

Sygn. akt *XVII AmA 26/16*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2018 r.

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

Przewodniczący –	SSO Anna Maria Kowalik
Protokolant –	St. sekr. sąd. Joanna Preizner

po rozpoznaniu 25 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **D. Ś.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem G. S.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

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

1) oddala odwołanie,

2) zasądza od D. Ś. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1 440,00 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Anna Maria Kowalik

Sygn. akt XVII AmA 26 /1 6

UZASADNIENIE

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

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. (dalej zainteresowany) oraz D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane (...) w C. (dalej powód) 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 art6 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.

Odwołanie od decyzji złożył D. Ś., w którym zaskarżył ją w całości i zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 10 ust. 1 uokik poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania;

2) 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,

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

4) 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.

5) 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;

6) 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;

7) 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;

4) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka M. J..

Zdaniem powoda faktyczne i prawne okoliczności sprawy nie pozwalają na stwierdzenie, że powód był uczestnikiem porozumienia naruszającego konkurencję. 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 dotyczącego 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 powoda 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. 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 zмовы 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 zмовы 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.

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 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 przedsiębiorców 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 18 marca 2014 r. Prezes UOKiK wezwał 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.). Powodowie złożyli odpowiedzi na wezwanie Prezesa UOKiK.

Głównym przedmiotem działalności D. Ś. jest wykonywanie robót budowlanych dotyczących budynków mieszkalnych i niemieszkalnych (k.19). W roku 2013 powód uczestniczył w 32 postępowaniach przetargowych (k.17-18). W dwóch przypadkach powód brał udział w tych postępowaniach w ramach konsorcjum utworzonego z zainteresowanym. Jako swojego konkurenta zainteresowany wskazał m. in. G. S. działającego pod firmą (...). Powód i zainteresowany są wspólnikami w trzech spółkach cywilnych pod nazwą: Technika grzewcza i sanitarna „(...)” s.c., (...) s.c., i (...)” s.c. (k. 27-39 akt adm.).

G. S. oferty w postępowaniach przetargowych składa na terenie województw (...), (...), (...), (...), (...) i (...).

D. Ś. i G. S. 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 24 października 2013 r. o godzinie 12:24, liczba dziennika 776 i 777. 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, 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 dotycząca 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 tożsamyh 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 CEIDG 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 przemienne 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.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego, których prawdziwości żadna ze stron postępowania nie kwestionowała.

Sąd oddalił wniosek powoda zgłoszony w odwołaniu o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka M. J. na okoliczność potwierdzenia, że przygotował oferty powoda i zainteresowanego, bez ujawnienia ich treści drugiej stronie uznając, że nie ma on znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zaskarżona Decyzja jest słuszna i ma oparcie w przepisach prawa a podnoszone przez powoda zarzuty są nietrafne, stąd nie mogą skutkować uchYLENIEM, czy też zmianą Decyzji.

W ocenie Sądu Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, iż zawarte pomiędzy powodem a zainteresowanym porozumienie było porozumieniem określonym w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., do zawarcia którego doszło na krajowym rynku usług budowlanych, które spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego.

Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W odwołaniu powód nie kwestionował, że w postępowaniach przetargowych, w których uczestniczył wraz z zainteresowanym występowały 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 przejrzenie wybranych ofert (...) wskazał jako osobę upoważnioną pracownika (...).

12. powód i zainteresowany są współnikami w trzech spółkach cywilnych.

Łączna ocena wyżej wymienionych okoliczności prowadzi do wniosku, że zachowania powoda i zainteresowanego świadczą o zawarciu przez nich porozumienia, których celem było ograniczenie konkurencji.

Rację ma Prezes UOKiK twierdząc, że wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, ponieważ 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 powoda i zainteresowanego w analizowanych postępowaniach przetargowych możliwe było ustalenie mechanizmu działania.

Powód oraz zainteresowany byli zainteresowani zajęciem dwóch pierwszych miejsc w postępowaniu przetargowym. Taka sytuacja umożliwiała im 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 antykonkurencyjny wymiar porozumień może przejawiać się poprzez z góry założony antykonkurencyjny cel lub rzeczywisty antykonkurencyjny skutek. Cel i skutek nie muszą występować łącznie, przesłanki mają charakter alternatywny. Antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego uczestników o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Cel porozumienia należy wywodzić nie tylko z literalnego brzmienia umowy lub innego dokumentu, ale z całokształtu okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonywaniu porozumienia (A. Jurkowska, Porozumienia kooperacyjne, s. 91). Antykonkurencyjny cel „nie musi wynikać ze wszelkich postanowień porozumienia. Wystarczającym jest, iż zawierać będzie tylko poszczególne klauzule zmierzające do ograniczenia lub eliminacji konkurencji (...)” (K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, OKiKU. Komentarz, s. 252, Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Legalis zaczerpnięty z: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, wyd. 2 z 2014 r.).

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu należy przytoczyć ugruntowane stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie porozumień ograniczających konkurencję i tak a w uzasadnieniu do wyroku z 20 lutego 2014 r. (sygn. akt III SK 26/13, Legalis) Sąd Najwyższy stwierdził „W przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel to zasadniczo sama treść porozumienia, wsparta oceną kontekstu gospodarczo-prawnego porozumienia, uzasadnia przyjęcie założenia, że do ograniczenia konkurencji doszło już wskutek zawarcia porozumienia. Skutki tego porozumienia nie muszą zmaterializować się w obrocie gospodarczym”. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy wskazuje,

iz „Porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, jest stosowane, gdy jego strony zachowują się w sposób odpowiadający poczynionym ustaleniom. Gdy porozumienie takie, mimo zawarcia, nie było nigdy wykonywane, a zatem gdy sformalizowana - jak w niniejszej sprawie - w umowie koordynacja zachowań przedsiębiorców nie miała miejsca, nie można mówić o „stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję”.

W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, iż cel porozumienia w postaci wyeliminowania konkurencji został osiągnięty, a zatem 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.

Stan faktyczny ustalony w sprawie oraz powyższe rozważania uzasadniają twierdzenie, że w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny konkurentów. Przy czym w ocenie Sądu interes publicznoprawny konkurentów objawia się w warunkach niezakłóconej konkurencji. Tylko bowiem wtedy przedsiębiorcy mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw, w tym w szczególności do współzawodnictwa w celu uzyskania przewagi na rynku pozwalającej na uzyskanie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług przy maksymalnym zaspokojeniu potrzeb zamawiających po jak najniższej cenie.

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 zmywy 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).

Mając na uwadze przedstawione okoliczności stwierdzić należało, iż nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące naruszenia przepisu 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 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.

Oceniając zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy i uznając, że powód brał udział w zakazanym porozumieniu Sąd stanął na stanowisku, że zasadnym było wymierzenie powodowi kary jako takiej, jak też w wysokości określonej przez Prezesa UOKiK, która zdaniem Sądu jest odpowiednia.

Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. stanowi, iż 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, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8.

W niniejszym postępowaniu Sąd ustalił, że powód dopuścił się naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy, przy czym zawarte niedozwolone porozumienie, w którym brał udział nie podlegało wyłączeniu z zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Ponadto uznać trzeba, że naruszenie przez powoda przepisów ustawy było zawinione. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygn. akt III SK 45/10, Legalis) o tym, czy naruszenie było zawinione decyduje czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć.

Z tych względów należało uznać, że w przedmiotowej sprawie zachodziły podstawy do nałożenia na powoda kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k..

Jeśli chodzi o rzeczywiste wymierzenie kary przez Prezesa UOKiK, Sąd stanął na stanowisku, iż pomimo, że przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. przewiduje jedynie fakultatywne nałożenie kary, w okolicznościach niniejszej sprawy jest ono konieczne wobec charakteru, wagi oraz czasu trwania naruszenia przez powoda przepisów ustawy, które to naruszenie należy określić jako poważne. Sąd przyjął zatem, że Prezes UOKiK działając w ramach uznania administracyjnego podjął słuszną decyzję o nałożeniu kary. W ocenie Sądu wymierzenie kary zgodne było z zasadą celowości i proporcjonalności.

W ocenie Sądu, wymiar kary ustalony przez Prezesa UOKiK uwzględnia zwłaszcza dyrektywy wymiaru kary określone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 111 u.o.k.i.k., a zatem uwzględnia między innymi okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także brak uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Z tych względów Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wniesione przez powoda odwołanie wobec braku podstaw do jego uwzględnienia na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i obciążył nimi w całości powoda jako stronę, która przegrała proces. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego 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.

SSO Anna Maria Kowalik