

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