

Sygn. akt XVII AmA 25/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Witold Rękosiewicz

Protokolant: protokolant sądowy Magdalena Żabińska

po rozpoznaniu w dniu 26 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) w C.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

zainteresowany D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane (...) w C.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 grudnia 2015 r., nr (...)

1) oddała odwołanie,

2) zasądza od G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) w C. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1 440 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Witold Rękosiewicz

Sygn. akt XVII AmA 25/16

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK, pozwany), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją z dnia 14 grudnia 2015 r. nr (...):

I. na podstawie art. 11 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz.331 ze zm. dalej: uokik.) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zawarcie przez G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w C. (Przedsiębiorca, powód) oraz D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane (...) w C. (zainteresowany) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku wykonywania robót budowlano-remontowych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 23 maja 2014 r.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art 6 ust. 1 pkt 7 uokik nałożył na:

a. G. S. karę pieniężną w wysokości 254 724 zł,

b. D. Ś. karę pieniężną w wysokości 283 176 zł.

III. obciążył G. S. i D. Ś. kosztami postępowania antymonopolowego w kwotach po 29 zł.

Przedsiębiorca G. S. w złożonym odwołaniu zaskarżył decyzję Prezesa UOKiK w całości. Zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK powód zarzucił naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego tj.:

- art. 10 ust. 1 uokik poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania, - art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia polegającego 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,

- art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na skarżącego kary pieniężnej.

II. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik oraz art. 7 i 8 k.p.a. poprzez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów, polegające na formułowaniu wniosków sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jak również nie rozważenie wszechstronne okoliczności sprawy i przyjęcie, że:

a) strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję,

b) strony działały umyślnie.

III. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik oraz art. 7 i 8 k.p.a. poprzez brak wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy oraz jednostronną ocenę materiału dowodowego,

IV. naruszenie art. 107 § 1-3 k.p.a. i art. 6 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez niezamieszczenie wymaganego przepisami prawa starannego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji, w tym brak starannego uzasadnienia w zakresie przyjętej przez organ umyślności działania skarżącego,

V. naruszenie art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez nieuwzględnienie przy wymierzaniu kary przesłanek wymienionych w tym przepisie tj. nieprawidłowe ustalenie okresu, stopnia oraz nieuwzględnienie braku skutków rynkowych naruszenia przepisów ustawy.

Na podstawie przedstawionych zarzutów powód wniósł o:

1) uchylenie w całości zaskarżonej decyzji

ewentualnie

2) zmianę decyzji i obniżenie nałożonej kary pieniężnej przy uwzględnieniu przesłanki

zaniechania stosowania praktyki i braku jej skutków w odniesieniu do konkurencji na rynku,

3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zdaniem powoda faktyczne i prawne okoliczności sprawy nie pozwalają na stwierdzenie, że powód był uczestnikiem porozumienia naruszającego konkurencję. Powód powołał się na definicję porozumienia zamieszczoną w art. 4 pkt

5 uokik i wskazał, że zgodnie z wyrokiem SOKiK (sygn. akt XVII 73/13) tworzenie konsorcjum w celu wspólnego składania oferty w przetargu nie stanowi zakazanego porozumienia dotyczących uzgodnienia warunków własnych ofert. Stwierdził, że składanie przez powoda i zainteresowanego w innych postępowaniach wspólnej oferty w ramach konsorcjum firm nie może być uznane za okoliczność potwierdzającą istnienie między nimi niedozwolonego porozumienia. Podobnie okoliczność, iż powód i zainteresowany są współnikami w innych trzech spółkach cywilnych nie stanowi o istnieniu zмовы przetargowej lub uzgodnień między przedsiębiorcami w postępowaniu, którego dotyczy zaskarżona decyzja. W odwołaniu wskazano, że zgodnie z zasadą swobody działalności gospodarczej prowadzenie działalności na tym samym terenie i wspólne działanie w ramach spółki cywilnej jest tylko dowodem współpracy oraz osobistej znajomości powoda i zainteresowanego. Powód oświadczył, że przy składaniu ofert w postępowaniach przetargowych każdy z przedsiębiorców dokonuje samodzielnej kalkulacji swoich ofert. Ponadto przedsiębiorcy nie wykonują wzajemnie usług w charakterze podwykonawców. Wobec tego zarzuty rzekomego celowego działania przy składaniu ofert przez powoda i zainteresowanego oraz celowego nieuzupełniania dokumentów przez powoda nie mają żadnego uzasadnienia. Zdaniem powoda o istnieniu porozumienia nie mogą świadczyć również zbieżności stwierdzone przez Prezesa UOKiK w poszczególnych postępowaniach przetargowych. Powód przedstawił przebieg ośmiu postępowań przetargowych i stwierdził, że z całą pewnością w kilku postępowaniach brak jest jakichkolwiek skutków stwierdzonego przez Prezesa UOKiK naruszenia dla rynku. Dodał, że wskazana okoliczność powinna mieć wpływ na obniżenie wysokości wymierzonej decyzją kary pieniężnej. Zdaniem powoda również okoliczność, że obaj przedsiębiorcy zatrudniają tego samego pracownika do przygotowywania dokumentów składanych w postępowaniach przetargowych nie świadczy, że pomiędzy nimi doszło do zмовы przetargowej. Zadaniem tego pracownika jest sprawdzenie i przygotowanie ofert pod względem formalno-prawnym. Ta okoliczność wyjaśnia, dlaczego w ofertach obu przedsiębiorców mogą znaleźć się dokumenty generowane w zbliżonej dacie i godzinie. Pracownik ten, pod rygorem odpowiedzialności z kodeksu pracy, ma obowiązek zachowania poufności co do informacji uzyskanych przy okazji przygotowywania dokumentów przetargowych. Jednak informację dotyczącą ceny każdy przedsiębiorca wpisuje do oferty indywidualnie. Powyższe nie oznacza, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło do porozumienia i świadczy o zachowaniu przez każdego z nich należytej staranności przed ujawnieniem tych informacji drugiemu przedsiębiorcy. W odwołaniu podkreślono, że chociaż przedsiębiorcy współpracują w ramach wspólnie prowadzonych interesów, mają do siebie zaufanie w zakresie, kiedy ich interesy gospodarcze są konkurencyjne. Nigdy nie zawierali porozumienia a potencjalne zagrożenie ujawnienia treści oferty wyeliminowali poprzez zawarcie stosowanej umowy. Na podstawie przedstawionych argumentów powód stwierdził, iż wobec nie zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia w sprawie brak naruszenia interesu publicznoprawnego. Działania powoda nie mogły i nie rzutowały na prawidłowe funkcjonowanie konkurencji na rynku. Nie były sprzeczne z zasadami konkurencji przez ograniczenie swobody w stosunkach z innymi osobami na podstawie porozumienia z (...). Powód oświadczył, że nigdy świadomie nie współdziałał i nie koordynował z nim swojego zachowania. Zdaniem powoda fakty, na które powołuje się Prezes UOKiK nie świadczą o istnieniu zмовы. Powód zauważył, że uzupełnianie dokumentów jest zgodnie z przepisami i nie może stawiać uczestników przetargu w negatywnym świetle. Zarzut składania niewystarczających wyjaśnień uznał powód za nieuzasadniony. Oświadczył, że składał wyjaśnienie według najlepszej wiedzy i nie ma wpływu na ocenę przez zamawiającego wyjaśnień za wystarczające. Ze względu na identyczny przedmiot działania powoda i zainteresowanego zrozumiałe jest, że składali oferty w tych samych postępowaniach. Wbrew twierdzeniu Prezesa UOKiK okoliczności sprawy wskazują, że pomiędzy przedsiębiorcami nie doszło do zмовы cenowej. Powód wskazał, że nie zostały spełnione wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik przesłanki zakazanej praktyki. Zarzucił, że Prezes UOKiK nie wykazał istnienia porozumienia pomiędzy powodem a zainteresowanym, a więc brak podstaw do stwierdzenia naruszenia wymienionego przepisu.

Zdaniem Przedsiębiorcy Prezes UOKiK bezpodstawnie odmówił obniżenia ustalonej kary pieniężnej ze względu na błędną ocenę okresu, stopnia i okoliczności naruszenia mimo, że skala naruszenia i brak wpływu działania na poziom konkurencji były przesłankami do odstąpienia bądź znacznego obniżenia nałożonej kary pieniężnej. Powód zarzucił pozwanemu brak udowodnienia i nieprawidłowe przyjęcie w decyzji, że jego działanie miało charakter umyślny. Stwierdził, iż fakt bycia przedsiębiorcą nie czyni z niego profesjonalisty w zakresie znajomości przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie miał świadomości, że korzystanie przez dwóch przedsiębiorców z pracy tego samego pracownika może być podstawą do postawienia zarzutu zawarcia zakazanego porozumienia.

Nie wiedział też, jakie mogą być skutki nieprzedłużenia terminu związania ofertą. Uznał, że skoro jego oferta znajduje się na dalekiej pozycji, nie ma szans na uzyskanie zamówienia. Dodał, że mimo prawidłowego ustalenia zaprzestania stosowania zakwestionowanej praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK nie uwzględnił tej okoliczności jako łagodzącej i uzasadniającej obniżenie wymiaru kary, przyjmując za równoważącą ten fakt umyślność działania Przedsiębiorcy. Wskazał, że tylko w przypadku dwóch postępowań przetargowych powód i zainteresowany zajmowali dwa pierwsze miejsca. Więc tylko w tym przypadku można mówić o ewentualnym ograniczeniu konkurencji. W pozostałych przypadkach obaj przedsiębiorcy byli na odległych pozycjach. Wobec tego swoim działaniem nie mogli zaburzyć konkurencji rynkowej i nie zostały spełnione określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik przesłanki zabronionej praktyki. Ponadto działanie przedsiębiorców nie spowodowało naruszenia interesu publiczno-prawnego. W wyniku naruszenia prawa powód i zainteresowany nie osiągnęli też żadnych korzyści, ponieważ nie została podpisana żadna umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Nie doszło również do narażenia zamawiającego na dodatkowe koszty. Wszystkie zawarte umowy opiewały na kwoty poniżej wartości przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. W sytuacji, gdy złożona oferta znajdowała się na odległej pozycji nie można uznać, że stanowiła jakikolwiek zagrożenie czy ograniczenie konkurencji. Z tego względu powód nie zgodził się z oceną pozwanego, że porozumienie trwało około dziewięciu miesięcy. W tej sytuacji, zdaniem powoda, maksymalna wysokość kary powinna wynosić 80 907, 56 zł. Powód nie zaakceptował również stanowiska, że w prowadzonym przez Prezesa UOKiK postępowaniu winno się pomijać i nie brać pod uwagę żadnych okoliczności wynikających z prawa zamówień publicznych i orzecznictwa sądów. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) dotyczące zarzutów istnienia zmowy przetargowej i braku podstaw prawnych do ograniczenia zasady swobody gospodarczej w zakresie możliwości tworzenia przez przedsiębiorców powiązań osobowych i kapitałowych. Zaznaczył, że w ocenie KIO istnienie powiązań organizacyjnych nie uzasadnia przyjęcia istnienia zmowy przetargowej oraz oceny, że powołane w odwołaniu okoliczności naruszały dobre obyczaje w obrocie gospodarczym.

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

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 10 ust.1 i art. 6 ust.1 pkt 7 uokik Prezes UOKiK podniósł, że z uwagi na trudności dowodowe związane z wykazaniem ich istnienia zmowy cenowe należy oceniać na podstawie rezultatów i okoliczności w kontekście całokształtu zachowania podmiotów z uwzględnieniem dowodów pośrednich. Odrębne analizowanie każdej okoliczności bez jej umiejscowienia w całokształcie zdarzeń może prowadzić do nierzetelnych wniosków. Występujące w decyzji okoliczności analizowane łącznie prowadzą do wniosku, że powód i zainteresowany nie zawsze konkurowali ze sobą i koordynowali swoje zachowanie w przetargach w celu osiągnięcia rezultatu w postaci wyboru przez zamawiającego tej oferty jednego z nich, która była droższa. Przeprowadzenie analizy przetargów, w których przedsiębiorcy złożyli swoje oferty, pozwoliło Prezesowi UOKiK na ustalenie mechanizmu działania przedsiębiorców. Oferty były przygotowywane w taki sposób, żeby w wyniku wyboru przez zamawiającego znalazły się na pierwszych miejscach w klasyfikacji opierającej się na kryterium ceny. Ustalali wartość swoich ofert z taką różnicą cen, która pozwalała na osiągnięcie pierwszej i drugiej pozycji w przetargu. Dawalo to możliwość wykorzystania sytuacji. W tych warunkach poprzez spowodowanie odrzucenia oferty z pierwszego miejsca lub odmowę podpisania umowy doprowadzali do wyboru drugiej, droższej oferty. Pozwany wskazał, że okoliczność uczestniczenia przez powoda i zainteresowanego również w innych przetargach, oraz fakt, że nie zawsze wyniki przetargu pozwalały na realizowanie przedstawionego mechanizmu postępowania nie oznaczają, że powyższe wnioski są bezzasadne.

Odnosnie stanowiska odwołania, że brak jakichkolwiek skutków stwierdzonego naruszenia powinien skutkować obniżeniem wymierzonej powodowi kary pieniężnej Prezes UOKiK przedstawił sposób działania powoda i zainteresowanego w dwóch postępowaniach przetargowych. Pozwany stwierdził, że w postępowaniach przetargowych wymienionych w pkt od 3 do 9 uzasadnienia decyzji przedsiębiorcy stosowali identyczny mechanizm. Składali oferty przetargowe zawierające identyczne braki mimo, że z uwagi na uczestnictwo w wielu przetargach posiadają doświadczenie pozwalające uniknąć braków ofert. Charakter braków umożliwiał im łatwe uzupełnienie. W takiej

sytuacji braku uzupełniał podmiot, którego oferta cenowa była droższa. Nie robił tego drugi podmiot mimo, że mógł to zrobić równie łatwo. Zdaniem pozwanego taką prawidłowość trudno wytłumaczyć w racjonalny sposób. Okoliczność, że w pozostałych przetargach oferty powoda i zainteresowanego nie uplasowały się na czołowych miejscach wynikała z poziomu cen zaferowanych przez konkurentów. Jednak mechanizm działania przedsiębiorców był taki sam.

W odpowiedzi na argumenty powoda o braku negatywnych skutków porozumienia Prezes UOKiK powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku SOKiK z dnia 6 października 2009 r. sygn. akt XVII AmA 105/08. Stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym poglądem krajowego i wspólnotowego orzecznictwa dla stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne, aby jego skutki wystąpiły na rynku. Zakazane są również postanowienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. Nie ma znaczenia czy cel ten został osiągnięty. Takie stanowisko wynika wprost z brzmienia art. 6 uokik. Na poparcie tego twierdzenia Prezes UOKiK przywołał przykładowe wyroki ETS, zgodnie z którymi w przypadku udowodnienia, że cel porozumienia był antykonkurencyjny, nie ma konieczności dodatkowego wykazywania, iż porozumienie spowodowało ograniczenie konkurencji na rynku. Prezes UOKiK wskazał, że dla kwalifikacji działania jako porozumienie wystarczające jest stwierdzenie, że zgodnym zamiarem stron była rezygnacja ze swojej suwerenności decyzyjnej lub jej części. Nie ma przy tym znaczenia, czy osiągnięty został cel w postaci dążenia do ograniczenia konkurencji. Bez znaczenia jest również, jaki był obiektywny zamiar uczestników porozumienia oraz, czy strony były świadome, że w świetle przepisów ustawy cel podjętych przez nie działań jest antykonkurencyjny. Istotne znaczenie ma obiektywny cel wynikający z treści zawartej umowy lub praktycznie stwierdzonej koordynacji działań przedsiębiorców. Dla uznania praktyki za porozumienie, o którym owa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wystarczające jest ustalenie jednego elementu, np. ceny lub sposobu zachowania się w postępowaniu przetargowym.

Zdaniem pozwanego podmioty, które faktycznie rywalizują ze sobą, nie powierzają tej samej osobie przygotowania ofert ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutów naruszenia przepisów k.p.c. i k.p.a. oraz zasady swobodnej oceny dowodów Prezes UOKiK powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zgodnie z którym w trudnych dowodowo sprawach, wobec braku dowodów bezpośrednich, zasadne jest zastosowanie na podstawie art. 231 k.p.c. domniemania faktycznego. Nie zgodził się również z zarzutami powoda dotyczącymi naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej oraz art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez nieuwzględnienie przy ustalaniu kary przesłanek wymienionych w tym przepisie. Pozwany wskazał okoliczności, które miały wpływ na ustalenie wysokości nałożonej decyzją kary. Zauważył, iż wysokość nałożonej decyzją kary pieniężnej została określona przy uwzględnieniu przychodu uzyskanego przez powoda, jest adekwatna do stopnia naruszenia i nie przekracza 1% przychodu Przedsiębiorcy. Wskazał, że wysokość ustalonej decyzją kary pieniężnej powinna umożliwić realizację ustawowych funkcji kary.

Zainteresowany, któremu doręczono odpis odwołania, nie przedstawił stanowiska w sprawie i nie brał udziału w postępowaniu.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Na podstawie informacji zebranych w postępowaniu wyjaśniającym Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 2 grudnia 2014 r. wszczął postępowanie w związku z podejrzeniem zawarcia przez G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) w C. oraz D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane (...) w C. porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgodnieniu przez wymienionych (...) przystępujących do przetargów publicznych na roboty budowlane warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku postępowań przetargowych czynności mających doprowadzić do wyboru przez zamawiającego oferty droższej. Zebrane w toku postępowania wyjaśniającego dokumenty i informacje zostały zaliczone do materiału dowodowego prowadzonego postępowania antymonopolowego. Pismami z 2 grudnia 2014 r. Prezes UOKiK zawiadomił Przedsiębiorców o wszczęciu postępowania i wezwał do złożenia informacji i dokumentów dotyczących ilości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których brali udział w II, III

i IV kwartale roku 2014 oraz przedstawienia danych dotyczących tych postępowań przetargowych. Pismami z dnia 18 marca 2014 r. Prezes UOKiK wezwał Przedsiębiorców do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej oraz informacji dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wykonywania robót budowlanych, w których brali udział w latach 2011 – 2013 i I kwartale 2014 r. W pismach z dnia 1 i 2 kwietnia 2014 r. (k. 17 i 40 akt adm.) Przedsiębiorcy odpowiedzieli na wezwanie Prezesa UOKiK. Głównym przedmiotem działalności Przedsiębiorcy G. S. działającego pod firmą (...) oraz zainteresowanego D. Ś. prowadzącego przedsiębiorstwo (...) jest wykonywanie robót budowlanych dotyczących budynków mieszkalnych i niemieszkalnych. W roku 2013 Przedsiębiorca uczestniczył w 10 postępowaniach przetargowych. W dwóch przypadkach Przedsiębiorca brał udział w tych postępowaniach w ramach konsorcjum utworzonego z firmą (...). Jako jednego z konkurentów w postępowaniach przetargowych dotyczących zamówienia publicznego Przedsiębiorca wymienił D. Ś.. Zainteresowany uczestniczył w postępowaniach przetargowych dotyczących zamówienia publicznego w 2011 r. - 7 razy, w 2012 r. – 22 razy, w 2013 r. – 32 razy a w I kwartale roku 2014 – 4 razy. Jako swojego konkurenta zainteresowany wskazał m. in. G. S. działającego pod firmą (...). Powód i zainteresowany są współnikami w trzech spółkach cywilnych pod nazwą: Technika grzewcza i sanitarna „(...)” s.c., (...) s.c., i Galeria płytek „(...)” s.c. (k. 27-39 akt adm.).

G. S. – (...) wykonuje roboty budowlane głównie na terenie województwa (...) i czasem (...). Oferty w postępowaniach przetargowych składa na terenie województw (...), (...), (...), (...), (...) i (...). W roku 2013 i 2014 powód G. S. nie wykonywał prac budowlanych jako podwykonawca w zadaniach, w których wybrana została w przetargu oferta zainteresowanego D. Ś..

Przedsiębiorstwa (...) jako samodzielne podmioty brały udział w ośmiu postępowaniach przetargowych w sprawie zamówienia publicznego zorganizowanych przez Komendę Wojewódzką Policji w K., dotyczących zadań inwestycyjnych w G., Z., R., D., C., S., W. oraz P..

W przetargu dotyczącym inwestycji w G. oferty obu przedsiębiorców zostały złożone w dniu 24 października 2013 r. o godzinie 12:24, liczba dziennika (...) i (...). Pierwsze miejsce uzyskała oferta (...) z ceną 7 782 210 zł. Drugą pozycję w przetargu uzyskała oferta (...) z ceną 8 418 210 zł (k. 453 i 463 akt adm.). W ofercie (...) stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku posiadania doświadczenia i brak wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Do oferty (...) dokumenty te zostały dołączone. Spełnienie przez (...) warunku dotyczącego posiadania doświadczenia było obiektywnie możliwe, ponieważ (...) przedstawił dokument potwierdzający wykonanie robót budowlanych w ramach konsorcjum z (...) (k. 455-459 akt adm.). W trakcie postępowania zamawiający wystąpił do uczestników przetargu z wnioskiem o przedłużenie okresu związania ofertą o 30 dni (k.397 akt adm.). (...) nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą i został wykluczony z postępowania przetargowego. (...) zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Dokumenty zawierające oświadczenia obu przedsiębiorców zostały złożone w tym samym dniu. W wyniku uznania przez zamawiającego, że złożenie oferty przez (...) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oferta została odrzucona. Zamawiający zawarł umowę z konsorcjum firm, które przedstawiło najkorzystniejszą ważną ofertę.

W przetargu dotyczącym zadania inwestycyjnego w Z. oferty obu (...) wpłynęły w tym samym czasie, w dniu 7 listopada 2013 r. jako następujące po sobie. Pierwsze miejsce uzyskała oferta (...) z ceną 10 929 780 zł a drugie oferta (...) z ceną 11 830 140 zł (k. 164 i 182 akt adm.). Obaj przedsiębiorcy złożyli dokumenty dotyczące dysponowania lub możliwości dysponowania tymi samymi osobami z wyjątkiem kierownika budowy w zakresie specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Na skutek złożenia w postępowaniu przetargowym niewystarczających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz braku złożenia wyjaśnień dotyczących posiadania doświadczenia oferta (...) została odrzucona. Dokumenty złożone przez (...) były kompletne. Zamawiający odrzucił oferty obu przedsiębiorców uznając, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i zawarł umowę z innym przedsiębiorcą, którego oferta była najkorzystniejsza.

W postępowaniu przetargowym dotyczącym inwestycji w R. oferty obu przedsiębiorców wpłynęły w tym samym czasie 6 listopada 2013 r. Oferta (...) uzyskała 2 pozycję (cena 12 740 340 zł), a oferta (...) 3 pozycję (cena 13 932 210 zł). Obaj wykonawcy wykazali, że dysponują lub będą dysponować tymi samymi osobami. W ofercie (...)

brak było dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia. (...) przedstawił dokument wykazujący posiadanie doświadczenia w wyniku wykonywania robót budowlanych z (...). Ponadto ten przedsiębiorca nie złożył wyjaśnień dotyczących podejrzenia wystąpienia zbyt niskiej ceny. W rezultacie oferta (...) została odrzucona. Zamawiający odrzucił oferty obu przedsiębiorców uznając ich złożenie za czyn nieuczciwej konkurencji i podpisał umowę z innym podmiotem, który złożył najkorzystniejszą ważną ofertę.

W przetargu dotyczący inwestycji w D. oferta (...) uzyskała 1 pozycję (cena 17 527 500 zł), a oferta (...) 4 pozycję (cena 18 842 370 zł). Oferty obu przedsiębiorców wpłynęły tym samym dniu jako następujące po sobie. W ofercie (...) brak było dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia. Taki dokument przedstawił (...), który wykazał zdobycie doświadczenia w ramach konsorcjum z (...). Oferty zostały odrzucone przez zamawiającego jako czyny nieuczciwej konkurencji. Umowę podpisano z innym wykonawcą.

W przetargu dotyczącym inwestycji w C. oferta (...) uzyskała 3 pozycję (cena 3 164 175 zł), a oferta (...) pozycję 4 (cena 3 597 910 zł). W tym postępowaniu oferta tańsza (...) miała braki dotyczące niewykazania doświadczenia. Tym razem (...) wykazał posiadanie doświadczenia poprzez wykonywanie robót z (...) w ramach konsorcjum. W ofercie (...) braki zostały uzupełnione. W pismach składanych przez obu przedsiębiorców wskazano ten sam numer liczby dziennika. Pisma posiadały również inne identyczne cechy. Zamawiający podpisał umowę z podmiotem, którego oferta była najkorzystniejsza cenowo.

W przetargu dotyczącym zadania w S. obie oferty wpłynęły w tym samym czasie. Oferta (...) uzyskała 3 pozycję, a oferta (...) pozycję 5. Przedstawione przez obu przedsiębiorców dokumenty dotyczące ubezpieczenia wadium pochodziły z tej samej daty. Oferta (...) miała wadę dotyczącą nie wykazania posiadania doświadczenia. Tej wady nie było w ofercie droższej. Lecz wykazanie przez (...) posiadania doświadczenia było obiektywnie możliwe. Wykazy osób przedstawione przez obu wykonawców posiadały te same błędy redakcyjne, pisarskie i interpunkcyjne. Obaj przedsiębiorcy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W postępowaniu dotyczącym inwestycji w W. oferta (...) zajęła 5 miejsce a (...) pozycję 9. Ceny ofertowe wynosiły odpowiednio 10 179 480 zł oraz 10 729 290 zł. W ofercie (...) brak było dokumentu wykazującego posiadanie doświadczenia mimo, że obiektywnie było to możliwe. Taki dokument przedstawił (...). Obie oferty zawierały szereg tożsamy danych. Również szata graficzna ofert obu przedsiębiorców była identyczna. Obaj przedsiębiorcy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Pisma przedsiębiorców w tej kwestii miały podobną konstrukcję i marginesy. Różniły się rodzajem czcionki. Wpłynęły w tym samym czasie (k. 1278-1281 akt adm.). Wydruki z CEIDG dotyczące obu Przedsiębiorców zostały wygenerowane w dniu 17 października 2013 r. z różnica 1 minuty (k. 1314-1315 i 1320 akt adm.).

W postępowaniu przetargowym dotyczącym inwestycji w P. oferty obu przedsiębiorców złożono w tym samym dniu 25 października 2013 r. (...) osiągnął pozycję 11 (cena 1 455 090 zł) a (...) pozycję 12 (cena 1 643 280 zł). W ofercie tańszej stwierdzono brak informacji dotyczących doświadczenia mimo, że ich złożenie było obiektywnie możliwe, ponieważ w dokumencie przedstawionym przez (...) powołano się na doświadczenie zdobyte w ramach współpracy z (...) w ramach konsorcjum. Również w tym postępowaniu obaj przedsiębiorcy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Złożone przez przedsiębiorców pisma w tej kwestii były datowane na 30 października 2013 r., miały podobną konstrukcję, marginesy i błędy redakcyjne. Różniły się wyłącznie rodzajem czcionki i wpłynęły w tym samym czasie. Wydruki z (...) potwierdzające posiadanie status przedsiębiorcy dla obu podmiotów zostały wydrukowane w tym samym czasie.

Z informacji dotyczących przedstawionych postępowań przetargowych wynika, że w czterech z nich niższą cenę zaoferował (...). W pozostałych czterech cena niższa wyznaczył (...). W kilku postępowaniach powód i zainteresowany tworzyli konsorcja, w których przemiennie zajmowali pozycję lidera. Ponadto adres prowadzenia działalności gospodarczej i adres dla doręczeń (...) jest zbieżny z adresem dodatkowego miejsca prowadzenia działalności przez (...). W aktach administracyjnych znajdują się także informacje dotyczące przychodów uzyskanych przez powoda i zainteresowanego w roku 2014 (k. 1335-1339 i 1341-1346 akt adm.) z działalności gospodarczej oraz pochodzące

z udziałów w spółkach cywilnych (tajemnica przedsiębiorstwa). Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania i analizie zebranych informacji stwierdził, iż zachowanie powoda i zainteresowanego uczestniczących w postępowaniu przetargowym wskazuje na działanie w warunkach niedozwolonego porozumienia i wydał zaskarżoną decyzję.

Przedstawione okoliczności nie były między stronami sporne.

Na podstawie dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W odwołaniu powód nie kwestionował, że w postępowaniach przetargowych, w których uczestniczyli powód i zainteresowany występował określone prawidłowości:

1. wysokość cen podanych w ofertach powoda i zainteresowanego była zbliżona,
2. podmioty oferujące niższą cenę występowały przemiennie,
3. oferty obu przedsiębiorców składane były zawsze w tym samym czasie,
4. informacje z CEIDG dotyczące obu przedsiębiorców generowane były w tym samym czasie,
5. w ofertach z niższą ceną każdorazowo występowały braki dotyczące:
 - a) wykazania posiadanego doświadczenia mimo, że przedstawienie takiego dokumentu było obiektywnie możliwe,
 - b) złożenia wykazu osób, którymi dysponował oferent,
 - c) przedstawienia ważnej gwarancji ubezpieczeniowej,
 - d) składania niewystarczających wyjaśnień dotyczących podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny,
6. oferta podmiotu z droższą ceną nie miała wymienionych powyżej braków,
7. w celu wykazania posiadania doświadczenia (...), którego cena w ofercie była wyższa przedstawiał dokument dotyczący wykonania robót budowlanych w ramach konsorcjum z (...),
8. podmiot oferujący niższą cenę, którego oferta zajmowała pierwszą pozycję, nie wyrażał zgody na przedłużenie związania ofertą,
9. podmiot, którego oferta była na drugiej pozycji, wyraził zgodę na przedłużenie związania ofertą,
10. pisma obu przedsiębiorców nosiły tę samą datę i były składane w tym samym terminie,
11. we wniosku o przejrzanie wybranych ofert (...) wskazał jako osobę upoważnioną pracownika (...).
12. powód i zainteresowany są współnikami w trzech spółkach cywilnych.

W zaskarżonej decyzji i odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK trafnie zauważył, że wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań, mając świadomość ich nielegalnego charakteru, zwykle tuszują swe porozumienie. Osobne wystąpienie każdej z wymienionych okoliczności nie daje podstaw do uznania, że pomiędzy powodem i zainteresowanym doszło do zawarcia porozumienia. Z tego względu w razie braku bezpośrednich dowodów stosowania praktyk ograniczających konkurencję, na podstawie art. 81 uokik możliwe jest zastosowanie art. 231 k.p.c., zgodnie z którym fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy mogą zostać uznane za ustalone, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Oznacza to, że w przypadku braku dowodów bezpośrednich fakt zawarcia zakazanego porozumienia można uznać za udowodniony, jeżeli stwierdzonego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić inaczej niż przez

uzgodnienie ich zachowań na rynku. Istnienie porozumienia należy oceniać na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, przesłanek i rezultatów, których łączne wystąpienie wskazuje na stosowanie niedozwolonej praktyki rynkowej polegającej na uzgodnieniu przez nich warunków składanych ofert.

W ocenie Sądu, na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, dotyczących zachowania Przedsiębiorców w analizowanych postępowaniach przetargowych możliwe było ustalenie mechanizmu działania powoda i zainteresowanego. Celem przedsiębiorców było uzyskanie dwóch pierwszych miejsc w postępowaniu przetargowym. Taka sytuacja umożliwiała przedsiębiorcom podejmowanie działań prowadzących do odrzucenia przez zamawiającego oferty z niższą ceną i automatycznego wyboru przez niego oferty droższej. Na ocenę stwierdzonego zachowania powoda i zainteresowanego nie ma wpływu okoliczność, że w analizowanych postępowaniach nie doszło do skutecznego podpisania przez zamawiającego umowy z jednym z uczestników porozumienia. Zakazane jest bowiem samo zachowanie, które polega na rezygnacji przedsiębiorców ze swojej niezależności przy podejmowaniu decyzji. W wyniku porozumienia dochodzi do koordynacji zachowania jego uczestników w postępowaniu przetargowym i wyeliminowania konkurencji między sobą. Takie działanie stwarza również zagrożenie zniekształcenia działania zamawiającego, który może być zmuszony do wyboru droższej oferty. Zgodnie z art. 6 ust. 1 uokik zakaz obejmuje nie tylko porozumienia, w których doszło do osiągnięcia określonego skutku. Zakaz dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w swobodną konkurencję, która sama jest dobrem chronionym przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wobec wykazania, iż cel porozumienia w postaci wyeliminowania konkurencji został osiągnięty, w sprawie nie było potrzeby wykazywania, że zawarcie porozumienia spowodowało wystąpienie negatywnego skutku dla konkurencji lub po stronie zamawiającego, który na skutek podejmowanych działań przez uczestników porozumienia zmuszony był do wyboru droższej oferty i poniósł z tego tytułu wymierną szkodę.

Wobec dokonania ustaleń, które wskazywały na zawarcie przez powoda i zainteresowanego porozumienia w formie określonej w art. 4 pkt 5 lit b uokik Prezes UOKiK był uprawniony do wydania decyzji, w której stwierdził stosowanie przez przedsiębiorców zakazanej praktyki, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczące naruszenia art. 10 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie zasługiwały więc na uwzględnienie. Powyższa ocena jest zgodna ze stanowiskiem doktryny dotyczącym występujących najczęściej w praktyce form zmowy przetargowej. Jedną z tych form jest udział w postępowaniu, który w istocie polega na stworzeniu pozorów rywalizacji, a następnie rezygnacji lub (jak w rozpatrywanej sprawie) doprowadzeniu do wykluczenia jednego z przedsiębiorców z postępowania i w naturalny sposób stworzenia warunków do wyboru przez zamawiającego oferty podmiotu uprzednio ustalonego pomiędzy uczestnikami przetargu, którzy w majestacie prawa złożyli konkurencyjne oferty w tym samym przetargu. Za podobne w skutkach można uznać działanie polegające na odmowie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, zawarcia umowy dla umożliwienia zawarcia umowy przez wykonawcę, który złożył następną w kolejności ofertę (zob. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, LEX/el. 2012, Paulina Soszyńska – Purtak Zmowa przetargowa cz. I, ABC nr 205289). Jak trafnie stwierdzono w komentarzu „Wspólnym mianownikiem wszystkich form zμών przetargowych jest zazwyczaj podział dodatkowo zdobytych zysków między wykonawców biorących udział w zlocie. Owe zyski pochodzą natomiast z uzyskanej w wyniku zlocie, wyższej ceny umowy w sprawie zamówienia”.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności stwierdzić należało, iż nie zasługują na uwzględnienie zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik oraz art. 7 i 8 k.p.a. poprzez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów. Wbrew twierdzeniom powoda sformułowane na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego wnioski są zgodne ze stanowiskiem ugruntowanym w krajowym i wspólnotowym orzecznictwie sądowym. Wynikają z wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy i nie są sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego w tego rodzaju sprawach. Brak też podstaw do uznania, że w wyniku niewłaściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego błędnie przyjęto, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło umyślnego do zawarcia zakazanego porozumienia. Trudno bowiem przypuszczać, że działający na rynku przedsiębiorcy, mający profesjonalne doświadczenie w składaniu ofert przetargowych, nie mieli świadomości, że ich działania mogą naruszać zasady swobodnej konkurencji i przepisy ustawy. Gdyby jednak tak było, to działanie przedsiębiorców świadczyłoby

o lekkomyślnym podejściu do wykonywanej działalności gospodarczej, co również jest formą winy, nie mającą jednak wpływu na prawidłowość stwierdzenia istnienia naruszenia prawa.

Przedstawione wyżej, wynikające z zebranego materiału dowodowego informacje pozwalają bowiem na ustalenie faktów uzasadniających stwierdzenie, że praktyka powoda i zainteresowanego była przejawem niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Dodać wypada, że zgodnie z przyjętym w orzecznictwie stanowiskiem wykazanie zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Istnienie zmowy oceniane jest po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności, a w wielu sytuacjach działania podejmowane w przetargu można racjonalnie wyjaśnić jedynie istnieniem zmowy przetargowej (wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. sygn. akt XVII AmA 117/05). W ocenie zmwów przetargowych, jako zakazanych per se, obowiązują jednak obniżone standardy dowodowe - dla wykazania antykonkurencyjnej praktyki wystarczające jest ustalenie antykonkurencyjnego celu porozumienia (K.Kohutek, M.Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. LEX/el 2008). Cel porozumienia to wola uczestników wyrażona w treści dokumentu, lecz również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust.1 uokik wystarczy wykazanie, że porozumienie stawia sobie za cel ograniczenie konkurencji na ustalonym rynku właściwym (dec. Prezesa UOKiK z 15 grudnia 2005 r., nr (...) Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., nr 1, poz. 9). Podobne w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 maja 2014 r., III SK 44/13 wskazując, że do stwierdzenia naruszenia art. 6 ust.1 uokik wystarczające jest wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie konkurencji na rynku.

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

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik w przypadku stwierdzenia choćby nieumyślnego naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości do 10 % przychodu przedsiębiorcy w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik nie zasługuje w tej sytuacji na uwzględnienie. Na wysokość nałożonej kary mają wpływ określone w art.111 uokik dyrektywy wymiaru kary. Przy ustalaniu wysokości kary Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, że okres stosowania zakazanej praktyki trwał od ogłoszenia pierwszego postępowania przetargowego, w którym powód i zainteresowany zgłosili swoje oferty do dnia zawarcia ostatniej umowy w analizowanych postępowaniach przetargowych. Działanie przedsiębiorców nie było długotrwałe, lecz miało charakter umyślny. Jak wskazał Prezes UOKiK, zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, aby naruszenie było traktowane jako popełnione umyślnie nie jest konieczne, by przedsiębiorstwo było świadome naruszenia reguł konkurencji. Wystarczy aby nie mogło być nieświadome, że sporne zachowanie miało na celu ograniczenie konkurencji. Zgodnie z przyjętymi przez Prezesa UOKiK zasadami stopień stwierdzonego naruszenia był bardzo poważny a porozumienie zostało uznane za szczególnie szkodliwe naruszenie konkurencji, ponieważ niweczy możliwość osiągnięcia celu przetargu, tj. wyłonienie najkorzystniejszej oferty, sztucznie zniekształca zachowania rynkowe uczestników przetargu i pozbawia uczestników przetargu możliwości osiągnięcia korzyści. W tych okolicznościach wysokość kwoty bazowej w odniesieniu do powoda w wysokości 363 891, 91 zł należało uznać za prawidłowe. Ze względu na ograniczony wpływ porozumienia na konkurencję na określonym w sprawie rynku właściwym, co Prezes UOKiK uznał za okoliczność łagodzącą, zasadne było obniżenie kwoty bazowej o 30%. Zdaniem Sądu Prezes UOKiK trafnie przyjął, że okoliczności zaprzestania stosowania praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego oraz umyślności działania wzajemnie się równoważyły. Brak więc było podstaw do dalszego obniżenia lub podwyższenia poziomu nałożonej kary pieniężnej.

Z uwagi na fakt, że w świetle dokonanych ustaleń okoliczność przygotowywania ofert dla (...) i (...) przez jednego pracownika bez ujawniania jej treści drugiej stronie nie miała wpływu na stwierdzenie stosowania

przez przedsiębiorców zarzucanej praktyki Sąd oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z przesłuchania wskazanego w odwołaniu świadka.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy, wobec braku podstaw do uwzględnienia, oddalił odwołanie jako bezzasadne - art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. stosownie do wyniku sporu. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika pozwanego ustalono na podstawie

§ 14 ust.2 pkt.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804) w brzmieniu pierwotnym, obowiązującym w dniu wniesienia odwołania i pozostającym w mocy do dnia 27 października 2016 r.

SSO Witold Rękosiewicz.