

Sygn. akt XVII AmA 71/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2018 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Dariusz Dąbrowski**

Protokolant: stażysta Wioleta Donoch

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2018 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w K.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

przy udziale zainteresowanego **Syndyka Masy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W.**

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2014 roku nr (...)

1. oddala odwołanie

2. zasądza od powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w K. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt XVII AmA 71/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2014 roku Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez:

1. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dawniej: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.) oraz

2. (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W.

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu i oprogramowania służącego do identyfikacji osób na podstawie danych biometrycznych przeznaczonego dla państwowych jednostek powołanych

do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do prowadzonego przez Komendę Główną Policji przetargu na zakup i dostawę bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych (sygn. (...)), warunków składanych ofert i stwierdził jej zaniechanie z dniem 28 sierpnia 2012 r.

II. na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 97 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) oraz w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) odmówił zawieszenia postępowania antymonopolowego wszczętego przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dawniej: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.) oraz (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. w sprawie podejrzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu i oprogramowania służącego do identyfikacji osób na podstawie danych biometrycznych przeznaczonego dla państwowych jednostek powołanych do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do prowadzonego przez Komendę Główną Policji przetargu na zakup i dostawę bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych (sygn. (...)), warunków składanych ofert.

III. 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.) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie określonym w pkt I sentencji Decyzji nałożył na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dawniej: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.) karę pieniężną w wysokości 93.749,52 zł (słownie: dziewięćdziesiąt trzy tysiące siedemset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt dwa grosze), płatną do budżetu państwa.

IV. na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 264 § 1 i art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciążył (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dawniej: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.) kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 90,89 zł (słownie: dziewięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej Decyzji.

Powód - (...) z siedzibą w W. (dawniej: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.) wniósł odwołanie od przedmiotowej Decyzji, zaskarżając ją w zakresie pkt I, III, IV w całości.

Skarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej u.o.k.k., Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. oraz art. 233 kpc w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez stwierdzenie zawarcia porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji, pomimo braku dowodów wskazujących na okoliczność zawarcia porozumienia oraz poprzez nieudowodnienie przez pozwanego, że powód naruszył przepis art. 6 ust. 1 punkt 7 u.o.k.k.;

2. naruszenie art. 235 kpc w zw. z art. 232 kpc w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego oraz wydanie Decyzji wyłącznie na podstawie wybranych i niepełnych dokumentów, tj. protokołów przesłuchania podejrzanych oraz jednej opinii biegłego, zgromadzonych na potrzeby śledztwa, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, podczas gdy dowody przeprowadzone w innej sprawie mogą być wykorzystane jedynie jako materiał pomocniczy przy ocenie wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych bezpośrednio przed organem, wydającym rozstrzygnięcie - pozwanym,

co ponadto uniemożliwiło powodowi zweryfikowanie treści pochodnych dowodów z uwagi na to, że treść wskazanych protokołów wielokrotnie odsyłała do transkrypcji rozmów telefonicznych oraz do innych dowodów zebranych w toku śledztwa a niezgromadzonych w postępowaniu antymonopolowym;

3. naruszenie art. 235 kpc w zw. z art. 261 § 2 kpc w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez oparcie ustaleń faktycznych wyłącznie na treści protokołów przesłuchań osób, mających status podejrzanych w toku śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie a wezwanych przez Prezesa UOKiK na rozprawę administracyjną w charakterze świadków, którzy w toku rozprawy powołując się na art. 261 § 2 kpc odmówili udzielenia odpowiedzi na pytania w związku z możliwością narażenia się na odpowiedzialność karną, przez co pozwany w sposób nieuprawniony dopuścił się obejścia art. 261 § 2 kpc oraz w konsekwencji Prezes UOKiK oparł ustalenia faktyczne sprawy na dowodzie bezprawnym;

4. naruszenie art. 244 § 1 kpc w zw. z art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez ustalenie na podstawie dowodu z dokumentu tj. z protokołów przesłuchania podejrzanych, zgromadzonych w sprawie przed Prokuraturą Apelacyjną w Warszawie, okoliczności zawarcia rzekomego porozumienia ograniczającego konkurencję, podczas gdy protokoły wyjaśnień, zaliczone w poczet materiału dowodowego postępowania antymonopolowego, stanowią jedynie dowód na okoliczność złożenia przez podejrzanych wyjaśnień określonej treści przed Prokuraturą Apelacyjną w Warszawie;

5. naruszenie art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 227 kpc w zw. z art. 231 kpc oraz art. 232 kpc w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, przekroczenie granic swobodnej jego oceny poprzez wadliwą, cechującą się dowolnością oceną materiału dowodowego z absolutnym pominięciem, że konstrukcja domniemania faktycznego zakłada udowodnienie jego podstawy i dopiero tak stwierdzone fakty bazowe mogą stanowić przesłankę dalszego wnioskowania,

co doprowadziło według powoda do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy i do wydania Decyzji nieznajdującej oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym oraz z pominięciem całokształtu okoliczności dotyczących przetargu na zakup i dostawę 1.057 sztuk bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych, polegającej na:

a) wyciągnięciu wniosku o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję jedynie z przebiegu przetargu na zakup i dostawę 1.057 sztuk bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych, to jest jedynie z okoliczności, że powód wygrał przetarg, bez udowodnienia okoliczności i ustalenia prowadzenia skoordynowanych czynności przez powoda i (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. celem i w zakresie zarzucanego porozumienia;

b) sprzecznym z zasadami logiki uznaniu, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci ustalenia zachowania (...) w przetargu, podczas gdy pozwany wprost przyznaje, że ostateczny przebieg realizacji porozumienia był inny niż pierwotnie przyjęty (str. 10 Decyzji),

co ponadto wskazuje na wadliwe uznanie pozwanego, jakoby przebieg postępowania przetargowego wskazywał na zakres i treść rzekomo zawartego porozumienia ograniczającego konkurencję;

c) wadliwym uznaniu za wiarygodne treści wyjaśnień złożonych przez podejrzanych w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, z pominięciem charakteru dowodu z wyjaśnień podejrzanych w sprawie karnej oraz poprzez wadliwe oparcie oceny wiarygodności tychże wyjaśnień jedynie na podstawie przebiegu przetargu na zakup i dostawę 1.057 sztuk bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych;

d) sprzecznym z ustaleniami, opartymi na treści wyjaśnień podejrzanych w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, uznaniu, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem i (...)pomimo uznania, że „ostatecznie, niezależnie od pierwotnych ustaleń, (...) złożyła w Przetargu samodzielną ofertę na dostawę sprzętu” (str. 10 Decyzji);

e) wadliwym uznaniu, że powód ustalił z (...) cenę oferty powoda oraz, że (...) przekazał powodowi cenę trzeciego oferenta - tj. spółki (...) S. A. z siedzibą w G.,

podczas gdy pozwany nie przeprowadził żadnego dowodu na powyższą okoliczność, okoliczność ta nie wynika z przedłożonych do akt postępowania antymonopolowego protokołów wyjaśnień podejrzanych w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie;

f) wadliwym uznaniu, że powód miał świadomość, wiedzę oraz zawarł porozumienie z (...) w przedmiocie działań (...) podjętych wspólnie ze spółką (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. oraz ze spółką (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,

podczas gdy pozwany nie przeprowadził żadnego dowodu na powyższą okoliczność, materiał dowodowy sprawy, w szczególności treść wyjaśnień złożonych w postępowaniu antymonopolowym przez spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. oraz spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazuje na to, że powód nie uczestniczył w żadnych czynnościach i działaniach dotyczących udziału (...) w przetargu;

g) wadliwym uznaniu, że powód miał świadomość, wiedzę i zawarł porozumienie z (...) w przedmiocie wykluczenia (...) z przetargu poprzez brak zapłaty wadium,

podczas gdy pozwany nie przeprowadził żadnego dowodu na powyższą okoliczność, a materiał dowodowy sprawy, w szczególności treść wyjaśnień złożonych w postępowaniu antymonopolowym przez spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. oraz spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazuje na to, że powód nie uczestniczył w żadnych czynnościach i działaniach dotyczących udziału (...) w przetargu;

h) błędnej i dowolnej ocenie dowodu z treści wiadomości sms, zestawionych w opinii biegłego dla Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie, w szczególności wiadomości o treści wskazanej na str. 10 Decyzji, poprzez uznanie, że treść wskazanych wiadomości jednoznacznie wskazuje na zawarcie przez powoda i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję,

podczas gdy swobodna ocena tychże wiadomości daje w opinii powoda podstawy do formułowania wniosków przeciwnych tj. o nieistnieniu żadnej zmywy przetargowej oraz tym samym nie pozwala na przyjęcie, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci uzgodnienia warunków ofert składanych w toku prowadzonego przez Komendę Główną Policji przetargu na zakup i dostawę 1.057 sztuk bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych oraz

i) błędnej i dowolnej ocenie dowodu z protokołów wyjaśnień podejrzanych, zaliczonych w poczet materiału dowodowego postępowania antymonopolowego, uznanych przez pozwanego za wiarygodne (str. 17 Decyzji), na podstawie których Prezes UOKiK

poczynił ustalenia stanu faktycznego, będące podstawą rozstrzygnięcia o stwierdzeniu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję,

podczas gdy z tychże protokołów wynika zdaniem powoda, że:

- wysoka cena, którą zaoferował (...) nie była w pierwszym etapie ważna, ponieważ „liczył (A. P.) na znacznie większą liczbę oferentów i konieczną wtedy aukcję” (por. str. 6 wyjaśnień A. P. z 13 lutego 2013 r.);

- A. P. nie był nawet pewien, czy Powód złoży własną ofertę (por. str. 6 wyjaśnień A. P. z 13 lutego 2013 r.);

- „uzgodnienia były takie przecież, że (...) nie startuje, (...) też nie, dlatego miał startować z (...). [...] T. przecież nie wiedział, że w naszej ofercie (...) brakowało wadium.” (por. str. 6 wyjaśnień A. P. z 13 lutego 2013 r.);

- nie doszło do uzgodnienia, że (...) nie zapłaci wadium: „Pytanie: czy podejrzany przed zakończeniem postępowania przetargowego wiedział, że w wyniku poczynionych wcześniej ustaleń drugi etap postępowania, jakim jest aukcja, nie dojdzie do skutku? Odpowiedź: po otwarciu ofert wiedziałem, że aukcja nie dojdzie do skutku. Reszta o tym nie wiedziała, ponieważ w tamtym momencie tylko my wiedzieliśmy, że nie wpłaciliśmy wadium, więc nasza oferta nie może wziąć udziału w aukcji.” (por. wyjaśnienia A. P. z 18 lutego 2013 r.);

- rozmowy powoda (jeśli takowe miały miejsce) z przedstawicielami (...) S.A. były negocjacjami „partnerów o ograniczonych zaufaniu handlowym i ostatecznie moje decyzje były podejmowane dopiero w ostatnim momencie”

(por. str. 5 wyjaśnień A. T. z 12 lutego 2013 r.), zatem do chwili otwarcia ofert nikt z biorących udział w przedmiotowym przetargu nie miał pewności co do ilości oferentów i cen, jakie zostaną przez nich zaproponowane;

j) wadliwym i sprzecznym z zasadami logiki oraz nieznajdującym oparcia w materiale dowodowym sprawy ustaleniu, że „ostateczna cena uzyskana przez zamawiającego była wyższa, niż cena którą zamawiający mógł uzyskać w warunkach konkurencyjnego przetargu”, a na dodatkowe obniżenie ceny mogłaby mieć również wpływ aukcja internetowa,

podczas gdy cena zawarta w ofercie powoda była niższa niż szacowana przez zamawiającego (Komenda Główna Policji) wartość zamówienia, a zatem odpowiadała przewidywaniom zamawiającego, a fakt, iż wygrała oferta o cenie niższej niż szacowana wartość zamówienia świadczy o realizacji celów postępowania przetargowego;

k) błędnej i dowolnej ocenie dowodu z pisma spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. z 12 września 2014 r. (karta 475 i nn.) skierowanego do Prezesa UOKiK oraz pisma spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. skierowanego do Prezesa UOKiK (karta 471-474) poprzez uznanie, że treść pisma oraz załączonej do niego korespondencji email dowodzi, że działania podjęte przez (...) w zakresie niewniesienia wadium oraz złożenia oferty z wyższą niż powód ceną były częścią rzekomej zмовы przetargowej,

podczas gdy z treści przedmiotowych pism wynika wyłącznie fakt braku możliwości uzyskania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. niezbędnej do udziału w przetargu dokumentacji;

l) błędnej i dowolnej ocenie dowodu z pisma spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. z 12 września 2014 r. (karta 475 i nn.) skierowanego do Prezesa UOKiK oraz pisma spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. skierowanego do Prezesa UOKiK (karta 471-474) poprzez uznanie, że istniała hipotetyczna możliwość uzyskania w przedmiotowym przetargu tańszej oferty w związku z zaproponowaniem (...) przez spółkę (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. ceny w kwocie 6.877.581,90 zł (por. str. 13 uzasadnienia Decyzji),

podczas gdy powyższa cena jest ceną hurtową zaoferowaną przez podmiot, który nie posiadał i nie mógł uzyskać jakichkolwiek referencji a zatem nie miał doświadczenia w realizacji podobnych przetargów, a fakt, że nieposiadający referencji podmiot złożył w ostatniej chwili propozycję dostawy przedmiotu przetargu w określonej cenie nie może w żadnym razie prowadzić do wniosku, że zaoferowana przez (...) Sp. z o.o. cena jest wyznacznikiem potencjalnej ceny rynkowej, jaką mógł uzyskać zamawiający;

m) brak udowodnienia umyślności powoda, której wykazanie miało w ocenie pozwanego uzasadniać nałożenie kary określonej w punkcie IV Decyzji;

6. naruszenie art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie kary pieniężnej pomimo nieudowodnienia stosowania praktyk ograniczających konkurencję;

7. naruszenie art. 106 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 8 kpa poprzez nałożenie kary pieniężnej w sposób dowolny i orzeczenie w kwocie nadmiernie wygórowanej i niewspółmiernej do rzekomego naruszenia prawa.

Mając na względzie powyższe zarzuty powód wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz uchylenie zaskarżonej Decyzji w zaskarżonej części (punkt I, III i IV decyzji), względnie, w przypadku niepodzielenia przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zarzutów odwołania co do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I skarżonej Decyzji wniósł o uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów co do rozstrzygnięcia o nałożeniu na powoda kary pieniężnej (punkt III decyzji) oraz uchylenie punktu III zaskarżonej Decyzji. Ponadto powód wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Powód wniósł też o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców dla powoda (załącznik nr 1) na okoliczność jego treści oraz danych powoda ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców;

2. z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK w sprawie (...) a to z:

- postanowienia Prezesa UOKiK z 20 grudnia 2013 r.;
- postanowienia Prezesa UOKiK z 20 grudnia 2013 r.;
- postanowienia Prezesa UOKiK z 29 sierpnia 2014 r.;
- postanowienia Prezesa UOKiK z 27 listopada 2014 r.;
- protokołu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2013 r.;
- pisma Krajowej Izby Odwoławczej z 1 września 2014 r.;
- decyzji Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r.;
- protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dotyczących przetargu na zakup i dostawę 1.057 sztuk bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych dla posiadanych przez Policję mobilnych terminali noszonych (...) wraz z niezbędnymi sterownikami i bibliotekami o sygn. (...);
- pisma Komendy Głównej Policji z 04 września 2014 r. wraz z załącznikami;
- formularza ofertowego powoda do przetargu na zakup i dostawę 1.057 szt. bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych dla posiadanych przez Policję mobilnych terminali noszonych (...) wraz z niezbędnymi sterownikami i bibliotekami wraz z załącznikami;
- odwołania powoda z 11 marca 2013 r. od unieważnienia czynności wyboru oferty powoda, odrzucenia oferty powoda i unieważnienia postępowania;
- pisma (...) Sp. z o.o. z 12 września 2014 r. wraz z załącznikami;
- pisma (...) Sp. z o.o. z 09 września 2014 r.

na okoliczność ich treści oraz celem ustalenia okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Powód wniósł również o ograniczenie w niniejszym postępowaniu (...), względnie syndykowi masy upadłości (...), prawa wglądu do konkretnych informacji. Wniosek ten został odrzucony postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 07 stycznia 2016 r.

Pozwany złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów z akt postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-7/13/KS, załączonych do niniejszej odpowiedzi na odwołanie tj.:
 - pisma Prezesa UOKiK z dnia 23 lipca 2014 r. do Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie del. do Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie, pana R. M. z prośbą o wyrażenie zgody na włączenie wskazanych w piśmie dokumentów do akt postępowania antymonopolowego;
 - pisma Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie z dnia 12 sierpnia 2014 r. w sprawie wyrażenia zgody na włączenie do akt postępowania antymonopolowego wskazanych w ww. piśmie dokumentów;
 - pisma Prezesa UOKiK z dnia 17 października 2014 r. do Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie del. do Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie, pana R. M. z prośbą o przekazanie kopii „Opinii biegłego w sprawie odzyskania

i interpretacji danych odczytanych z nośników zabezpieczonych u A. T. z dnia 14.02.2014 r." oraz o wyrażenie zgody na włączenie ww. dokumentu do akt postępowania antymonopolowego;

- zarządzenia Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie w przedmiocie rozpoznania wniosku o wydanie kopii z akt śledztwa z dnia 22 października 2014 r.

na okoliczność udzielenia zgody przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie na włączenie powyższych pism do akt postępowania antymonopolowego;

3. zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Strony podtrzymały swoje stanowisko na rozprawie.

(...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. nie zajął stanowiska w sprawie.

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 14 lipca 2012 r. Komenda Główna Policji ogłosiła przetarg na zakup i dostawę 1057 szt. bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych dla posiadanych przez Policję mobilnych terminali noszonych (...) wraz z niezbędnymi sterownikami i bibliotekami (przetarg nr (...)). Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE pod nr (...). Zamówienie było współfinansowane przez unijny Fundusz Granic Zewnętrznych na lata 2007-2013 będący częścią Programu „Solidarność i zarządzanie przepływami migracyjnymi”. Termin składania ofert w przetargu wyznaczono na 21 sierpnia 2012 r. godz. 10:30.

Dowód: Pismo KGP do Prezesa UOKiK z dnia 04 września 2014 r. k. 462 akt adm., Odwołanie EAS Envimet k. 433 akt adm.

Urządzenia, na które ogłoszono przetarg musiały być kompatybilne z policyjnym systemem (...) ((...) (...)). (...) używany przez Policję został stworzony w oparciu o technologię dostarczoną przez spółkę (...) (obecnie: (...)). (...) jest jednocześnie producentem bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych (...) ((...)), które spełniały wymogi dla tych urządzeń opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ww. przetargu.

Warunkiem dopuszczenia do udziału w przetargu było wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert jednej lub więcej dostaw, dla jakiegokolwiek podmiotu, bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych o łącznej wartości co najmniej 1.000.000 zł. Warunek ten mogli samodzielnie spełniać przedsiębiorcy, którzy brali już udział w realizacji zamówień w poprzednio organizowanych przez KGP przetargach na dostawę bezprzewodowych czytników linii papilarnych. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych inni wykonawcy mogli polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotów posiadających niezbędne referencje potwierdzające realizację dostaw bezprzewodowych czytników linii papilarnych.

Dowód: SIWZ, k. 181- 182 akt adm.

Przystępując do przetargu wykonawca zobowiązany był wnieść wadium w wysokości 100.000 zł.

Dowód: SIWZ, k. 186 akt adm.

W przypadku złożenia co najmniej trzech ważnych ofert przewidziany był drugi etap tj. aukcja elektroniczna.

Dowód: SIWZ k. 191 akt adm. , pismo (...)do Prezesa UOKiK z dnia 12 września 2014 r. k. 477 akt adm., k. 543v akt sąd.

Kryterium wyboru oferty stanowiła w 100% cena brutto.

Dowód: SIWZ, k. 190 - 191 akt adm.

Przedmiotowym przetargiem zainteresowane były następujące podmioty: (...) Sp. z o.o. (obecnie (...) Sp. z o.o. w likwidacji), (...) Sp. z o.o. (obecnie (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej), (...) S.A., (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o.

(...)(dawniej: (...)) wpisany do KRS pod numerem (...), którego przedmiotem działalności jest m.in. handel urządzeniami elektronicznymi służącymi do ochrony środowiska, meteorologii, bezpieczeństwa i medycyny, a także handel oprogramowaniem do ww. urządzeń jest częścią grupy (...).m.b.H. z siedzibą w A..

Dowód: odpis z (...) Sp. z o.o. k. 229 – 234 akt adm., odpis z (...) Sp. z o.o. w likwidacji k. 88-90 akt sąd., pismo (...) z dnia 02 września 2013 r. k. 227 akt adm., oświadczenie k. 151 akt adm., upoważnienie i pełnomocnictwo k. 152 akt adm.

(...)(dawniej: (...)) był zdolny do zaoferowania urządzenia spełniającego wymagania ogłoszonego przez Komendę Główną Policji przetargu na zakup i dostawę przenośnych, bezprzewodowych czytników linii papilarnych dla posiadanych przez Policję mobilnych terminali noszonych (...) wraz z niezbędnymi sterownikami i bibliotekami, ponieważ był polskim dystrybutorem urządzenia spełniającego wymogi stawiane w przetargu, tj. urządzenia (...)(...) (...) producenta (...) S.A. – spółki z grupy (...) (dawniej (...)).

Dowód: Tabela porównawcza oferowanego przedmiotu zamówienia, k. 147 akt adm., oświadczenie k. 151 akt adm.

Spółka (...) jest wpisana do KRS pod numerem (...).

Dowód: odpis (...) Sp. z o.o., k. 380 – 384 akt adm.

(...) działał jako dystrybutor z wartością dodaną ((...)) szeroko rozumianego sprzętu komputerowego i telekomunikacyjnego, oferując również pakiety biznesowe tj. produkty informatyczne powiązane z doradztwem, serwisem, szkoleniem i marketingiem.

Dowód: pismo (...) z dnia 07 sierpnia 2013 r., k. 31 akt adm.

Spółka zrealizowała dwukrotnie w przeszłości na potrzeby KGP dostawę mobilnych czytników linii papilarnych analogicznych do urządzeń, które były przedmiotem zamówienia w przetargu (przetarg nr (...) rozstrzygnięty w 2011 r. oraz przetarg nr (...)rozstrzygnięty w 2010 r.).

Dowód: pismo (...) z dnia 07 sierpnia 2013 r., k. 31 akt adm.

(...) współpracował w przeszłości z (...), który dostarczył (...) urządzenie na potrzeby wygranego przez (...) wcześniejszego przetargu na dostawę czytników linii papilarnych dla KGP (np. przetarg nr (...)). Po tej współpracy (...) i (...) nieformalnie uzgodniły, że jeżeli w przyszłości KGP będzie rozbudowywać system o kolejne czytniki, (...) będzie współpracował z (...) i nie zaoferuje urządzenia konkurencyjnym przedsiębiorcom.

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2), k. 334 akt adm., k. 342 akt adm.

(...) nie mógł złożyć samodzielnej oferty w przetargu na dostawę urządzenia, którego producentem była (...) spółka (...), gdyż producent ten nie wyrażał zgody na sprzedaż urządzenia dla (...). Spowodowane to było konfliktem pomiędzy (...) a (...) dotyczącym udziału spółki (...) w przetargu na usługi związane z policyjnym systemem (...) na przełomie 2011 i 2012 r.

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2), k. 342 akt adm.

Do (...), z propozycją współpracy przy przetargu wystąpiła spółka (...), z którą (...) współpracował w formie konsorcjum w jednym z wcześniejszych przetargów na dostawę czytników linii papilarnych dla KGP. Dostawcą oferowanego przez konsorcjum urządzenia była wówczas (...).

dowód: wyjaśnienia podejrzanego A. P. (2) – k. 341 akt adm.

(...) i (...) uzgodniły początkowo, że (...) wystartuje w przetargu samodzielnie, a (...) będzie dostawcą sprzętu, który zakupi od (...) informacja utajniona, toteż spółka (...) utrzymywała kontakty z (...) (z przedstawicielem handlowym (...), p. W. M.). (...) utrzymywała, że nabędzie urządzenie niezbędne do złożenia oferty w przetargu od (...), a następnie dostarczy je (...), który będzie mógł złożyć w przetargu samodzielną, najkorzystniejszą ofertę. Dzięki temu (...) uzyskał od (...) informacje o wysokości ceny oferty, jaką w przetargu złoży (...).

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2), k. 342- 344 akt adm.

Po opublikowaniu przez KGP ogłoszenia o zamówieniu spółka (...) (w imieniu której działał A. P. (2) – członek zarządu spółki) nawiązała też kontakt z (...) (z A. T. (2) – prezesem zarządu).

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2), k. 334 akt adm.

Następnie doszło do spotkania z udziałem przedstawicieli spółek (...) oraz (...). Na spotkaniu uzgodniono, że w postępowaniu samodzielną ofertę, bez pośrednictwa (...), złoży (...), a (...) otrzyma rekompensatę i będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia np. poprzez zapewnienie serwisu.

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2) k. 334 oraz k. 342 akt adm.

(...) przekazała więc spółce (...) informację na temat ceny jaką (...) zamierza zawrzeć w ofercie przetargowej.

dowód: wyjaśnienia A. P. (2), k. 343 akt adm.

W dniu 20 sierpnia 2012 r., poprzedzającym dzień składania ofert, z (...) skontaktował się przedstawiciel (...) Sp. z o.o. (p. A. K., prezes zarządu), który zaproponował współpracę obu spółek przy przetargu (w szczególności poprzez udzielenie referencji (...) przez (...)).

Dowód: wyjaśnienia A. P. (2) k. 348 akt adm., pismo (...) do Prezesa UOKiK z dnia 12 września 2014 r. k. 476 akt adm.

Powyższy kontakt związany był z planami (...) Sp. z o.o. wystąpienia w przetargu ze wspólną ofertą z (...) Sp. z o.o. w ramach konsorcjum. Spółki te dysponowały ofertą na dostawę niezbędnego do złożenia oferty w przetargu sprzętu dostarczanego przez (...) Sp. z o.o. (czytniki (...)), konkurencyjnego do sprzętu oferowanego przez (...) w przetargu. Spółka (...) oprócz dostarczenia sprzętu zobowiązała się również do zapewnienia referencji, które były niezbędne do złożenia oferty w przetargu. Po weryfikacji powyższego wymogu okazało się jednak, że (...)Sp. z o.o. nie jest zdolna do dostarczenia niezbędnych referencji. Wymagane referencje posiadała natomiast (...), która dostarczała już wcześniej podobny sprzęt dla KGP we współpracy z (...) i (...). W związku z tym (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. zdecydowały się na kontakt z (...), gdyż (...) mogła zapewnić referencje niezbędne do złożenia oferty w przetargu.

Dowód: pismo (...)do Prezesa UOKiK z dnia 12 września 2014 r., k. 476 akt adm.

(...) odmówiła odpłatnego przekazania referencji. Zaproponowała jednak, że złoży samodzielną ofertę w przetargu na bazie oferty dostarczonej przez (...) Sp. z o.o. od (...)Sp. z o.o. Ostatecznie, mając do wyboru niezłożenie oferty ze względu na brak wymaganych referencji lub złożenie oferty przez (...), (...) Sp. z o.o. zdecydowała się skorzystać z propozycji złożonej jej przez (...).

Dowód: pismo (...)do Prezesa UOKiK z dnia 12 września 2014 r., k. 476 akt adm.

Jednocześnie tego samego dnia A. P. (2) wysłał do A. T. (2) smsa z zapytaniem o cenę: „A. i jaką cenę składasz? Czy sprawdzaliście czy (...)pasuje?”, na co drugi odpowiedział „Pytasz mnie, no tak jak uzgadnialiśmy. (...) dziewięć czterysta pięćdziesiąt było uzgodnione”, na co A. P. (2) odparł „dobra, dobra, okej, dobra, (...) tam było, że tak, żeby ci cena ładna wyszła, wiesz, netto i brutto, żeby (...)”.

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-20, 16:56:38, k. 222 akt sąd.

A. P. (2) przeliczył jednak po raz kolejny wraz z A. T. (2) cenę ofertową, która wyniosła tym razem 9.449.580 zł. A. P. (2) polecił „I taką weź, no, no cenę wstaw.”, na co A. T. (2) odparł „Dziewięć cztery cztery dziewięć pięćset osiemdziesiąt, to ja zmienię. Zmieniam to.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-20, 16:56:38, k. 222 akt sąd.

Z kolei (...) Sp. z o.o. jako dystrybutor urządzenia przekazał (...) ofertę na dostarczenie czytników wraz z ich 3-letnim serwisem za cenę 6.877.581,90 zł. Przy przekazywaniu oferty (...) Sp. z o.o. udzielił ponadto (...) rabatu, który miał znaleźć odzwierciedlenie w cenie zawartej w ofercie (...).

Dowód: e-mail z dnia 20 sierpnia 2012 r. godz. 22:41 potwierdzający ustalenia, temat: „Fw: Oferta pod przetarg (...)–ustalenia obustronne”, k. 495 akt adm.

A. P. (2) wahał się jaką definitywnie obrać taktykę. Późnym wieczorem w rozmowie z P. L. – pracownikiem (...) wyraził przekonanie: „Mimo wszystko z (...) lepiej pójść, no. Dokładnie tak, tam. Co prawda się wk... na nas jutro i (...) jak zobaczy ofertę od (...) niższą a ci też się na nas wk.... Ale cóż, no.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-20, 21:36:01, k. 541v akt sąd.

Następnie A. P. (2) (...) poinformował A. T. (2) (...), że otrzymał ofertę od (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. na dostawę konkurencyjnego sprzętu dla sprzętu oferowanego w przetargu przez (...):

„(...) Mam ofertę z (...) – pełna nazwa amerykańskiego producenta sprzętu, którego przedstawicielem w P. jest (...)Sp. z o.o. – dopisek własny]” .

Dowód: wiadomość SMS od A. P. do A. T. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:11., k. 586 akt adm.

W odpowiedzi A. T. wysłał do A. P. wiadomość o treści:

„Ho ho! Czy spełnia SIWZ? Co z C.? [C. – producent sprzętu do identyfikacji biometrycznej, którego produkt również potencjalnie mógł spełniać wymagania SIWZ Przetargu – dopisek własny]” .

Dowód: wiadomość SMS od A. T. do A. P. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:14., k. 586 akt adm.

W reakcji na powyższą wiadomość A. P. poinformował A. T.:

„Z (...) nie wiem nic. Natomiast (...) ma wsio i jest tańszy niż Wy! [(...) dopisek własny]” .

Dowód: wiadomość SMS od A. P. do A. T. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:16., k. 586 akt adm.

W trakcie dalszej konwersacji decydenci porozumieli się co do niezmienności uprzednich uzgodnień:

„Co zamierzasz zrobić?” .

Dowód: wiadomość SMS od A. T. do A. P. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:17., k. 586 akt adm.

„Ja dotrzymuję obietnic i umów. Mam nadzieję że Wy też!” .

Dowód: wiadomość SMS od A. P. do A. T. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:19., k. 586 akt adm.

„Dzięki. My też.”

Dowód: wiadomość SMS od A. T. do A. P. z dnia 20 sierpnia 2012 r., godz. 22:20., k. 586 akt adm.

Wobec natomiast tego, że (...) miała złożyć oddzielną ofertę A. P. (2) rozważał z K. P. – członkiem zarządu (...) kwestię niewpłacenia przez reprezentowaną spółkę wadium. K. P. zaproponował: „Słuchaj, ten? To albo wiesz? Składamy bez wadium i wtedy nas wyp...”, „I wtedy wiesz, zostaje dwóch, wiesz, do gry. I powiem wiesz, mam wtedy, że wiesz, że pieniądze nie doszły i już, no.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-21, 07:49:57, k. 544 v akt sąd.

Dodatkowo A. P. (2) w tej samej rozmowie wyraził opinię na temat propozycji cenowej (...): „W nocy dostaliśmy tą ofertę, bezpośrednio znaczy z tego K.. Jest zajebista. YY tak naprawdę to praktycznie nie dużo gorsza a nawet może lepsza niż ta z (...) i co najciekawsze w złotówkach, więc nie mamy różnic kursowych, nic nas nie boli, serwis robia”.

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-21, 07:49:57, k. 543v akt sąd.

Publiczna sesja otwarcia ofert odbyła się 21 sierpnia o godz. 11:00. Ostatecznie w przetargu o nr (...) oferty złożyli następujący wykonawcy: (...) (oferta za cenę brutto 9.449.580 zł), (...) S.A. z siedzibą w G. (oferta za cenę brutto 9.471.000 zł), (...) (oferta za cenę brutto 9.503.804,10 zł). Przy czym (...) celowo nie wniósł wadium, mimo możliwości jego zdobycia choćby od (...).

Dowód: SIWZ k. 189 akt adm., oferta (...) S.A. k. 61- 104 akt adm., oferta (...) k. 132- 174 akt adm., protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego k. 429 akt adm., pismo (...) do Prezesa UOKiK z dnia 12 września 2014 r. k. 477 akt adm., wyjaśnienia podejrzanego P. L. k. 325 akt adm., protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-21, 07:49:57, k. 544 akt sąd., zdarzenie nr (...), 2012-08-20, 19:46:30, k. 538 akt sąd.

Po otwarciu ofert A. T. (2) skontaktował się za pomocą smsa z A. P. (2), uznając, że mimo złożenia oferty przez (...) reszta ustaleń pozostaje bez zmian: „Gramy razem, OK. Ale muszę coś powiedzieć P.. Zadzwoń. Ewentualnie powiem, że zaoferowałeś ale ustalenia są aktualne i idzie nasz wyrób.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zadanie nr (...), 2012-08-21, 11:37:52, k. 231 akt sąd.

Następnie A. T. (2) telefonicznie zapytał A. P. (2) o wyjaśnienia dla P. S. - przedstawiciela (...) w A. - potwierdzając niezmiennosć uzgodnień: „Słuchaj. Co mam powiedzieć, yyyy, co mam powiedzieć P.?”, na co A. P. (2) rzekł: „no, że wszystko jest tak jak miało być, no.”, w związku z czym A. T. (2) stwierdził: „czyli idzie nasz wyrób. Okej. W porządku. Dobra.” a A. P. (2) odparł: „No przecież ustaliliśmy coś, no.” a A. T. (2): „Dobra. W porządku. Okej.”.

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zadanie nr (...), 2012-08-21, 11:38:24, k. 231 akt sąd.

W trakcie kolejnej rozmowy między wymienionymi A. P. (2) przypomniał, że wcześniej (przed przetargiem) napomknął P. S., że ewentualnie będzie musiał „przyblokować konkurencję”: „Przecież, przecież ja mu mówiłem, że ewentualnie będę musiał to zrobić. No. Mówiłem? (...) żeby w razie czego przyblokować konkurencję? Mówiłem?” a A. T. (2) zgodził się, że tak było: „Mówiłeś. W porządku, no (...)”.

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zadanie nr (...), 2012-08-21, 17:46:56, k. 244 akt sąd.

Kiedy W. M.- dyrektor (...) dowiedział się o zbliżonej ofercie (...) wyrażał wobec A. P. (2) złość, domyślając się, że ten przekazał konkurencji informację o cenie ofertowej (...). W. M. napisał do A. P. (2) smsy o treści: „Coś k... zbliżona do mnie ta wygrywająca cena, wiedziałem, że mnie”, „ru... jak tak wypytywałeś o cenę.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zadanie nr (...), 2012-08-21, 11:47:40, k. 231 akt sąd., zadanie nr (...), 2012-08-21, 11:47:45, k. 231- 232 akt sąd.

W bezpośredniej rozmowie telefonicznej W. M. powiedział do A. P. (2): „no aleście mnie dymnęli po prostu”, „(...) jakim cudem oni idą cenę taką samą jak my. Powiedz mi prawdę. Jeżeli mają kontaktów, nie wiedzą w ogóle jaki był budżet pewnie. Jakim cudem dają taką samą cenę praktycznie.” „Ty a nie chce mi się wierzyć 30 tysięcy różnicy, że to jest przypadek, bo takie przypadki się nie zdarzają.” Jednocześnie W. M. pytał o spółkę (...): „A co to, co to za spółka wystartowała w ogóle?”, więc A. P. (2) zapytał: „Która? (...)?” W. M. potwierdził: „no”, na co A. P. (2) odpowiedział: „No, to (...) właśnie (...), to jest (...)” a W. M. w dalszym ciągu: „Oni startują, startują w ogóle w przetargach? Mają referencje i tak dalej?”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-21, 14:36:23, k. 238 akt sąd.

Zdenerwowany W. M. wskazywał, że zamierza złożyć protest: „A ja tam przp... jakimś protestem. Skoro jest tak jak mówisz to przy... tam protestem a jak mi się daj Boże uda wygrać, to zmienię urządzenie na (...), bo da się to zrobić, bo sprawdzałem w tej umowie.”

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, zdarzenie nr (...), 2012-08-21, 14:36:23, k. 239 akt sąd.

W dniu 23 sierpnia 2012 r. A. P. przesłał do A. T. wiadomość „W. załatwione! Gratulacje.”

Dowód: wiadomość SMS od A. P. do A. T. z dnia 23 sierpnia 2012 r., godz. 20:18., k. 586 akt adm.

W dniu 28 sierpnia 2012 r. KGP poinformowała, że jako najkorzystniejszą, bo najtańszą wybrano ofertę wykonawcy (...).

Dowód: Pismo KGP do Prezesa UOKiK z dnia 04 września 2014 r., k. 462 akt adm.

Szacowana wartość zamówienia wynosiła 9.513.000 zł.

Wartość brutto zwycięskiej oferty (...) wyniosła 9.449.580 zł. Wartość brutto oferty złożonej przez (...) wyniosła 9.471.000 zł. Oferta (...) była drugą w przetargu pod względem ilości zdobytych punktów. Z udziału w postępowaniu o zamówienie wykluczono natomiast wykonawcę (...), który złożył ofertę o wartości brutto wynoszącej 9.503.804,10 zł. Podstawą wykluczenia (...) był art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wymaganego wadium do upływu terminu składania ofert. Skoro do upływu terminu składania ofert spółka (...) nie wniósła wadium w wysokości 100.000 zł została wykluczona z udziału w postępowaniu, blokując ofertę produktów (...).

Dowód: Pismo KGP do Prezesa UOKiK z dnia 04 września 2014 r., k. 462 – 463 akt adm., wyjaśnienia P. L. k. 325 akt adm.

W dniu 01 marca 2013 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu przetargu. Powodem unieważnienia był brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający wskazał, że złożenie ofert (...) i (...) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych .

Dowód: Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 430 akt adm.

Odwołaniem z dnia 11 marca 2013 r. (...) zaskarżył do Krajowej Izby Odwoławczej czynności zamawiającego w Przetargu polegające na unieważnieniu czynności wyboru oferty wykonawcy, odrzuceniu oferty (...) oraz unieważnieniu postępowania.

Dowód: Odwołanie (...), k. 432 akt adm. i n.

Na posiedzeniu w dniu 22 marca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza odroczyła posiedzenie w sprawie do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie.

Dowód: Protokół posiedzenia KIO z dnia 22 marca 2013 r., k. 460 – 461 akt adm.

Postanowieniem z dnia 04 września 2014 r. (sygn. X GU 422/14) Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy ogłosił upadłość (...) obejmującą likwidację majątku upadłego.

Dowód: odpis postanowienia sądu z dnia 4 września 2014 r. k. 510 akt adm., odpis z (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, k. 96- 104 akt sąd.

W dniu 01 stycznia 2015 r. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki (...) podjęło uchwałę o rozwiązaniu spółki i otwarciu jej likwidacji.

Dowód: odpis z (...) Sp. z o.o. w likwidacji, k. 88-90 akt sąd.

Powyższe ustalenia faktyczne zostały poczynione w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu administracyjnym, jak też sądowym, w tym w oparciu o zapisy rozmów i protokoły wyjaśnień P. L., A. P. (2), A. T. (2) oraz W. M.. Sąd uznał, że dokumenty zgromadzone w sprawie są prawdziwe, strony nie negowały ich prawidłowości. Nadto Sąd uznał, że wyjaśnienia złożone przez wskazane osoby w postępowaniu karnym są prawdziwe, albowiem są wzajemnie logiczne, uzupełniają się, jak też znajdują potwierdzenie w innych przeprowadzonych dowodach. Powód nie przedstawił żadnego dowodu, z którego mogłoby wynikać, że słuchane w postępowaniu karnym wyżej wymienione osoby składając wyjaśnienia, miały się z prawdą. Co prawda powód wyciąga z ich treści inne wnioski, lecz skutecznie nie zanegował ich prawdziwości.

Sąd oddalił wniosek powoda o zawieszenie postępowania z uwagi na toczące się śledztwo w sprawie o czyn z art. 305 § 1 kk, ponieważ wobec jego niezakończenia Sąd może poczynić własne ustalenia, tym bardziej, że w niniejszej sprawie badana jest praktyka powoda pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd oddalił też wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność szkody, jaką poniósł zamawiający, uznając go za nieprzydatny, mając na uwadze, że odpowiedzialność powoda jest w sprawie o zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję obiektywna.

Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne. Zarzuty powołane przez przedsiębiorcę w odwołaniu nie mogły prowadzić ani do uchylecia ani do zmiany skarżonej decyzji.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Sąd rozpoznając sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie może ograniczać się do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. Ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylecia decyzji w tym postępowaniu. Celem postępowania jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór powstający pomiędzy stronami dopiero po wydaniu zaskarżonej decyzji, a nie przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe,

w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego, na co wielokrotnie wskazywał tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak też Sąd Apelacyjny oraz Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (np.: wyrok Sądu Najwyższy z dnia 29 maja 1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, wyroku z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98, wyrok SOKiK z dnia 18 lutego 2004 roku o sygn. akt XVII AmT 2/03).

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu według reguł kontrydiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy. Rolą Sądu jest ustalenie w oparciu o argumenty i dowody powołane przez strony, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy, w jakim zakresie doszło do takiego naruszenia oraz czy środki zastosowane przez Prezesa Urzędu są zgodne z przepisami ustawy oraz wymogami zasady proporcjonalności.

Dlatego też należy uznać za niezasadne zarzuty dotyczące naruszenia zasady bezpośredniości postępowania dowodowego oraz wykorzystania dowodów w postaci protokołów zgromadzonych na potrzeby prowadzonego przez Prokuraturę śledztwa, a następnie wykorzystane w postępowaniu prowadzonym przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zarzuty nr 2 – 4 odwołania)

Podobne dowody w trakcie postępowania prowadzonego przed Sądem powołał powód oraz pozwany, stały się one przedmiotem oceny w trakcie niniejszego postępowania. Podobnie ponownie zostały ocenione przez Sąd wszystkie dowody zgromadzone w trakcie postępowania administracyjnego, a przedstawione przez pozwanego wraz z odwołaniem. Wszystkie te dowody zostały ocenione przez Sąd w oparciu o normę zawartą w art. 233 k.p.c. Żaden z tych dowodów nie został uznany za wystarczający sam w sobie, jako dowód jedyny i przesądzający o prawidłowości rozumowania przyjętego przez Organ wydający skarżoną decyzję. Niezaprzeczalnie większość dowodów będących podstawą tak decyzji Prezesa Urzędu, jak i wyroku Sądu zostały zdobyte przez inne organy w postępowaniu karnym (powód nie zgłosił osobowego wniosku dowodowego). Jednakże tak Organ, jak i Sąd na podstawie tych dowodów poczynili własne ustalenia faktyczne. W tym miejscu należy także podkreślić, że powód w żadnym miejscu nie zaprzeczył prawdziwości treści wynikających z przesłuchania poszczególnych osób, jak też treści odczytanych wiadomości tekstowych i nagrań z prowadzonych podsłuchów. Co więcej to właśnie powód zawnioskował o przeprowadzenie przed Sądem części dowodów uzyskanych w czasie postępowania karnego. Powód zarówno w odwołaniu, jak i w kolejnych pismach procesowych, powoływał się na dowody zebrane w postępowaniu karnym.

Należy podkreślić, że rodzaj postępowania, którego dotyczy przedmiotowa decyzja – zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję – determinuje sposób gromadzenia dowodów w sprawie i wymusza stosowanie dowodów pośrednich. Faktem jest bowiem, że większość uzgodnień między uczestnikami zakazanego porozumienia zapada w formie ustnej i brak jest dowodów bezpośrednich. W przedmiotowej sprawie pozwany wykorzystał dowody zebrane w czasie postępowania karnego, jednakże dokonał ich samoistnej oceny zgodnie z treścią art. 233 k.p.c., na co jednoznacznie wskazuje treść uzasadnienia decyzji.

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.

Ustawodawca w art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przyjął szeroką definicję 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.

Dlatego też za nieuprawniony należy uznać zarzut dotyczący naruszenia przez Prezesa UOKiK zasady bezpośredniości w wyniku posłużenia się dowodami pochodzącymi z akt postępowania karnego. Sąd Apelacyjny w Białymstoku wskazał w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 marca 2017 roku wydanego w sprawie III AUa 872/16, że „zasada bezpośredniości postępowania nie jest zasadą bezwzględna i możliwe są od niej odstępstwa. Poszczególne protokoły zeznań świadków, stron, opinie biegłych zawarte w innych aktach sądowych są dokumentami w rozumieniu art. 244 k.p.c. Oznacza to, że możliwe jest, bez naruszenia wynikającej z art. 235 KPC zasady bezpośredniości dopuszczenie dowodu z poszczególnych, ściśle określonych dokumentów, o ile strony mają możliwość ustosunkowania się do ich treści i zgłoszenia stosownych wniosków”. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie strony miały możliwość zapoznania się i ustosunkowania się do dowodów dopuszczonych przez Organ w postępowaniu administracyjnym. Podobnie w postępowaniu sądowym wszystkie protokoły mieszczące w swej treści dowody, stanowiące podstawę ustalenia stanu faktycznego były dostępne dla stron, a co więcej, to właśnie strony postępowania dostarczały dowody dla Sądu. Jeszcze raz należy podkreślić, że powód nie zgłosił potrzeby przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków przed Sądem.

Co do możliwości wykorzystania w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym wyjaśnień złożonych przez podejrzanego (oskarżonego) w postępowaniu karnym, to podlega analizie ich treść i podlegają one analizie zgodnie z treścią art. 233 k.p.c. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku wydanego w dniu 22 grudnia 2015 roku w sprawie I ACa 657/15 wskazał, że „nie ma przeszkód co do przeprowadzenia dowodu z protokołu dokumentującego wyjaśnienia pozwanego złożone w postępowaniu karnym. Dowód taki nie zastępuje dowodu z przesłuchania stron; jest to jednak wiarygodna informacja o treści złożonych przez pozwanego w postępowaniu karnym wyjaśnień. Oczywistym jest konieczność zachowania ostrożności przy ocenie takiego środka dowodowego, gdyż podejrzany jest osobą zainteresowaną w korzystnym dla siebie przedstawieniu okoliczności. Oceniając dowód z przesłuchania stron również jednak uwzględnia się, że są to osoby bezpośrednio zainteresowane sposobem rozstrzygnięcia sporu”. Prezes Urzędu dokonał oceny zeznań osób przesłuchiowanych w charakterze podejrzanych w postępowaniu karnym samodzielnie, co wynika z treści uzasadnienia decyzji. Należy w pełni zgodzić się z pozwanym, że ewentualna kwalifikacja i ocena tych wyjaśnień w toku postępowania karnego nie ma znaczenia dla postępowania antymonopolowego. Tym bardziej, że stronami niniejszego postępowania są przedsiębiorcy, a nie osoby fizyczne. Nadto należy wskazać, że treść zeznań złożonych przez podejrzanych nie była jedyną podstawą ustaleń faktycznych, ale została zweryfikowana innym przeprowadzonym dowodem. Nadto jak wyżej wskazano w postępowaniu przed Sądem prowadzone jest nowe postępowanie dowodowe, a zebrany w ten sposób materiał dowodowy podlega ocenie i jest ponownie weryfikowany. Przed Sądem powód nie zgłosił tych osób jako świadków, dlatego też Sąd oparł się na protokołach ich wyjaśnień złożonych w trakcie postępowania karnego. Powód nie wykazał ponadto aby treść wyjaśnień złożonych przez osoby mające w postępowaniu karnym status podejrzanego nie polegały na prawdzie. Powód nie przedstawił dowodów, z których wynikałoby, aby wyjaśnienia te odbiegały od rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał za nieprawidłowe zarzuty zawarte w punktach 2 – 4 odwołania. Prezes UOKiK wydał w sprawie rozstrzygnięcie oparte wyłącznie o materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania zakończonego skarżoną decyzją. Nadto Organ w toku postępowania antymonopolowego w pełni realizował obowiązek zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania oraz umożliwił wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów, umożliwiając Powodowi przeglądanie akt i sporządzanie z nich notatek i odpisów. Tym samym Powód miał możliwość odniesienia się do całego materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania antymonopolowego.

Sąd za nieprawidłowe uznał także zarzuty zawarte w punkcie 1 i 5 odwołanie, które odnosiły się do błędnych ustaleń faktycznych poczynionych przez Prezesa Urzędu, które skutkowało wydaniem decyzji stwierdzającej zawarcie przez tego przedsiębiorcę porozumienia ograniczającego konkurencję.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Sąd przeprowadził w sprawie postępowanie dowodowe i samodzielnie poczynił ustalenia faktyczne. Ustalenia te - zbieżne z ustaleniami poczynionymi przez Organ – prowadzi do wniosku, że powód zawarł z zainteresowanym porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu i oprogramowania służącego do identyfikacji osób na podstawie danych biometrycznych przeznaczonych dla państwowych jednostek powołanych do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Sąd ustalił stan faktyczny na podstawie dokumentów pozyskanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w trakcie postępowania administracyjnego oraz dokumentów zawnioskowanych przez strony niniejszego postępowania. Stwierdzić przy tym należy, że strony nie negowały prawdziwości tych dokumentów. Jak wyżej wskazano biorąc pod uwagę przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe, uzasadnione jest wyprowadzenie wniosku, że Powód zawarł porozumienie z Zainteresowanym. Sąd w pełni podziela stanowisko pozwanego, który podniósł, że wskazuje na to w szczególności nieracjonalne zachowanie Powoda w postaci zaproponowania wygórowanej ceny w ofercie oraz niewpłacenie wadium, a także istniejące między stronami częste kontakty.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem powoda, który podnosił, że Organ a priori uznał, iż jeżeli przetarg przebiegał w określony sposób, to musiało dojść do zawarcia porozumienia. Prezes UOKiK przeprowadził postępowanie dowodowe i dopiero po jego pełnej analizie, na co jednoznacznie wskazuje uzasadnienie decyzji, doszedł do przekonania, że wskazane w decyzji okoliczności jednoznacznie świadczą o istnieniu pomiędzy stronami antykonkurencyjnego porozumienia. Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Sąd w pełni te ustalenia potwierdzają. Podzielić przy tym należy wskazania Organu, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, iż z uwagi na fakt, że zakaz uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach i grożące za to kary są dobrze znane, jest zrozumiałe, że działania, jakie za sobą pociągają takie porozumienia są skryte, spotkania są potajemne, a dokumenty związane z porozumieniem są ograniczone do minimum. W związku z powyższym, istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów, które rozważane łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Takie procedowanie w sprawach porozumień zostało także przyjęte w polskim systemie prawnym. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku wydanego w dniu 9 sierpnia 2006 roku w sprawie III SK 6/06 wskazał, że „Sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję” – ta sama zasada dotyczy także postępowania przez Prezesem UOKiK. W tym samym uzasadnieniu Sąd zauważył że, przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe, a w związku z tym udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c. Mając powyższe na uwadze należy podkreślić, że stwierdzając w decyzji zawarcie przez Powoda oraz Zainteresowanego antykonkurencyjnego porozumienia, tak Prezes w decyzji, jak i Sąd wydając wyrok, oparł się na całokształcie okoliczności sprawy, uwzględniając szereg czynników, które rozpatrywane łącznie dały podstawę do podjęcia takiego rozstrzygnięcia. Sąd w pełni podziela przy tym twierdzenia pozwanego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż powód

nie przedstawił innego niż wskazanego w decyzji spójnego, logicznego i przede wszystkim bardziej wiarygodnego niż założenie istnienia zmowy przetargowej wyjaśnienia swoich działań.

Mając powyższe na uwadze za nieprawidłowy należy uznać zarzut powoda, że brak było dowodów wskazujących na okoliczności zawarcia porozumienia. Stan faktyczny przedstawiony przez Sąd powyżej, został oparty na zebranych w czasie procesu dowodach, a każdy ustalony fakt – został opisany poprzez odniesienie do poszczególnych dowodów, w tym zawnioskowanych przez Przedsiębiorcę. Należy przy tym zauważyć, że to powód odnosi się w swoim odwołaniu i dalszych pismach procesowych do materiałów pozyskanych w postępowaniu karnym, którym zarzuca, że nie mogą stanowić dowodu w procesie niniejszym. Cytuje przy tym fragment wyjaśnień pokrzywdzonego, nie odnosząc go do innych przeprowadzonych w sprawie dowodów, co czyni zarówno pozwany w decyzji, jak też Sąd ustalając stan faktyczny sprawy.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w punkcie 5 odwołania, to należy wskazać, że wbrew twierdzeniom powoda fakt wygrania przetargu przez tego przedsiębiorcę nie jest jedyną okolicznością potwierdzającą fakt zawarcia porozumienia. Sąd w powyżej ustalonym stanie faktycznym przytoczył cały ciąg zdarzeń, który doprowadził do zawarcia porozumienia i jego realizacji. Stan faktyczny przyjęty przez Prezesa UOKiK w skarżonej decyzji został potwierdzony przez dowody dopuszczone przez Sąd w trakcie procesu, a wnioskowane także przez powoda. Wskazują na to jednoznacznie zapisy rozmów telefonicznych prowadzonych przez A. P. (2), K. P. i P. L. (przedstawiciele zainteresowanego) – k. 536, 538, 541, 543, 544 akt sprawy. Rozmowy te wskazują, że przedstawiciele zainteresowanego wahali się bardzo długo, czy zrealizować porozumienie z powodem, czy wybrać inną opcję udziału w przetargu. Ostatecznie jednak decyzja była jednoznaczna (k. 541 akt sądowych), a ustalenia obowiązujące. Innymi dowodami potwierdzającymi zawarcie porozumienia są chociażby treści informacji sms (k. 230 akt sprawy), czy rozmowa A. P. (2) z przedstawicielem powoda – A. T. (2) (k. 244 akt sądowych). Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że dokumenty dopuszczone jako dowody w czasie postępowania przed sądem (także na wniosek powoda), potwierdzają ustalenia poczynione w zaskarżonej decyzji. Zgromadzone dowody potwierdzają, że doszło do zawarcia pomiędzy powodem a zainteresowanym porozumienia ograniczającego konkurencję. Wbrew twierdzeniom powoda fakt wygrania przetargu przez powoda, wobec powyżej przytoczonych dowodów, nie stanowi jedynego dowodu na porozumienie.

Nie ma także racji powód, wskazując na sprzeczne z zasadami logiki ustalenia poczynione przez pozwanego, że ostateczny przebieg realizacji porozumienia był inny niż poczynione wcześniej ustalenia. Jak wyżej wskazano zainteresowany przez cały czas wahał się czy uczestniczyć w porozumieniu, czy w inny sposób uczestniczyć w przetargu. Nie wyłącza odpowiedzialności fakt, że przedsiębiorcy uczestniczący w zмовie nie mieli pewności, czy w przetargu nie wezmą udziału przedsiębiorcy spoza kartelu, z którymi uczestnicy zmowy realnie konkurowali. Nie wyłącza tej odpowiedzialności również fakt, że w związku z powyższym powód i zainteresowany nie mieli pewności czy aukcja elektroniczna rzeczywiście się nie odbędzie. Przedsiębiorcy mogą przewidywać kto będzie startował w przetargu, ale zawsze istnieje ryzyko, że pojawi się ktoś „nowy”, czyli przedsiębiorca spoza porozumienia. Sytuacja towarzysząca przetargowi była zmienna, a uczestnicy porozumienia dostosowywali się do zaistniałych sytuacji, dlatego też pozostawali ze sobą w stałym kontakcie. Dlatego też zdaniem Sądu właśnie logiczne są ustalenia, że realizacja porozumienia cały czas ewoluowała, a ostateczny przebieg realizacji porozumienia był inny niż poczynione początkowo ustalenia. Zmienność sytuacji spowodowała, że Zainteresowany złożył samodzielną ofertę, nie niweczając przy tym założeń porozumienia. Faktyczne złożenie oferty nie spowodowało, że przetarg odbył się inaczej niż członkowie kartelu ustalili.

Nieprawidłowe jest także twierdzenie powoda, że Prezes Urzędu wadliwie uznał, iż powód z zainteresowanym ustalili cenę oferowaną w przetargu, a zainteresowany przekazał powodowi cenę oferowaną przez trzeciego oferenta, mimo braku jakiegokolwiek dowodu na tą okoliczność. Zarzut ten jest sprzeczny z uzasadnieniem decyzji (punkty 39 – 42), z którego wynika jednoznacznie, że dowody na powyższe zostały przez pozwanego zebrane. Dowody te Sąd także przeprowadził i uznał za polegające na prawdzie. Powód nie przedstawił żadnego dowodu, z którego mogłoby wynikać, że A. P. (2) składając wyjaśnienia w sprawie karnej mijał się z prawdą. Stąd Sąd uznał jego wyjaśnienia za prawdziwe. Nadto znalazły one swoje potwierdzenie w treści rozmowy odbytej przez A. P. (2) (zainteresowany) a A. T. (2)

(powód) (k. 222 – 224 akt sprawy), z której to jednoznacznie wynika, że powód z zainteresowanym ustalili wysokość oferty składanej w przetargu przez powoda. Z rozmowy tej wynika również, że przedstawiciel zainteresowanego co najmniej kontrolował, czy znana mu cena oferowana przez trzeciego oferenta, będzie niższa od tej oferowanej przez powoda. Jednoznacznie świadczy to o zawarciu porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami wskazanymi w decyzji. Fakty powyższe są wystarczające do uznania, że między (...) a (...) doszło do porozumienia. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że powód nie prowadził żadnej korespondencji i rozmów ze spółkami (...) oraz nie znał ich ustaleń z zainteresowanym (zarzut 5f). Obie wskazane spółki nie uczestniczyły w przetargu, a więc ich udział w rozmowach ze stronami nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia istnienia zarzucanego porozumienia.

Podobnie nie polega na prawdzie zarzut dotyczący braku wiedzy po stronie powoda o wykluczeniu zainteresowanego z przetargu z uwagi na brak wpłaty wadium, gdyż nie został na tą okoliczność przeprowadzony żaden dowód przez Organ wydający skarżącą decyzję. Nie znajduje to przede wszystkim potwierdzenia w uzasadnieniu decyzji, w której dokładnie opisano na jakich dowodach ustalenia te poczyniono. Postępowanie dowodowe przeprowadzone przed SOKiK potwierdziło tylko fakt, że zainteresowany celowo nie wpłacił wadium, aby zostać wyeliminowanym z przetargu. Jak słusznie podniósł pozwany w piśmie procesowym z 19 marca 2018 roku protokoły z odsłuchu rozmów telefonicznych z 20 i 21 sierpnia 2012 roku (k. 538, 539, 544 akt sądowych) jednoznacznie wskazują na celowość działań podjętych przez zainteresowanego. Sąd stoi na stanowisku, że celem tego działania mogło być tylko wykonanie ustaleń z umowy przetargowej i pomoc udzielona w ten sposób powodowi w wygraniu przetargu. Nie sposób bowiem uznać, że doświadczonemu przedsiębiorcy startującemu często w przetargach nie udało się w terminie wpłacić wadium. Analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców, które muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, a niewytłumaczalnych w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Sąd w pełni podziela opinię Prezesa UOKiK, że niewpłacenie wadium stanowi przejaw takiego „nieracjonalnego działania” i potwierdza, iż (...) zdecydował się na udział w przetargu, gdyż widział w tym działaniu zwiększone szanse na „zablokowanie” konkurencji i zwiększenie możliwości realizacji porozumienia z powodem.

Nie może się także ostać zarzut powoda dotyczący błędnej i dowolnej oceny dowodu w postaci treści wiadomości sms (pkt 5h odwołania). W pierwszej kolejności należy podnieść, że treść uzasadnienia odwołania odnosi się do innej wiadomości (k. 54 – 55 akt sprawy) niż podawanej w zarzutach (k. 35 akt sprawy). Obie wiadomości wskazane w odwołaniu są wyrwane z kontekstu wszystkich prowadzonych w dniach 20 i 21 sierpnia 2012 roku rozmów między przedstawicielami stron, i w przeciwieństwie do uzasadnienia decyzji nie odnosi się do treści innych dowodów przeprowadzonych w przedmiotowej sprawie. Nadto należy zgodzić się z pozwanym, że z punktu widzenia prawa antymonopolowego nie ma znaczenia ile informacji udało się wymienić pomiędzy uczestnikami z umowy. Istotny jest sam fakt niedozwolonego z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji wymieniania się informacjami, co zmierzało do skoordynowania i uzgodnienia działań, co jednoznacznie wskazuje na niezgodne z prawem porozumienie.

Za zupełnie chybione uznać należy argumenty powoda, który próbuje podważyć ustalenia pozwanego co do zawyżonej ceny jaka została ostatecznie zaoferowana w przetargu. Prezes Urzędu w zaskarżonej decyzji wskazał, że oferta powoda była znacząco droższa od oferty, którą mógł zaoferować (...), gdyby nie zawarł porozumienia z (...). Tym samym należy stwierdzić, że pozwany nie porównywał oferty (...) z ofertą (...), lecz wskazał, że (...) miał możliwość zaoferowania oferty dużo tańszej i dzięki temu wygrania przetargu, a jednak złożył ofertę najdroższą. Należy w tym miejscu wskazać, że z rozmowy A. P. (2) z A. K. (k. 217 – 218) odbytej w dniu 20 sierpnia 2012 roku wynika jasno, że nie jest możliwe skalkulowanie takiej marży, w której mieściłby się jeden milion złotych dla zainteresowanego. Podobnie świadczą o tym rozmowy A. P. (2) z W. M. (k. 239) i K. P. (k. 543). Z pisma spółki (...) z dnia 12 września 2014 roku (k. 477 i 495 akt administracyjnych) wynika, że cena hurtowa zaoferowana dla (...) była już obniżona o rabat. Trudno wobec powyższego nie zgodzić się z Prezesem Urzędu, że wysokość zaoferowanej przez (...) ceny znajduje ekonomiczne uzasadnienie oraz że (...), który znał cenę ofertową (...) i powoda, gdyby zachowywał się racjonalnie powinien był złożyć cenę niższą od nich, jeżeli rzeczywiście chciał uzyskać zamówienie. Racjonalny uczestnik przetargu stara się zaoferować cenę dla siebie korzystną, ale jednocześnie niższą od ceny konkurentów. Biorąc pod uwagę fakt, że (...)

znał ceny swoich konkurentów i jednocześnie złożył cenę najwyższą, potwierdza, że był uczestnikiem porozumienia mającego na celu wygraną powoda, a złożona przez niego oferta złożona była jedynie dla pozoru.

Odnosząc się ogólnie do zarzutów opisanych w punkcie 5 odwołania należy przyznać rację pozwanemu, że oczywiście istnieje możliwość wyprowadzenia odmiennych niż to uczynił Prezes Urzędu wniosków, co nie przesądza o wadliwości dokonanej przez ten organ oceny dowodów, ani o przekroczeniu granic zagwarantowanej art. 233§1 k.p.c. swobody. Takie przekroczenie może nastąpić dopiero wówczas, gdy dokonana ocena jest nie do pogodzenia z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Powód powinien więc wskazać, w jaki sposób Prezes UOKiK uchybił zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dokonując interpretacji dowodów. Tymczasem w odwołaniu Powód w większości z zarzutów dotyczących błędu w ustaleniach faktycznych, sprowadza się jedynie do stwierdzenia, że materiał dowodowy winien skłaniać do odmiennych refleksji, co sprawia, że zarzut ten można zakwalifikować jako polemiczny i powinien być uznany za nieuzasadniony. Sąd jednakże odniósł się powyżej do poszczególnych zarzutów wskazując na ich nieprawidłowość.

Przeprowadzona powyżej analiza jednoznacznie wskazuje, że doszło do niedozwolonego porozumienia pomiędzy powodem (...), a zainteresowanym (...), które miało miejsce na krajowym rynku dostaw sprzętu i oprogramowania służącego do identyfikacji osób na podstawie danych biometrycznych przeznaczonych dla państwowych jednostek powołanych do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego, a polegającym na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do prowadzonego przez KGP przetargu na zakup i dostawę bezprzewodowych przenośnych czytników linii papilarnych, warunków składanych ofert. Zdaniem Sądu przeprowadzone przez Sąd postępowanie dowodowe potwierdziło stan faktyczny ustalony przez Urząd. Nadto należy stwierdzić, że Prezes UOKiK prawidłowo ustalił, że działanie przedsiębiorców naruszyło interes publiczny, Organ prawidłowo ustalił rynek właściwy w sprawie i przyjmuje ustalenia poczynione w tym zakresie przez Urząd za własne.

Zachowanie powoda i zainteresowanego niewątpliwie wyczerpało znamiona niedozwolonego porozumienia opisanego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. 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.

Powyzsza 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 u.o.k.k. są przedsiębiorcy, którzy w tym samym czasie występują z ofertą zakupu lub sprzedaży towarów/usług na rynku właściwym. Porozumienie, którego dotyczy skarżona decyzja ograniczyło w sposób w niej opisany swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Porozumienie to przybrało formę uzgodnień co do sposobu zachowania się w przetargu dokonane pomiędzy powodem i zainteresowanym. Dokonane zaś ustalenia doprowadziły do zapewnienia zwycięstwa w przetargu dla powodowej spółki. Brzmienie przepisu art. 6 ust. 1 ustawy przesądza, że dla zaistnienia naruszenia nie ma znaczenia czy cel stawiany sobie porozumiewającym się przedsiębiorcom został osiągnięty.

W tym miejscu należy odnieść się do zarzutów stawianych przez powoda w dalszej części procesu, który wskazywał, że przeprowadzone w postępowaniu sądowym dowody, wskazują na udział w porozumieniu spółki (...) lub zawarcie porozumienia pomiędzy zainteresowanym a spółką (...). Zarzuty te zdaniem Sądu nie są prawidłowe.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zarzut ten nie został podniesiony w złożonym odwołaniu, należy go zatem uznać za spóźniony. Niezależnie od tego należy wskazać, że powód nie udowodnił faktu udziału (...) w zarzucanym powodowi porozumieniu. Rację ma pozwany, że część dokumentów, na które wskazuje powód (pismo

procesowe z dnia 27 listopada 2017 roku) i z których wyciąga wnioski potwierdzające podnoszony zarzut, nie dotyczy niniejszej sprawy, a innego postępowania przetargowego zorganizowanego przez Straż Graniczną, lub innych przetargach. Powód nie udowodnił, że wskazane dokumenty dotyczą przedmiotowego przetargu. Przede wszystkim należy jednakże wskazać, że powód nie wykazał, aby (...) było wtajemniczone w treść rozmów prowadzonych przez niego z zainteresowanym, a co najwyżej (...) z (...) – poprzez ujawnienie zainteresowanemu ceny zaproponowanej w przetargu. To wskazywałoby na zawarcie porozumienia pomiędzy (...) a (...) i byłoby przedmiotowo inne niż objęte skarżoną decyzją.

Poza tym brak jest jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia do twierdzenia, aby (...) brało udział w porozumieniu, z którego nie uzyskiwało żadnych profitów, a którego celem było zwycięstwo powoda, nie powiązanego w żaden sposób z (...).

Nie ma też żadnego znaczenia fakt, iż (...) nie odwołało się od rezultatu przetargu do Krajowej Izby Odwoławczej. Z przeprowadzonych dowodów (k. 242 postępowania sądowego, k. 337 akt administracyjnych), wynika, że (...) starało się znaleźć podstawy do złożenia skutecznego odwołania. Fakt nie zaskarżenia decyzji przetargowej, wobec innych przeprowadzonych dowodów nie prowadzi do uznania, że (...) brało udział w przedmiotowym porozumieniu.

Wobec powyższego zarzut powoda dotyczący nieprawidłowego ustalenia przez pozwanego stron uczestniczących w porozumieniu należy uznać za nieprawidłowy.

W dalszej kolejności należy odnieść się do zarzutów 6 i 7 odwołania, a dotyczących naruszenie art. 106 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 8 k.p.a. Zauważyć należy, że w przypadku dopuszczenia się przez przedsiębiorcę deliktu polegającego na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję, zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W myśl art. 111 uokik przy ustalaniu wysokości kar, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Jak wynika z cytowanych przepisów nałożenie kary ma charakter fakultatywny, zaś jej wysokość jest uzależniona od wymienionych przesłanek.

W niniejszej sprawie Sąd uznał, że nałożenie kary pieniężnej na powoda jest uzasadnione wagą naruszonego dobra i interesem publicznym.

Kara ma spełniać rolę prewencyjną, zarówno w ujęciu ogólnym, oddziaływanie na ogół adresatów norm prawnych, jak i w ujęciu indywidualnym, gdyż ma zabezpieczać przed ponownym naruszeniem dobra prawnie chronionego przez powoda. Kara ma oddziaływać prewencyjnie w sensie negatywnym poprzez odstraszenie przedsiębiorców od zachowań sprzecznych z prawem i w sensie pozytywnym poprzez wzmacnianie hamulców u przedsiębiorców przestrzegających prawa. Kara ma oddziaływanie również represyjne, musi stanowić dla ukaranego dolegliwość za naruszenie prawa. Zdaniem Sądu, Prezes UOKiK rozważył wszelkie okoliczności mające wpływ na wymiar kary, w tym również postawę powoda w postępowaniu administracyjnym. Uwzględniono zarówno okoliczności obciążające, jak i łagodzące.

Sąd w pełni zgadza się z rozważaniami Prezesa UOKiK, uznającego działania powoda za umyślne. Ma rację pozwany podnosząc, że jest on profesjonalnym uczestnikiem obrotu rynkowego posiadającym wiedzę prawniczą i ekonomiczną. A zatem zasadne jest wymaganie od niego podwyższonej świadomości działań i formułowanie swoich oświadczeń w sposób jasny i zgodny z intencjami. Powód jako profesjonalny uczestnik rynku powinien znać obowiązujące uregulowania prawa ochrony konkurencji. Stosowana przez powoda praktyka w postaci zawarcia zmowy przetargowej, a także wykazany przez Prezesa UOKiK cel ustalonej praktyki jednoznacznie wskazują, iż Przedsiębiorca świadomy był ograniczania konkurencji poprzez realizowanie swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek porozumienia. O świadomości i celowości działania świadczy sposób komunikowania się między stronami porozumienia, co zostało przedstawione powyżej. W toku postępowania dowodowego ustalono, że podczas spotkań

i rozmów doszło do ustalenia ceny wskazanej w ofercie powoda, wybranej następnie, jako najkorzystniejszej w przetargu. Takie działanie niewątpliwie wykracza więc poza normalną praktykę handlową, gdyż bezpośrednio ustalanie cen pomiędzy uczestnikami przetargu wypacza sens tego przetargu, a działania powyższe jednoznacznie świadczą o świadomym i zawinionym zachowaniu powoda.

Przepis art. 106 ust. 1 u.o.k.k. daje Prezesowi UOKiK uprawnienie do nałożenia kary pieniężnej, a zatem skorzystanie z niego należy do sfery tzw. uznania administracyjnego. Działanie pozwanego w ramach uznania administracyjnego przy ustalaniu wysokości kary nie oznacza dowolności, bowiem organ konkretyzuje wymiar nałożonej kary, opierając się na przesłankach ustawowych, zgodnie z którymi przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Powód nie wykazał, aby nałożenie kar odbyło się z przekroczeniem granic uznania administracyjnego.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy w Warszawie –Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479^{31a} § 1 kpc oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 kpc, w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Na kwotę 360 zł złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w stawce minimalnej.