

Sygn. akt *XVII AmA 22/17*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 lipca 2019 r.

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

Przewodniczący–	SSO Anna Maria Kowalik
Protokolant –	Sekr. sąd. Joanna Preizner

po rozpoznaniu 31 lipca 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **Z. B.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem M. B. i A. S. (1)

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania Z. B. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 30 grudnia 2016 r. Nr (...)

1. oddala odwołanie;

2. zasądza od Z. B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Anna Maria Kowalik

Sygn. akt XVII AmA 22/17

UZASADNIENIE

Decyzją z 30 grudnia 2016 r. nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego:

I. na podstawie art. 10 ust.1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz.331 ze zm. dalej: u.o.k.i.k.) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k działania przedsiębiorców M. B. z G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) (dalej zainteresowany), Z. B. z K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) (dalej powód) oraz A. S. (1) z D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa (...) (dalej zainteresowana) polegające na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług gospodarki leśnej, wykonywanych na obszarze Nadleśnictwa D. oraz okolicznych terenów wojskowych, polegającego na uzgodnieniu cen w ofertach złożonych w

postępowaniu przetargowym dotyczącym zamówienia Jednostki Wojskowej (...) w D. na wykonanie usługi (...) na terenie (...) D. – znak postępowania (...)”;

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

- a. M. B. karę pieniężną w wysokości 4 577,00 zł,
- b. Z. B. karę pieniężną w wysokości 2 816,00 zł,
- c. A. S. (1) karę pieniężną w wysokości 3 675,00 zł.

III. na podstawie art. 77 ust.1 oraz art. 80 u.o.k.i.k oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i.k obciążył M. B. , Z. B. i A. S. (1) kosztami postępowania antymonopolowego po 56,30 zł.

Odwołanie od decyzji złożył Z. B., który zaskarżył ją w całości i zarzucił:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych wyrażający się w ustaleniu, że M. B., Z. B. i A. S. (1) zawarli porozumienie polegające na uzgodnieniu cen w ofertach;
- 2) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 231 k.p.c. wyrażające się w nieuprawnionym przyjęciu, że fakty ustalone w niniejszym postępowaniu świadczą o zawarciu przez M. B., Z. B. i A. S. (1) porozumienia polegającego na uzgodnieniu cen w składanych ofertach;
- 3) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 k.p.c. wyrażające się w nieprawidłowej ocenie dowodów w postaci oferty M. B., oferty Z. B. i oferty A. S. (1) oraz wyjaśnień uczestników złożonych w toku postępowania przygotowawczego poprzez przyjęcie, że z w/w dowodów wynika fakt zawarcia zarzucanego porozumienia;
- 4) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 24 § 3 k.p.a. wyrażające się w braku wyłączenia od udziału w postępowaniu pracownika, który czynił odręczne notatki na kartach 506, 514 akt sprawy;
- 5) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 107 § 3 k.p.a. polegające na braku wyjaśnienia na czym polegało, że oferta złożona przez M. B. miała „charakter kurtuazyjny” i że „nie miała być konkurencyjna wobec ofert innych uczestników porozumienia”.

Na podstawie przedstawionych zarzutów, powód wniósł o uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości.

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.

Zainteresowani, którym doręczono odpis odwołania, nie przedstawili stanowiska w sprawie i nie brali udziału w postępowaniu.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 16 lipca 2014 r., na stronie portalu Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem (...), zamieszczono ogłoszenie o przetargu nieograniczonym nr: (...) na usługi dwukrotnej mineralizacji pasów przeciwpożarowych na terenie (...) D. - znak postępowania (...). Zamawiającym była Jednostka Wojskowa (...) w D. (okoliczność niesporna).

Zamawiający nie stawiał szczególnych warunków udziału w postępowaniu, oprócz przedstawienia załącznika nr 4 do SIWZ, zgodnie z którym wykonawca oświadczał, że posiada uprawnienia, wiedzę oraz doświadczenie, a także dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i ludzkim oraz sytuacją finansową umożliwiającą wykonanie zadania. Zamawiający nie żądał także wniesienia wadium. Dodatkowo, przed złożeniem oferty wykonawcy byli

zobowiązani do dokonania wizji lokalnej terenu i złożenia oświadczenia w tym przedmiocie (Opis przedmiotu zamówienia k.29-43, SIWZ k.44-64 akt adm.)

Pierwsza wizja lokalna, w której udział wzięli Z. B. i A. S. (2) nieczko miała miejsce w 21 lipca 2014 r.

W dniu 22 lipca 2014 r. zamawiający dokonał zmiany w SIWZ i wprowadził zapis o zalecanym, lecz nieobowiązkowym udziale w wizji lokalnej terenu (Modyfikacja SIWZ k.90-92 akt adm.).

Druga wizja lokalna odbyła się 28 lipca 2014 r. i uczestniczyła w niej A. R..

Termin składania ofert został ostatecznie ustalony na dzień 29 lipca 2014 r., do godz. 09:30 w siedzibie Zamawiającego. Kryterium wyboru stanowiła najniższa cena.

Oferty w zakreślonym terminie złożyli:

- A. R. – USŁUGI (...) - 29 lipca 2014 roku o godz. 8:40 na kwotę 588 060,00 zł (koperta k.119, formularz ofertowy k.120-122 akt adm.);
- M. B. – (...) 29 lipca 2014 roku o godz. 9:10 na kwotę 476 280,00 zł (koperta k.137, formularz ofertowy k.138-140 akt adm.), który jako podwykonawcę, z którego usług zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia wskazał firmę (...) (Zobowiązanie k.141 akt adm.) oraz firmę (...) - (...) (Zobowiązanie k.142 akt adm.);
- A. S. (1) – (...) 29 lipca 2014 roku o godz. 9:10 na kwotę 685 800,00 zł (koperta k.149, formularz ofertowy k.150-152 akt adm.), która jako podwykonawcę, z którego usług zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia wskazała firmę (...) (Zobowiązanie k.153 akt adm.) oraz firmę (...) (Zobowiązanie k.154 akt adm.);
- Z. B. - (...) 29 lipca 2014 roku o godz. 9:10 na kwotę 577 260,00 zł (koperta k.161, formularz ofertowy k.163-164 akt adm.), który jako podwykonawcę, z którego usług zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia wskazał firmę (...) (Zobowiązanie k.165 akt adm.) oraz firmę (...) - (...) (Zobowiązanie k.166 akt adm.).

Po zbadaniu ofert Komisja pismem z 29 lipca 2014 r., wezwała A. R. do uzupełniania dokumentów, tj. przedstawienia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub uzyskaniu zwolnienia, odroczenia, czy rozłożenia na raty, wstrzymania zaległych płatności (Wezwanie k.187 akt adm.). Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił ofertę (Zaświadczenie k.189-190 akt adm.).

Z kolei wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, tj. M. B., został wezwany do jej uzupełniania o aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub uzyskaniu zwolnienia, odroczenia, czy rozłożenia na raty, wstrzymania zaległych płatności oraz aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek lub uzyskaniu zwolnienia, odroczenia, czy rozłożenia na raty, wstrzymania zaległych płatności (Wezwanie k.194, 195, 196-197 akt adm.). Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił oferty (okoliczność niesporna).

Wykonawca A. S. (1) została wezwana do uzupełniania oferty o potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania niezbędnymi zasobami do wykonania zadania (Wezwanie k.198, 199 akt adm.). Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił ofertę (okoliczność niesporna, Zobowiązania k.201, 202 akt adm.).

W tej sytuacji Komisja ustaliła, że wykonawcy A. R., Z. B. i A. S. (1) złożyli ważne oferty, natomiast najkorzystniejsza oferta M. B. została odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania z powodu braku uzupełnienia oferty (Protokół z 05/08/2014 r. wraz z załącznikami k.205-210 akt adm.).

Ostatecznie, za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Z. B. i to z nim zawarto umowę na wykonanie zamówienia (Zawiadomienie k.211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219 akt adm., Umowa nr (...) z 12 sierpnia 2014 r. k.239 241v akt adm.).

Wybór oferty Z. B. wymusił zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej, uzyskanej w wyniku postępowania, gdyż pierwotnie Zamawiający ustalił, że wartość zamówienia wyniesie: 494.424,00 zł (brutto).

W protokole Komisja zwróciła uwagę na możliwość zawarcia przez wykonawców, którzy złożyli oferty nr 2, 3 i 4, „z umowy cenowej”. W uzasadnieniu Komisja podniosła, iż po pierwsze, wszyscy wykonawcy nawzajem polegają na swoim potencjale, tj. M. B. na Z. B. i A. S. (1); A. S. (1) na M. B. i Z. B., a Z. B. na A. S. (1) i M. B.. Po drugie, podmioty te biorą udział jako podwykonawcy w wykonaniu zadania. W swoich formularzach ofertowych wykonawcy wskazali, że wykonają zamówienie samodzielnie w 45%, a w pozostałym zakresie zadanie zostanie wykonane przez podwykonawców. Dodatkowo, oferty tych przedsiębiorców zostały złożone w tym samym dniu i o tej samej godzinie. Zamawiający poinformował również, że w innych postępowaniach przetargowych, w których udział brali ww. wykonawcy, brak było przesłanek wskazujących na ewentualne porozumienie (Pismo z 14/08/2014 r. k.224-225 akt adm.).

O powyższych podejrzeniach Dowódca Jednostki Wojskowej (...) w D. zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie ustalenia, czy w związku z przetargiem zorganizowanym przez Jednostkę Wojskową (...) w D. na (...) nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Zawiadomienie k.227-235 akt adm.).

Wyniki analizy materiału dowodowego, zgromadzonego w trakcie postępowania wyjaśniającego, dały podstawę do postawienia uzasadnionej hipotezy o podejrzeniu naruszenia przez M. B. z G., Z. B. z K. i A. S. (1) z D. zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem z 6 listopada 2015 r., Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez w/w przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług gospodarki leśnej, wykonywanych na obszarze Nadleśnictwa D. oraz okolicznych terenów wojskowych, polegającego na uzgodnieniu cen w ofertach złożonych w postępowaniu przetargowym dot. zamówienia Jednostki Wojskowej (...) w D. na wykonanie usługi (...) na terenie (...) D. - znak postępowania (...)", co może stanowić naruszenie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego k.6-7 akt adm.).

A. S. (1) prowadzi działalność gospodarczą w oparciu o wpis do ewidencji CEIDG. Podstawową działalność gospodarczą stanowi praktyka pielęgniarstwa i położniczego. Dodatkowo świadczy także m.in. usługi związane z leśnictwem, rolnictwem oraz naprawą maszyn i urządzeń (Wypis z CEDIG k.260 akt adm., zeznania A. S. (1) k.378v i k. 381akt adm.). Brała ona udział w postępowaniach przetargowych: w 2013 roku na usługi z zakresu gospodarki rolniczo-leśnej - Nadleśnictwo D., mineralizację pasów ppoż. na terenie poligonu (...) oraz (...) Z. oraz mineralizację pasów ppoż. poligon (...) (...) (...) oraz (...) Z.; a 2014 roku: na mineralizację pasów ppoż. (...) D. i dwukrotną mineralizację pasów ppoż. (...) D..

Przed przystąpieniem do ostatniego z ww. przetargów nie współpracowała z Z. B., natomiast M. B. wykonywał na jej rzecz naprawy sprzętu rolnego (Pismo z 14/10/2014 r. k.258-259 akt adm., zeznania A. S. (1) k. 378v akt adm.).

Przetarg przeprowadzony w 2014 roku wymagał znacznie większych nakładów. Zadanie wymagało użycia sprzętu GPS oraz pługu (...). Dodatkowo Zamawiający zwiększył zakres prac o wycinkę samosiewów na pasach ppoż., podcięcie gałęzi celem wykonania zamierzonej szerokości pasów i ścinę zbyt wysokich pni drzew. Wykonanie tych prac wymagało użycia ciężkiego sprzętu do zasypywania rowów, okopów, transzei, przesunięcia różnego rodzaju zwalów oraz niwelacji terenu (Pismo z 26/11/2014 r. k.280 akt adm.).

Po zapoznaniu się z warunkami zadania, A. S. (1) uznała, że nie posiada sprzętu do wykonania określonych części zadania i skontaktowała się z M. B. i Z. B. z prośbą o ewentualną pomoc. Udział procentowy dotyczący wykonania zadania został wpisany asekuracyjnie. Rozmowy z przedsiębiorcą Z. B. były prowadzone podczas wizji, a z M. B. po

wizji (pismo z 12/10/2014 r. k.258-259 akt adm., zeznania A. S. (1) k.378v-379). Oświadczenie o oddaniu do dyspozycji zasobów złożyła po raz pierwszy (zeznania A. S. (1) k.378v-379, k.457 akt adm.). Wypełniony pismem odręcznym druk zobowiązania dotyczącego korzystania z podwykonawców otrzymała od Z. B., który następnie jedynie podpisała (zeznania A. S. (1) k.379 akt adm. i 457 akt adm.).

Po raz kolejny strony spotkały się tuż przed przetargiem i wówczas ustaliły, że M. B. złoży ofertę najniższą na kwotę ponad 400 000 zł, jako drugą Z. B. na kwotę ponad 500 000 zł i jako trzecią A. S. (1) na kwotę ponad 600 000 zł (zeznania A. S. (1) k. 382 akt adm., M. B. k.378v-388 akt adm.).

W związku z przetargiem A. S. (1) wystąpiła do ZUS i Urzędu Skarbowego o wskazane w SIWZ dokumenty, które otrzymała w dniu 12 czerwca 2014 r. (Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek k.263 akt adm.).

W przedmiotowym przetargu, A. S. (1) złożyła ofertę osobiście w biurze przepustek wraz z innymi wykonawcami. Następnie, przybył przedstawiciel zamawiającego i odebrał koperty wpisując na nich jednakową datę i godzinę wpływu (Dziennik ewidencyjny k.485 akt adm.).

Z. B. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...), w oparciu o wpis do CEIDG. Podstawowym przedmiotem działania są usługi związane z leśnictwem (Wypis z CEIDG k.267 akt adm.).

Oferta w przedmiotowym przetargu została złożona przez Z. B. osobiście. Wszystkie dokumenty wypełniła jego żona, ona również zaadresowała kopertę, w której umieszczone były dokumenty przetargowe. Wraz z innymi oferentami oczekiwał on na przybycie osoby, która odebrała jednocześnie wszystkie oferty (zeznania Z. B. k.373 akt adm.).

Podczas wizji lokalnej okazało się, że Z. B. samodzielnie może nie wykonać zamówienia. Dlatego też na dzień przed złożeniem ofert doszło do wzajemnych oświadczeń między nim, A. S. (1) i M. B. dotyczących oddania do dyspozycji posiadanych zasobów. Do określonego w ofercie podziału wykonania zadania doszło z A. S. (1) podczas wizji lokalnej, a z M. B., po wizji lokalnej, w wyniku rozmów podczas naprawy sprzętu. Ani wcześniej, ani później, nie były zawierane tego typu porozumienia (Zeznania Z. B. k.372 v. -373 akt adm.).

Przedsiębiorca w latach 2013-2014 brał udział w 5 postępowaniach przetargowych. Przetarg przeprowadzony w 2014 roku wymagał znacznie większych nakładów z uwagi na zwiększony zakres prac. Zadanie wymagało m.in. założenie nowych pasów ppoż. i wytyczenie ich tras przy pomocy GPS. Nowe pasy wymagały dostosowania terenu pozrębowego i dokonania karczowania pni oraz usunięcia gałęzi, krzewów itp. Do oferty dołączył wymagane zaświadczenia z ZUS i US, które posiadał, bowiem zostały one pozyskane wcześniej w związku z postępowaniem przetargowym w Jednostce Wojskowej (...) z dnia 14 lipca 2014r. i były aktualne także i w przedmiotowym postępowaniu (Pismo z 14/10/2014 r. k.264-266 akt adm., Pismo z 25/11/2014 r. k. 281-282 akt adm.).

M. B. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) w oparciu o wpis do CEIDG (Wypis z CEIDG k.271 akt adm.). Świadczy usługi leśne, wywozu gruzu i inne, w których potrzebny jest ciężki sprzęt (zeznania M. B. k.387v. akt adm.). M. B. współpracował z A. S. (1) i Z. B., którym świadczy usługi naprawy sprzętu lub inne, bowiem jako jedyny posiada ciężki sprzęt do usług ziemnych (zeznania Z. B. k.458 akt adm. i M. B. k.459 akt adm.). Nie łączy go inne powiązania z ww. przedsiębiorcami.

Z uwagi na zakres prac, M. B. miał świadomość, że nie będzie w stanie wykonać zadania samodzielnie, stąd oświadczenia o ewentualnym oddaniu do dyspozycji zasobów. Rozmowy w zakresie podziału wykonania zadania samodzielnie i poprzez wykonawców były prowadzone po zmianie SIWZ. Procent podziału wykonania zadania przedsiębiorca wpisał obawiając się, że nie wykona zadania samodzielnie w wyznaczonym terminie (zeznania M. B. k.378v-388 akt adm.). Nie brał udziału w wizji. Wszystkie potrzebne dokumenty przetargowe przygotował i przedstawił do podpisu Z. B. (zeznania M. B. k. 378v-388 akt adm.).

Przedsiębiorca nie dysponował aktualnymi zaświadczeniami z ZUS i Urzędu Skarbowego w momencie składania oferty. Ponieważ zaświadczenia musiało być aktualne na dzień otwarcia ofert, po wezwaniu przedsiębiorca nie

występował do ZUS i Urzędu Skarbowego, bowiem przewidywał, że nie uzyska zaświadczenia datowanego wstecz (Pismo z 14/10/2014 r. k.268-270 akt adm.).

Przedsiębiorca w latach 2013-2014 brał udział w 5 postępowaniach przetargowych. Wygrał przetarg w 2013 roku organizowany przez Nadleśnictwo D.. Prace objęte przetargiem w 2013 roku wykonywał sam. Przetarg przeprowadzony w 2014 roku był bardziej czasochłonny. Moce przerobowe, które posiadał oraz sprzęt pozwoliłyby na wykonanie samodzielnie 720 roboczogodzin z 1260 jakie były potrzebne do zrealizowania przedmiotowego zadania (Pismo z 18/11/2014 r. k.279 akt adm.).

Po wygraniu przetargu i podpisaniu umowy Z. B. nie skorzystał z usług podwykonawców tj. M. B. i A. S. (1), gdyż strony nie ustaliły satysfakcjonujących obie strony warunków finansowych (zeznania Z. B. k., A. S. (1) k.382 i M. B. k.388 akt adm.).

Postanowieniem z 31 marca 2015 roku Prokurator Prokuratury Rejonowej w Szczecinku umorzył postępowanie w sprawie przeciwko Z. B., A. S. (1) i M. B. podejrzanym o to, że w okresie od 16 do 29 lipca 2014 roku w O. i P., gmina K. działając wspólnie i w porozumieniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez wejście w porozumienie co do ceny składanych przez nich ofert oraz usług podwykonawstwa i zasobu technicznego do przetargu organizowanego przez Jednostkę Wojskową (...) D. z siedzibą w O. na dwukrotną mineralizację pasa przeciwpożarowego na terenie (...) D. działając w ten sposób na szkodę Skarbu Państwa reprezentowanego przez Komendanta Jednostki Wojskowej (...) D. z siedzibą w O. przy ul (...) tj. o czyn z art. 305 § 1 k.k. wobec stwierdzenia, iż podejrzany nie popełnił zarzucanego im przestępstwa (postanowienie k.398-400a akt adm.).

W 2015 r. M. B. z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej osiągnął przychód w wysokości (...) zł (sprawozdanie PIT-36 za rok 2015, k. 461-469 akt adm.), A. S. (1) w wysokości (...) zł (sprawozdanie PIT-36 za rok 2015, k. 427-437 akt adm.) a Z. B. w wysokości (...) zł (sprawozdanie PIT-36 za rok 2015, k. 471-480 akt adm.).

30 grudnia 2016 roku Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję (Decyzja k.555-570v).

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

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 zainteresowanymi porozumienie było porozumieniem określonym w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.; do zawarcia którego doszło na lokalnym rynku usług leśnych, które spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego.

Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7 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 prawdziwości ustalonego stanu faktycznego, a jedynie iż nie uzasadnia on przyjęcia tezy o istnieniu zмовы przetargowej.

W toku postępowania ustalono następujące istotne z punktu widzenia przypisanego powodowi czynu okoliczności.

Po pierwsze, przedsiębiorcy, którym w przedmiotowym postępowaniu postawiono zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie tylko znają się nawzajem, mają rozeznanie co do zaplecza i potencjału techniczno-sprzętowego,

jakim dysponuje każda z nich, ale też współpracowały albo co najmniej deklarowały kooperację ze sobą na zasadzie podleceń, czy np. pod wykonawstwa. Strony postępowania prowadzą działalność polegającą na świadczeniu usług leśnych. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, A. S. (1) oraz Z. B. spotkali się przy okazji udziału w wizji lokalnej zorganizowanej przez zamawiającego. Z kolei, M. B. oboje znali wcześniej, gdyż uprzednio korzystali z jego usług. Ponadto, do własnej oferty każdy z przedsiębiorców dołączył „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” z których wynikało, że powód i zainteresowani mieli wykonać część prac jako podwykonawcy. I tak, do formularzy złożonych przez:

- M. B. - dołączono zobowiązania podpisane przez Z. B. oraz A. S. (1),
- A. S. (1) - dołączono zobowiązania podpisane przez Z. B. oraz M. B.,
- Z. B. - dołączono zobowiązania podpisane przez M. B. oraz A. S. (1).

Zdaniem Prezesa Urzędu, podzielanym przez Sąd z uwagi na osobistą znajomość stron, złożenie oświadczeń dotyczących gotowości do podwykonawstwa przy realizacji zamówienia, wzajemne kontakty, wymiana informacji między stronami, może być uznana nie tylko za prawdopodobną, ale w kontekście przedstawionych dowodów, również za faktyczną.

Co więcej w trakcie prowadzonego przed Prezesem UOKiK postępowania oraz w toku postępowania przygotowawczego strony potwierdziły fakt wspólnych spotkań w okresie poprzedzającym rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. Zatem przed złożeniem ofert przedsiębiorcy nie tylko spotkali się, ale także wymieniali gwarancjami podwykonawstwa w formie złożenia oświadczeń nt. współpracy po przydzieleniu jednemu z nich realizacji zamówienia publicznego; wysoce nieprawdopodobnym jest więc to, by w trakcie tych spotkań i konsultacji nie podejmowali oni tematu przetargu i jego szczegółów, a także, by nie następował między nimi przepływ i wymiana informacji w tym zakresie.

Po drugie, oferty M. B. i Z. B. zostały sporządzone tym samym charakterem pisma tak samo jak koperty i wykaz załączników do ofert oraz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. W obu dokumentach, w częściach dotyczących zakresu zobowiązania zawarto zapis, o tej samej treści: „Mineralizacja części pasów pługiem (...), (...)” (k. 141 i 165). W tych okolicznościach należy więc stwierdzić, że te dwie oferty zostały sporządzone przez tę samą osobę. Okoliczność ta może rodzić uzasadnione domniemanie, że wykonawcy znali wzajemnie swoje oferty, jeszcze przez ich złożeniem u Zamawiającego.

Z kolei, sposób wypełnienia formularza, jak i treść zobowiązania składanego przez A. S. (1) są różne, bowiem nie tylko odmienny jest charakter pisma, ale także treść dot. zakresu zobowiązania „Mineralizacja części pasów pługiem (...)” (k. 142 i 166). Owa „odmienność formy” nie przesądza jednak w żaden sposób o braku uczestnictwa A. S. (1) we wcześniej podjętych ustaleniach i - w konsekwencji - w udziale w porozumieniu, wskazywać może - co najwyżej - że swoją dokumentację ofertową wypełniła ona samodzielnie (karta: 149-160).

Po trzecie, M. B. nie interesował się szczegółami przedmiotowego przetargu, nie był także obecny na wizji lokalnej, miał również świadomość tego, że nie dysponuje dokumentami wymaganymi przez zamawiającego. W tych okolicznościach złożenie przez niego oferty nie zamierzało do rzeczywistego wygrania przetargu. Z kolei, pozostali uczestnicy porozumienia, tj. Z. B. i A. S. (1) spełniali warunki udziału w przetargu.

M. B. zaproponował najniższą cenę wykonania zamówienia (476.280,00 zł), kolejną, najkorzystniejszą ofertę złożył Z. B. (577.260,00 zł), natomiast oferta A. S. (1) zawierała cenę najwyższą (685.800,00 zł). Różnica pomiędzy cenami najwyższą i najniższą, zaofiarowanymi przez tych przedsiębiorców (209.520,00 zł) przewyższała zatem o ponad 40% wartość zamówienia, określoną przez Zamawiającego.

W tym miejscu, rację ma Prezes UOKiK twierdząc, iż taka strategia ustalania cen, polegająca na szerokim ich rozstawieniu, tzn. znacznym zróżnicowaniu cen ofert skrajnych jest charakterystyczna dla porozumień przetargowych, w

których uczestnicy zmowy dążą do uzyskania zamówienia z wykorzystaniem mechanizmu pozwalającego na realizację zleconego zadania po możliwie najwyższej cenie.

Gdyby bowiem nie oferta A. R., której cena była niższa niż oferta A. S. (1), uczestnicy porozumienia mogliby dążyć do uzyskania zamówienia po cenie najwyższej, zaoferowanej przez A. S. (1). W razie bowiem niezuzupełnienia braków przez A. R., drugą ważną ofertą, złożoną w przetargu, byłaby oferta A. S. (1). W takiej sytuacji, w wypadku późniejszej rezygnacji przez Z. B. z podpisania umowy, szansa na uzyskanie zamówienia na warunkach oferty z najwyższą ceną była bardzo wysoka. Rezygnacja nie niosła za sobą dla stron negatywnych skutków, bowiem Zamawiający nie żądał wpłacenia wadium.

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z zm.), jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Po czwarte, z zeznań A. S. (1) i M. B. złożonych w toku postępowania przygotowawczego wynika, iż nie tylko spotykali się oni przed złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, ale uzgadniali rząd wielkości poszczególnych ofert.

Po piąte, Z. B., z którym Zamawiający podpisał umowę, przy jej realizacji, wbrew wcześniejszym zapewnieniom, nie korzystał z pomocy ani M. B., ani A. S. (1).

Łączna ocena wyżej wymienionych okoliczności prowadzi do wniosku, że zachowania powoda i zainteresowanych 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 zainteresowanymi doszło do zawarcia porozumienia. Z tego względu w razie braku bezpośrednich dowodów stosowania praktyk ograniczających konkurencję, na podstawie art. 81 u.o.k.i.k 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 zainteresowanych w analizowanych postępowaniach przetargowych możliwe było ustalenie mechanizmu działania.

Na ocenę stwierdzonego zachowania powoda i zainteresowanych nie ma wpływu okoliczność, że w analizowanym postępowaniu nie doszło do skutecznego podpisania przez zamawiającego umowy z uczestnikiem porozumienia, który zaoferował najwyższą cenę. 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 u.o.k.i.k 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 przyswiewcał 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, iż „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”.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem doktryny jedną z form zmowy przetargowej 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).

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. 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 zainteresowanych porozumienia w formie określonej w art. 4 pkt 5 lit b u.o.k.i.k., 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 u.o.k.i.k.

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.

Podniesione w odwołaniu naruszenia przepisu art. 24 § 3 k.p.a. nie mogły odnieść skutku, albowiem do kognicji Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie należy kontrola prawidłowości postępowania prowadzonego przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok SN z dn. 13 maja 2004 r. III SK 44/04, OSNP 2005/9/136), jest to bowiem postępowanie sądowe pierwszoinstancyjne, w którym strona może przedstawić wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska, tak więc co do zasady ewentualne uchybienia postępowania administracyjnego nie miały znaczenia dla rozpoznania sprawy przed tym Sądem.

Dodatkowo należy podkreślić, że powód nie wykazał, aby odmowa wyłączenia od udziału w sprawie pracownika który poczynił odrębne notatki na kartach nr 506 i 514 akt sprawy miała wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 24 § 3 k.p.a. bezpośredni przełożony pracownika jest obowiązany m.in. na żądanie strony wyłączyć pracownika organu administracji publicznej od udziału w postępowaniu, jeżeli zostanie uprawdopodobnione istnienie okoliczności niewymienionych w § 1 tego przepisu, które mogą wywołać wątpliwość co do bezstronności pracownika. Tymczasem omawiane adnotacje pracownika Urzędu dokonane zostały na pismach stron postępowania, przekazanych w odpowiedzi na przesłane przez organ antymonopolowy informacje o dotychczasowych ustaleniach, w

formie dokumentu pn. „Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów” i stanowiły wstępną refleksję odnośnie przywołanych argumentów stron. Tym samym, nie sposób uznać, iż dowodzą braku bezstronności.

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 z zm.).

SSO Anna Maria Kowalik