

Sygn. akt XVII AmA 37/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 czerwca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XVII Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: st. sekretarz sądowy Ewa Naróg

po rozpoznaniu w dniu 13 czerwca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania powodów:

1. A. S. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w B.,
2. P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w miejscowości I., poczta K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania powodów od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2014 r., Nr (...)

1. uchyla zaskarżoną decyzję w całości;
2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz A. S. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w B. kwotę 1.360,00 zł (jeden tysiąc trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego;
3. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w miejscowości I., poczta K. kwotę 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) tytułem kosztów postępowania.

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. akt XVII AmA 37/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2014 r., Nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcom:

1. A. S. (1), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). A. S. (1) z siedzibą w B., ul. (...);

2. P. S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...). P. S. z siedzibą: (...), (...)
K.;

uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez A. S. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). A. S. (1) i P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) P. S. porozumienia na lokalnym rynku usług montażu urządzeń służących do pozyskania energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy B., w związku z przetargiem nieograniczonym, organizowanym w ramach zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22.05.2013 r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy B., polegającego na dokonaniu uzgodnień co do cen składanych ofert i **stwierdził jej zaniechanie z dniem 17.07.2013 r.**

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku ze stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję określonej w pkt I niniejszej decyzji nałożył za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, następujące kary pieniężne na przedsiębiorców:

1. A. S. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). A. S. (1) z siedzibą w B. 46.291 zł (słownie: czterdzieści sześć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych);

2. P. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) P. S. z siedzibą: (...), (...)-(...) K. 11.262 zł (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt dwa złote);

- płatne do budżetu państwa.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 267), w związku z art. 83 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanawia się obciążyć przedsiębiorcę:

1. A. S. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). A. S. (1) z siedzibą w B. kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów o sygnaturze (...) i zobowiązał w/w Przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 28,50 zł (słownie: dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt groszy), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

2. P. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) P. S. z siedzibą: (...), (...)-(...) K. kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów o sygnaturze (...) i zobowiązał w/w Przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 28,50 zł (słownie: dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt groszy), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że materiał dowodowy zebrany w trakcie postępowania antymonopolowego nie potwierdził, aby pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, których dotyczy niniejsza decyzja istniała umowa regulująca zasady ich działania przy przystępowaniu do tegoż przetargu, dlatego przyjął, iż porozumienie zawarte pomiędzy stronami miało charakter nieformalnych uzgodnień co do podejmowanych działań. Na podstawie analizy poszczególnych pozycji uproszczonych

kosztorysów ofertowych, zawartych w ofertach (...) i (...)

Prezes UOKiK stwierdził ich daleko idące podobieństwo, graniczące z identycznością. Kosztorysy (...) i (...), pokrywają się w 376 pozycjach

na łącznie 393 pozycje (liczby do drugiego miejsca po przecinku), czyli w 95,67% pozycji. Stwierdził ponadto, że informacje przekazane przez (...) w toku postępowania o użyczeniu (...) programu kosztorysowego wraz ze stworzonym w nim przez (...) "podkładzie" potwierdzają wniosek o uzgodnieniu warunków ofert. Według (...) "podkład" to wprowadzone do programu kosztorysującego dane z przedmiaru robót zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego. Program wraz z "podkładem" został udostępniony (...). Wskazał również, iż w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego (...) potwierdził użyczenie mu przez (...) uprzednio przygotowanego kosztorysu, "po usunięciu istotnych informacji" przez (...), na podstawie którego przygotował swoją ofertę. Różnice w wycenie mają, jak stwierdził Prezes UOKiK bardzo specyficzny charakter, ponieważ każdorazowo pomiędzy pozycją kosztorysową (...), a (...) stanowią je kwoty w sposób nienaturalny równe (czterokrotnie różnicę stanowi kwota 10.000 zł, raz 2.000 zł i raz 1.000 zł). Ze względu na to, że pozycje, których te różnice dotyczą, to skomplikowane urządzenia - pompy ciepła różnych producentów, oferowane na rynku przez różnych sprzedawców, to zostały one, zdaniem Prezesa UOKiK, wykreowane w takiej wysokości sztucznie, a przede wszystkim w warunkach wzajemnej znajomości ofert.

Prezes UOKiK zwrócił także uwagę na fakt istnienia pomiędzy przedsiębiorcami powiązań rodzinnych właścicieli obu firm (P. S. jest synem A. S. (1)), które same w sobie nie mogą być oczywiście oceniane negatywnie, jednak w przypadku występowania danych przedsiębiorców w tych samych przetargach, mogą być one oceniane, jako ułatwiające kontakt w związku z niedozwolonym porozumieniem. O powiązaniach obu przedsiębiorców świadczą także takie elementy, jak to, że posiadają ten sam numer faksu. Ponadto adres mailowy (...), podany także w ofercie przetargowej to: (...), natomiast strona (...) (domena, z której adres mailowy (...) pochodzi) reklamuje usługi innego uczestnika tego samego przetargu, tj. (...). Wskazane zależności potwierdzają bliskie powiązania między tymi przedsiębiorcami. Powyższe okoliczności, jak stwierdził Prezes UOKiK oceniane w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że strony niniejszego postępowania działały w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji.

Prezes UOKiK wykazał koordynację zachowań stron postępowania (praktyki uzgodnione). Celem tych działań było niewątpliwie ograniczenie konkurencji. W niniejszej sprawie, zdaniem Prezesa UOKiK, w/w uzgodnione działania stron (przez zawarcie porozumienia) miały na celu uzgodnienie składanych przez nie ofert aby uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne. Skutkiem zaś miała być wygrana w przetargu i realizacja zawartej umowy z Zamawiającym na warunkach innych niż te, które byłyby osiągnięte w wyniku rzeczywistej konkurencji.

W konsekwencji, działania stron niniejszego postępowania w trakcie w/w postępowania przetargowego Prezes UOKiK uznał za uzgodnione, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ opracowanie ofert było niesamodzielne.

Zaniechanie praktyki nastąpiło w dniu 17.07.2013 r., tj. w dniu rozstrzygnięte przez zamawiającego - Gminę B. postępowania przetargowego, poprzez udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, iż zawarte pomiędzy w/w przedsiębiorcami porozumienie, należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W tym stanie rzeczy naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, a kwotę bazową - stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń - ustalono na poziomie (...) **przychodu za rok 2013**, tj. rok poprzedzający wydanie niniejszej decyzji, tj. w odniesieniu do (...) równą 48.219,50 zł, a w przypadku (...) równą 11.730,85 zł. Ustalając wymiar kary, organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności uczestników porozumienia.

W konsekwencji przyjął, że analizowana praktyka ograniczająca konkurencję stosowana przez strony niniejszej decyzji nie wywołała skutków na rynku. Biorąc wskazane wyżej okoliczności pod uwagę, obniżył kwoty kar zapisanych w powyższej tabeli o 20%.

W niniejszej sprawie zarzucana praktyka stosowana przez w/w przedsiębiorców zdaniem organu antymonopolowego **nie była długotrwała.**

Prezes UOKiK uznał, że działanie stron postępowania było umyślne, przedsiębiorcy świadomie dążyli do osiągnięcia antykonkurencyjnego skutku swoich działań. Podjęcie współdziałania w zakresie ustalania oferowanych cen, jak i dodatkowe elementy towarzyszące składaniu ofert za takim wnioskiem jasno przemawiają. W związku z tym, powyższe działanie uznano za okoliczność obciążającą, skutkującą zwiększeniem wymiaru kary o 20%.

W trakcie postępowania nie ustalono, która strona była inicjatorem zawartego porozumienia, żaden z przedsiębiorców nie wskazał lidera, co miałyby wpływ na ustalenie wymiaru nakładanej kary.

Od powyższej decyzji odwołania o jednobrzmiącej treści złożyli A. S. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w B. (...) oraz P. S. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...) P. S. z siedzibą: (...), (...)-(...) K. - zaskarżając ją w całości.

Odwołujący wnieśli o:

1) uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30.12.2014 r., nr (...) r.;

względnie o:

zmianę w całości decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30.12.2014 r., nr (...) r.;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

a) dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma, tj. Oferty (...) z dnia 29.05.2013 r.,

b) przesłuchania Stron z ograniczeniem do Powodów,

- na okoliczność braku stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., polegającej na zawarciu porozumienia na lokalnym rynku usług montażu urządzeń służących do pozyskania energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy B., w związku z przetargiem nieograniczonym, organizowanym w ramach zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22.05.2013 r. pn.: „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy B.” polegającego na dokonaniu uzgodnień co do cen składanych ofert.

3) zasądzenie na rzecz Powodów kosztów postępowania według norm przepisanych;

Ponadto odwołujący wnieśli o:

4) przeprowadzenie rozprawy także pod nieobecność Powodów.

Jednocześnie powodowie zastrzegli prawo zgłaszania dalszych wniosków dowodowych w przypadku wystąpienia takiej konieczności w związku z oświadczeniami, które może złożyć Pozwany w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania A. S. (1) oświadczył, że ofertę (...) sporządził sam, osobiście, na podstawie oferty otrzymanej od dostawcy ww. urządzeń. Dodał ponadto, iż fakt łączących przedsiębiorców więzi rodzinnych nie miał wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Odwołujący wskazał, że po odejściu syna - P. S. ze (...), nigdy nie zostało przez przedsiębiorców podjęte wspólne prowadzenie działalności. Przedsiębiorcy nie występowali nigdy także w ramach konsorcjum. Każda z firm działa na swój rachunek,

zatrudnia swoich pracowników, sama poszukuje zleceń i je realizuje. Między firmami nie ma żadnych formalnych, bądź nieformalnych umów o współpracy. Taki stan rzeczy, jak stwierdził odwołujący, miał miejsce również w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego.

Odwołujący wskazali, że przedmiotem udostępnienia był wyłącznie program do kosztorysowania wraz z naniesionym podkładem w treści określonej przez Zamawiającego. Przedmiotem udostępnienia był co najwyżej wyłącznie czysty szablon o treści publicznie dostępnej, określonej jednolicie dla wszystkich Wykonawców przez Zamawiającego. A. S. (1) oświadczył również, iż posługując się warunkami oferty otrzymanymi od firmy (...) (80 kW) ustalił cenę urządzeń z uwzględnieniem marży w wysokości 6.000 zł netto i zaokrągleniu jej wartości do kwoty 76.000 zł netto. Wskazał ponadto, że obaj przedsiębiorcy A. S. (1) i P. S. nie mieli jakiegokolwiek zamiaru wpłynięcia w sposób niedozwolony, tj. zniekształcając rynek, ograniczając albo eliminując konkurencję w przetargu, na wynik lub przebieg postępowania przetargowego w Gminie B.. Zarówno (...) jak i (...) działało w sposób niezależny i autonomiczny, a dążeniem ww. wykonawców każdego z osobna było wygranie przetargu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził w dalszej części, że działania obu przedsiębiorców nie były ukierunkowane na ograniczenie konkurencji wśród uczestników postępowania, zaś ich celem nie było wyeliminowanie niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów. Zdaniem odwołujących nie miała miejsca sytuacja rezygnacji z udziału w przetargu przez jednego lub kilku przedsiębiorców lub wycofania złożonej oferty. Powyższe dowodzi w jego ocenie, iż żaden z przedsiębiorców nie był typowany na zwycięzcę postępowania. Wykonawcy działali samodzielnie, każdy na własne ryzyko, by zagwarantować sobie zyski uczestnicząc w rzeczywistej realizacji cenowej. Ponadto, zwycięzca ww. przetargu (...) nie zatrudnił „przegranego” (...), który uplasował się na trzeciej pozycji, jako podwykonawcę, rekompensując mu w ten sposób celowe złożenie gorszej oferty, co byłoby naturalnym działaniem, gdyby faktycznie miała miejsce zmowa przetargowa. Tę okoliczność w ocenie odwołującego organ całkowicie pominął. Odwołujący dodali również, iż firma (...) zobowiązała się, że w przypadku wybrania jako najkorzystniejszej oferty firmy (...) udostępni swoje zasoby w postaci zdolności finansowych i referencji, na co zezwala art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2013 r., poz. 907 ze zm.). Takie rozwiązanie było dopuszczone przez Zamawiającego w pkt V. (...). Tym samym przedsiębiorcy działali zgodnie z przepisami prawa i skorzystali z przysługującego im uprawnienia. A. S. (1) stwierdził, że (...) i (...) nie zawarli porozumienia mającego na celu wyeliminowanie konkurencji, tym bardziej, że postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego i do udziału w postępowaniu mógł przystąpić każdy wykonawca zainteresowany danym zamówieniem. Przedsiębiorcy nie dopuścili się zmowy przetargowej mającej na celu ograniczenie konkurencji o czym świadczy fakt, iż w ramach niniejszego postępowania przetargowego oferty złożyło aż 11 niezależnych wykonawców.

W zakresie nałożonej kary pieniężnej odwołujący wskazali, iż w niniejszej sprawie nie może być mowy o jakimkolwiek naruszeniu zasad konkurencji, w szczególności poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy ww. przedsiębiorcami, tym samym nałożenie na przedsiębiorców kary pieniężnej, w jego ocenie, jest bezzasadne. Jak wskazali odwołujący, w tym wypadku ceny zaoferowane przez obu przedsiębiorców w przetargu są wyrazem rzeczywistej konkurencji, nadto korzystnej z punktu widzenia rynku zamówień publicznych. Zamawiający, zobowiązany do rozeznania rynku w toku przygotowywania postępowania, badając złożone oferty nie postawił zarzutu rażąco niskiej ceny. Fakt ten przemawia również za przyjęciem bezzasadności zarzutu zawiązania przez przedsiębiorców zmowy przetargowej. W przypadku przyjęcia przez Sąd odmiennego stanowiska, tj. uznania praktyki ograniczającej konkurencję, strona Powodowa z ostrożności wskazuje, iż przyznany przez organ krótki okres trwania naruszenia, brak jakiegokolwiek naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy oraz brak winy przedsiębiorcy i uszczerbku ekonomicznego po stronie Zamawiającego, tj. Gminy B., uzasadniają obniżenie nałożonej kary pieniężnej.

W odpowiedzi na odwołania pozwany Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów wniósł o ich oddalenie oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Zdaniem pozwanego, podobieństwo ofert powoda i przedsiębiorcy (...) P. S. (dalej: (...)), graniczące z identycznością, ze sztucznie wykreowanymi różnicami, nie daje się wytłumaczyć w racjonalny sposób inaczej, niż jako skutek porozumienia.

W tejże decyzji zostały przedstawione ustalenia, wskazujące, że kosztorysy (...) i (...), pokrywają się (co zostało wskazane w zaskarżonej decyzji) w 376 pozycjach na łącznie 393 pozycje (liczby do drugiego miejsca po przecinku), czyli w 95,67% pozycji. To podobieństwo dotyczy zarówno określenia poszczególnych pozycji kosztorysu, co zrozumiale, ponieważ wynika to właśnie z upublicznionego przedmiaru robót (specyfikacja odnosząca się do potrzebnych urządzeń, materiałów i robocizny), ale przede wszystkim dotyczy kwot (składników ceny ryczałtowej, stanowiącej ofertę) przypisanych do poszczególnych pozycji kosztorysu. Jak wskazał pozwany, wbrew sugestii Powoda, z porównania jego oferty i oferty (...) w żadnym razie nie wynika, że w ich przypadku miała miejsce "konieczność całkowicie odrębnego ustalania wszystkich elementów cenotwórczych". Wniosek jest całkowicie odwrotny, z takiego porównania wynika bezspornie znajomość oferty drugiego przedsiębiorcy, jeszcze przed jej złożeniem do przetargu. Oferty innych uczestników przedmiotowego przetargu różniły się pod względem cen (kwot) przypisanych poszczególnym pozycjom kosztorysu, zarówno między tymi przedsiębiorcami, jak i w stosunku do ofert Powoda i (...). Ponadto jak wskazał, różnica pomiędzy ofertą najniższą w przetargu (poza (...)), a najwyższą wynosi w cenach brutto ok. 1.137.000 zł (przy kwocie przeznaczony przez Zamawiającego na realizację zamówienia równej: 2.333.390 zł, co wskazuje, że nie można uzasadniać racjonalnie użycia kosztorysu identycznego w prawie 96% z kosztorysem nominalnego konkurenta, rzekomo z uwagi na zbliżone ceny urządzeń, materiałów i robocizny na rynku. Różnice pozycji kosztorysowych pomiędzy obu przedsiębiorcami zostały, zdaniem pozwanego, wykreowane świadomie, a nie są (ich „równe” kwoty) tylko wynikiem podobieństw w funkcjonowaniu obu przedsiębiorców. Z tabeli przedstawionej na str. 9 zaskarżonej decyzji wynika w sposób jasny wniosek, iż różnice (każdorazowo 10.000 zł) w przypadku kosztorysów dla czterech różnych miejscowości, w sytuacji podawania przez każdego z tych przedsiębiorców kwot z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku, nie powstały w sposób naturalny. Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem takiego stanu jest dokonanie przez jednego z przedsiębiorców, biorących udział w porozumieniu, działania w postaci dodania lub odjęcia od pozycji kosztorysowej drugiego równej kwoty 10.000 zł, co potwierdza wniosek o znajomości ofert.

Ponadto, wbrew temu co twierdzą Powodowie, wytypowanie zwycięzcy przetargu przez jego uczestników nie jest jedyną formą porozumienia przetargowego, przy czym porozumienie nie musi być ostatecznie skonsumowane, wystarczy, że zostanie wykazany jego antykonkurencyjny cel, a takim jest niewątpliwie ograniczenie konkurencji pomiędzy uczestnikami przetargu, jako konsekwencja znajomości ofert.

Wzajemna znajomość ofert przedsiębiorców biorących udział w tym samym przetargu niewątpliwie zniekształca konkurencję. Zważywszy dodatkowo na te same elementarne braki w ofertach (...) i (...), to miarodajny jest wniosek o zapewnieniu sobie możliwości różnego zachowania po ogłoszeniu wyników przetargu, w tym skutkujące odrzuceniem oferty tańszej. Sugerowanie natomiast przez powoda, że brak zatrudnienia (...) jako podwykonawcy to nieuwzględniony argument przeciwko zaistnieniu porozumienia, nie ma wartości z uwagi na inne możliwe sposoby dokonania rekompensaty przedsiębiorcy składającemu ofertę mniej atrakcyjną dla Zamawiającego.

Pozwany uznał, iż faktycznie, każda z kwestionowanych przez Powodów okoliczności (więzy rodzinne, zobowiązanie do udostępnienia zasobów innemu przedsiębiorcy, jednoczesne dostarczenie ofert przetargowych, a także niewspomniane przez Powodów takie same błędy literowe w ofertach), z osobna nie muszą świadczyć o zawarciu zakazanego porozumienia. Jednak **łącznie**, przede wszystkim w powiązaniu z ustaloną znajomością ofert w odniesieniu do pozycji cenowych kosztorysu, stwarzają silne domniemanie zawarcia porozumienia przetargowego w postaci wyłączenia konkurencji pomiędzy powodem i (...).

W zakresie nałożonej kary pieniężnej, Prezes UOKiK uznał mając na uwadze stan faktyczny sprawy, że obaj przedsiębiorcy (...) i (...) w najważniejszym aspekcie swojej działalności gospodarczej - udziale w przetargu dokonali świadomie przedmiotowych uzgodnień, co uzasadnia zastosowanie przesłanki winy w trakcie wymiaru kary.

Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

A. S. (1), prowadzi zarejestrowaną działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). A. S. (1) z siedzibą w B., w zakresie której wykonuje instalacje sanitarne we wszystkich technologiach, w tym pompy ciepła, oraz sieci i przyłącza wodociągowe. /k. 70, k. 129 t. 1; k. 204, t. 2 akt adm./

P. S., prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) P. S. z siedzibą: (...), (...)-(...) K., zajmując się m.in. wykonawstwem instalacji wodno-kanalizacyjnych i ciepłych. /k. 130, t. 1; k. 203, t. 2 akt adm./

Gmina B. (Zamawiający) zorganizowała przetarg nieograniczony, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w ramach zamówienia publicznego, ogłoszony w dniu 22.05.2013 r., pod nazwą „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy B. (ogłoszenie o przetargu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr (...)). /k. 210, t. 2 akt adm./

W dniu 22.05.2013 r. na stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie Gminy B., dotyczące udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w celu zawarcia umowy na montaż urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych tj.: pomp ciepła i kolektorów słonecznych w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy B.. Projekt był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007-2013. /k. 220-228, t. 2 akt adm./

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia ((...)) detaliczny zakres zamówienia obejmował (k-220) wykonanie pomp ciepła i kolektorów słonecznych w budynkach (głównie szkoły), w kilku miejscowościach Gminy B., ich rozruch, szkolenie użytkowników i serwis. Kwota środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia miała być ujawniona bezpośrednio przed jawnym otwarciem ofert. Jedyne kryterium oceny złożonych ofert stanowiła cena i miała ona charakter ryczałtowy, tj. odnosiła się do całości przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze (...) ustalenie ceny przez oferentów polegało na zsumowaniu wartości netto wszystkich kosztorysów i doliczeniu wartości podatku VAT. /k. 229-263, t. 2 akt adm./

W przetargu zostało złożonych 11 ofert. /k. 533, t. 3 akt adm./

Tabela nr 1 zawierająca oferty złożone w przetargu

(kolejność od ceny najniższej - wygrywającej, do najwyższej)

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena brutto w zł
1.	Zakład (...)	1.588.079
2.	A. S. (1) Konsorcjum PHU (...) oraz Zakład Usługowo-Handlowy (...)	1.640.862
j.	(...) P. S.	1.655.976
4.	PHU (...)	1.762.248

5.	(...) Sp. z o.o.	1.865.684
6.	(...) Sp. z o.o.	1.965.549
7.	(...) B. Ł. i wspólnik Sp.J.	2.175.870
8. 9.	Przedsiębiorstwo (...) (...) H. W. Zakład (...), (...) (...) L. W.	2.240.860 2.412.098
10.	(...) Sp. J. J. S., A. S.	2.450.702
11.	(...) Sp. z o.o.	2.778.191

Otwarcie ofert w przedmiotowym przetargu nastąpiło w dniu 06 czerwca 2013 r. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę w wysokości 2.333.390,00 zł brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferowane kwoty za wykonanie zamówienia sięgały od 1.588.079,51 zł do 2.778.191,43 zł. Zgodnie z jedynym kryterium oceny ofert w postaci wysokości oferowanej ceny trzy najniższe oferty zostały złożone przez:

1. Zakład (...) A. S. (1) z siedzibą w B. - kwota 1.588.079,51 zł;
2. Konsorcjum: S. K. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) z/s w K. i Zakład Usługowo-Handlowy (...) z/s w M. - kwota 1.640.862,96 zł;
3. (...) P. S. z siedzibą: I. - kwota 1.655.976,49 zł. **/k. 24-27, t. 1 akt adm./**

Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, ani nie wykluczył żadnego z oferentów. Natomiast oferenci zostali wezwani do uzupełnienia brakujących dokumentów i wyjaśnień. **/k. 30, k. 65, t. 1 akt adm./**

Zgodnie z protokołem Komisji Przetargowej z dnia 03.07.2013r. odpowiednie uzupełnienia zostały przez oferentów dokonane. W przypadku oferty wygrywającej, tj. oferty (...) uzupełnienie wynikało z braku dołączenia, do złożonej oferty, dokumentów, których **konieczność złożenia wynikała wprost** z rozdziału VI pkt V ppkt ii 2 (...). Przedmiotowymi dokumentami były schematy i parametry techniczne instalacji solarnych i pomp ciepła, podstawowych urządzeń, które w ramach realizacji zamówienia miały być instalowane. (...) został wezwany do uzupełnienia **dokładnie tego samego braku** co (...), jak również dokumentów dotyczących podmiotu (...), na zasoby którego (...) się powoływał, wykazując spełnienie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis z CEiLDG, zaświadczenia o nie zaleganiu z podatkami oraz składkami ZUS, informacja z Krajowego Rejestru Karnego). **/k. 532, t. 3 akt adm.; k.30, k. 33, k. 34, k. 35-64, t. 1 akt adm.; k. 65, k. 68-104 t. 1 akt adm.; k. 105, k. 107-108, k. 109-111, t. 1 akt adm.; k. 112-113, k. 117-118, t. 1 akt adm.; k. 502, t. 3 akt adm.; k. 528 i k. 530; k. 529 i k. 531, t. 3 akt adm./**

(...) i (...) zostali również wezwani przez Zamawiającego do wyjaśnienia, czy nie istnieje pomiędzy nimi związek, określany jako przynależność do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu powołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarówno (...), jak i (...), potwierdzili oświadczenia złożone w ramach swoich ofert, tj., iż nie należą do grupy kapitałowej, a ponadto (...) stwierdził, że obaj przedsiębiorcy prowadzą odrębną, samodzielną działalność gospodarczą, we własnym imieniu i na własny rachunek. **/k. 105, k. 112, t. 1 akt adm./**

W toku postępowania przetargowego jeden z oferentów występujących w ramach konsorcjum, tj. S. K. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe z/s w K. (dalej: PHU), na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami tejże ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postaci wyboru oferty (...), w kontekście zaniechania czynności odrzucenia ofert (...) i (...) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 tej ustawy. PHU wskazało przy tym na niemalże identyczność ofert tych obu przedsiębiorców w zakresie kosztorysów, ich powiązania rodzinne, ten sam numer faksu. Gmina B. stwierdziła w odpowiedzi, iż brak jest podstaw do uznania ofert (...) i (...), jako wyniku zmowy cenowej, ponieważ kosztorysy pełniły jedynie funkcję pomocniczą do ustalenia ceny ryczałtowej. Drugi uczestnik w/w konsorcjum, tj. Zakład Usługowo-Handlowy (...) w M. (dalej: ZU-H) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnioski o przeprowadzenie kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania przetargowego, wskazując na znowę przetargową (...) i (...) oraz w związku z tym, bezzasadny wybór najkorzystniejszej oferty. **/k. 122-149, k. 176-200, t. 1 akt adm.; k. 534-536, k. 537, k. 538-557, t. 3 akt adm./**

W wyniku postępowania przetargowego zamówienie zostało udzielone (...), jako przedsiębiorcy oferującemu najniższą cenę. W dniu 17.07.2013 r. została zawarta umowa Nr (...) pomiędzy Gminą B., a (...). **/k. 559, t. 3 akt adm./**

Zgodnie ze (...) cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia była ceną ryczałtową, co oznaczało, że oferent powinien zsumować wartość netto wszystkich kosztorysów (poszczególnych części zamówienia) i do całości doliczyć wartość podatku VAT. **/k. 242, t. 2 akt adm./**

Wskazana cena powinna być ustalona na podstawie projektu budowlanego, przedmiaru robót i stanu terenu. Zgodnie z wzorem umowy, jaka miała być zawarta z podmiotem wygrywającym przetarg, stanowiącym załącznik nr (...) do (...) wynagrodzenie uwzględnia płatność za wszystkie obowiązki wybranego wykonawcy oraz koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Wzór umowy wskazywał następujące zadania i koszty przyszłego wykonawcy:

1. zabezpieczenie i oznakowanie terenu;
2. koszt robót budowlanych;
3. koszt urządzenia placu budowy i zaplecza;
4. koszt ubezpieczenia budowy;
5. koszt utrzymania i dozoru placu budowy;
6. koszty zużycia wody i energii;
7. prowadzenie dokumentacji budowy i przygotowanie dokumentacji powykonawczej;
8. koszty robót porządkowych;
9. koszty prac remontowych (po właściwych pracach budowlanych);
10. koszty dokumentacji geologicznej;
11. inne, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. **/k. 257, t. 2 akt adm./**

1. W ofertach wykonawców znalazły się kosztorysy ofertowe na każdy fragment prac, w konkretnej miejscowości, w ramach montażu, w budynkach użyteczności publicznej, urządzeń służących pozyskaniu energii ze źródeł odnawialnych; Kosztorysy te zostały przygotowane na podstawie wyceny szacunkowej (przedmiar robót); suma kwot netto, wynikających z w/w kosztorysów z doliczonym następnie podatkiem VAT stanowiła cenę ryczałtową, będącą ofertą (sposób tego obliczenia); przedmiary robót były udostępnione przez Gminę na stronie internetowej: (...) obok

określenia urządzeń i materiałów w przedmiarach znajdowała się również ich ilość, bez jakiegokolwiek odniesienia do wartości; /k. 242, t. 2 akt adm./

2. Na podstawie analizy poszczególnych pozycji uproszczonych kosztorysów ofertowych, zawartych w ofertach (...) i (...) można stwierdzić ich daleko idące **podobieństwo, graniczące z identyfikacją**; kosztorysy (...) i (...) pokrywają się w 376 pozycjach na łącznie 393 pozycje (liczby do drugiego miejsca po przecinku), czyli w 95,67% pozycji; /k. 282-334; k. 361-412, t. 2 akt adm./

3. pozycje kosztorysów (...) i (...) **wyceniane indywidualnie** (podstawą wyceny jest indywidualna analiza kosztów, w pozostałych pozycjach podstawą były, wynikające z przedmiarów, Kosztorysowe Normy Nakładów Rzeczowych) we wszystkich - 36 pozycjach **mają identyczne wartości**; /k. 282-334; k. 361-412, t. 2 akt adm./

4. występujące nieliczne różnice pomiędzy pozycjami kosztorysowymi ofert (...) i (...) dotyczą przede wszystkim, w odniesieniu miejscowości, w których miało być wykonywane zamówienie, pierwszych pozycji kosztorysu ofertowego w dziale „Urządzenia kotłowni” (pompa ciepła); różnice takie zachodzą w sześciu na siedem miejscowości, jednakże mają one bardzo specyficzny charakter ponieważ każdorazowo różnicę pomiędzy pozycją kosztorysową (...), a (...) stanowi **równa kwota**; obrazuje to poniższa tabela: /k. 282, k. 290, k. 298, k. 306, k. 319, k. 327; k. 361, k. 369, k. 377, k. 385, 392, k. 397 – t. 2 akt adm.; k. 405, t. 3 akt adm./

Tab. Nr 2. Porównanie pozycji kosztorysów ofertowych (...) i (...) w dziale „Urządzenia kotłowni”, w zł.

miejsowość	(...)	(...) różnica	
H.	94.647,22	104.647,22	10.000
C.	94.647,22	104.647,22	10.000
O.	94.647,22	104.647,22	10.000
S.	27.016,64	29.016,64	2.000
D.	pozycja „Urządzenia kotłowni” nie występuje		
G.	94.647,22	104.647,22	10.000
K.	36.935,72	37.935,72	1000

5. różnica pomiędzy ofertami (...) 1.291.121,55 zł i (...) - zł (4,27%); z kolei aż **na 78%** tej niewielkiej w stosunku do całości oferty różnicy **składają się różnice, wskazane w powyższej tabeli**; należy przy tym zaznaczyć, że pozostała część omawianej różnicy wynika z różnych wielkości (kosztorys odnosił się oddzielnie do każdej z miejscowości, w których miało być realizowane zamówienie publiczne) **zawsze tych samych pozycji kosztorysu** ofertowego, zawartych w dziale „automatyka”;

6. Ustalona w (...) (k-239) wielkość wadium była równa 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych); Zamawiający miał prawo zatrzymania wadium m.in. w przypadku odmowy podpisania umowy przez podmiot wygrywający przetarg lub gdy zawarcie takiej umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (np. brak uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty); /k. 239, t. 2 akt adm./

7. oferty (...) i (...) miały numery nadane przez Zamawiającego: (...) i (...), analiza kolejnych ofert, tj. nr (...) (Zawiadamiający) i (...) wykazała, że **ani jedna ich pozycja się nie pokrywa**, pozycje kosztorysowe ofert **nr (...) i (...) nie pokrywają się także w żadnej pozycji z ofertami nr (...) i (...)**; /k 131-146, t. 1 akt adm./

8. w (...) dopuszczono, w rozdziale V możliwość skorzystania przez oferentów z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i zdolności finansowych innych podmiotów, co miało być udowodnione przez przedstawienie pisemnego zobowiązania takich podmiotów do oddania, do dyspozycji, niezbędnych zasobów w związku z wykonywanym zamówieniem; (...) w swojej ofercie zawarł **zobowiązanie (...) do udostępnienia na rzecz (...)**, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, zasobów w postaci zdolności finansowych: ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (na kwotę nie mniejszą niż 250 tys. zł) oraz posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej (nie mniej niż 250 tys. zł); /k. 232, t. 2 akt adm./

9. w obu ofertach, złożonych kolejno po sobie (numery ofert to: (...) i (...), złożone o godz. 9.26 i 9.27), występuje **ten sam błąd literowy**, w nazwie miejscowości ((...) zamiast G.), jak również **na kopertach z ofertami** znalazł się **ten sam błąd literowy** („termonem" zamiast terminem); /k. 335, t. 2 akt adm.; k. 413, t. 3 akt adm./

10. w obu ofertach został podany **ten sam numer** faksu; /k. 264, k. 342, t. 2 akt adm./

11. adres mailowy podany w ofercie przetargowej (...) to (...), natomiast strona (...) reklamuje usługi innego uczestnika tego samego przetargu, tj. (...). /k. 342, k. 264, t. 2 akt adm./

12. przedsiębiorcy są blisko **powiązani rodzinnie**; A. S. (1) ((...)) jest ojcem P. S. (...); /k. 154-158, t. 1 akt adm.; k.530-531, t. 3 akt adm./

Bezspornym jest również, że oferty powodów różniły się między sobą zastosowaniem urządzeń różnych producentów. A. S. (1) korzystał z urządzeń firmy (...) zaś P. S. firmy (...). Bezspornym jest również, że zamawiający określił przedmiary robót a także zastrzegł sobie możliwość odrzucenia oferty w przypadku uznania „ z powodu nierównoważności zamienników” – (k.221 akt admin.).

Z oświadczeń przekazanych przez (...) oraz (...) wynika, że poza przedmiotowym przetargiem w Gminie B., nie uczestniczyli oni jednocześnie w żadnych innych przetargach. /k. 155, t. 1 akt adm., k. 586, k. 578, t. 3 akt adm./

(...) i (...) przedstawili informacje i dokumenty dokumentujące wysokość uzyskanych przez nich w przychodów 2013 roku. Przychód (...) wyniósł (...) zł, a (...) był równy (...) zł. /k. 578, k. 579-585, t. 3 akt adm.; k. 586, k. 587-592, t. 3 akt adm./

Powyższe fakty są bezsporne pomiędzy stronami postępowania. Zgromadzone w sprawie dokumenty nie budzą wątpliwości Sądu, nie były też kwestionowane przez strony postępowania.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zakazane są zatem wszelkie uzgodnienia przedsiębiorców przystępujących do przetargu

co do warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny jednak ich celem lub skutkiem musi być wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Prezes UOKiK zarzucając naruszenie powyższego przepisu obowiązany był wykazać, zarówno fakt dokonania uzgodnień jak i jego cel lub skutek. Wobec braku dowodów bezpośrednich pozwany mógł posłużyć się domniemaniem faktycznym (art.231 k.p.c. w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Treścią domniemania faktycznego jest uznanie za istniejący określonego faktu wynikającego z wzajemnego, logicznego związku pomiędzy innymi, ustalonymi faktami i sądami o tych faktach.

W ocenie Sądu, w przedmiotowej sprawie bezsporna zbieżność kosztorysów sporządzonych przez obydwu powodów przy równoczesnym istniejącym pomiędzy nimi powiązaniu rodzinnym uzasadnia wniosek że dokumenty te były sporządzane wspólnie lub jedno z nich zostało sporządzone na podstawie drugiego. W tym drugim przypadku oznacza to, że jeden z przedsiębiorców udostępnił istotny element własnej oferty przetargowej drugiemu, co odpowiada definicji zawartej w art.4 pkt 5 b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zbieżność treści dokumentów nie daje jednak podstaw do domniemania co do celu (wobec braku stwierdzonych skutków) takiego działania. Zachowanie się powodów mogło wynikać z wielu przyczyn np. jako forma pomocy w ramach relacji rodzinnej, jako działanie w celu złożenia dwóch ofert z wykorzystaniem urządzeń dwóch różnych firm lub też uzyskania możliwości manipulowania wynikiem przetargu (np. poprzez doprowadzenie do odrzucenia oferty korzystniejszej na rzecz drugiej, droższej).

Wobec braku innych ustaleń, w ocenie Sądu, z faktu uzgodnień w zakresie kosztorysu nie można nie można wyprowadzić domniemania co do ich celu a w szczególności że jest nim wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W szczególności Prezes UOKiK nie wykazał, że przedsiębiorcy znali wzajemnie oferty przed ich złożeniem. Nie wykazał także, że celem nie było złożenie dwóch ofert z wykorzystaniem urządzeń różnych producentów. Działanie takie wprawdzie prowadziło do obejścia warunków przetargu, który pozwalał przedsiębiorcy na złożenie tylko jednej oferty to jednak nie naruszało konkurencji w odniesieniu do interesu publicznego. Rezultatem była bowiem większa liczba ofert i większa ich różnorodność merytoryczna.

Zauważyć przy tym należy, że warunki przetargu (pkt II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu k-221 akt admin.) pozwalały zamawiającemu w sposób uznaniowy w oparciu o ocenę autora dokumentacji projektowej, odrzucić ofertę „z powodu nierównoważności zaproponowanych zamienników”. Złożenie dwóch ofert z zastosowaniem technologii różnych firm niewątpliwie zmniejszało ryzyko odrzucenia oferty.

W świetle powyższego uznać należało, że pozwany nie udowodnił wszystkich przesłanek z art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez pozwanych, a zatem nie wykazał, że istniała podstawa do wydania zaskarżonej Decyzji.

Zaskarżoną Decyzję należało zatem uchylić na podstawie art.479^{31a} § 3 k.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sporu zasądzając na rzecz powodów koszty postępowania, a w odniesieniu do A. S. (1) dodatkowo koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 § 1 k.p.c.).