

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 października 2020 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia (del.) Jolanta Stasińska

Protokolant: Magdalena Żabińska

po rozpoznaniu w dniu 23 września 2020 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołań: (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Ż., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołań: (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Ż., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 maja 2018 roku, Nr (...)

1. oddala odwołanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Ż.,
2. oddala odwołanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.,
3. oddala odwołanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł.
4. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Ż. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedem dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
5. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedem dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
6. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedem dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
7. przyznaje i nakazuje wypłacić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz adwokata R. K. kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych), tytułem wynagrodzenia kuratora procesowego powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł.,
8. nakazuje pobrać od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych), tytułem wydatku.

Sędzia (del.) Jolanta Stasińska

Sygn. akt XVII AmA 42/18

(Wersja jawna uzasadnienia nie zawierająca tajemnic przedsiębiorstw)

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 30 maja 2018 roku nr (...) orzekł:

stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229, z późn. zm.), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 10 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ż.,
- (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Ł. i
- (...) sp. z o.o. z siedzibą w K.

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę,

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nakłada się kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

- 1) 931 465 zł (słownie: dziewięćset trzydzieści jeden tysięcy czterysta sześćdziesiąt pięć 00/100) na (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ż.,
- 2) 19 866 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć 00/100) na (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Ł.,
- 3) 47 814 zł (słownie: czterdzieści siedem tysięcy osiemset czternaście 00/100) na (...) sp. z o.o. z siedzibą w K.

płatne do budżetu państwa,

III. na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ww. ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 poz. 1257, z późn. zm.) w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

- 1) 20,80 zł (słownie: dwadzieścia złotych 80/100) – (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ż.,
- 2) 20,80 zł (słownie: dwadzieścia złotych 80/100) – (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Ł.,
- 3) 20,80 zł (słownie: dwadzieścia złotych 80/100) – (...) sp. z o.o. z siedzibą

w K.,

oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. zaskarżył wyżej wymienioną decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 1 lipca 2009r. („Rozporządzenie 2009”) w związku z art. 33 ust. 4,5 i 6 i art. 49 ust. 1, art. 88 ust. 2 i art. 31 pkt. 2 uokik oraz art. 268a i 156 § 1 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 6, 19 i 20 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego („kpa”) poprzez przyjęcie, że dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w K. mógł wydać postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia 5 stycznia 2017r. o nr (...) („Postanowienie o wszczęciu”), a w dalszej kolejności Decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K. z dnia 30 maja 2018 r., NR (...) („Decyzja”), podczas gdy kompetencji tej nie uzyskał w wyniku przekazania sprawy,

2. naruszenie art. 7 i art. 8 kpa oraz art. 107 § 3 kpa, a także art. 227 kpc w zw. z art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik, czyli obowiązku wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego oraz obowiązku dokładnego i rzetelnego wyjaśnienia stanu faktycznego, poprzez błędną i wybiórczą analizę danych i informacji zebranych w toku postępowania, w tym przedłożonych w postępowaniu przez Powoda, a dotyczących postępowań, w których uczestniczył wraz ze Spółką (...), z których wynikało, że pomiędzy Spółkami nie zostało zawarte ciągłe porozumienie, którego celem i skutkiem miało być naruszenie konkurencji;

3. naruszenie art. 105n i 105b ust. 1 pkt 2 i art. 105d ust. 1 pkt 3 w związku ze 105q oraz 105o uokik oraz art. 80a ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej poprzez przyjęcie rozszerzającej wykładni kopiowania materiałów i wydania nośnika informacji i wykorzystanie jako dowodów materiałów zebranych w trakcie przeszukania w siedzibie (...), tj. w szczególności korespondencji e-mail prowadzonej pomiędzy osobami ze spółki (...) i ze spółki (...), w sytuacji, gdy przeglądania przez kontrolerów kopii z nośników danych (np. z zawartości komputerów) (...) dokonano poza siedzibą firmy oraz bez udziału jej przedstawiciela, co stoi w sprzeczności z regulacjami dotyczącymi przeprowadzania kontroli i powoduje „bezprawność formalną” zebranych w taki sposób materiałów, a tym samym brak możliwości powoływania się na nie przez Pozwanego,

4. naruszenie art. 7 kpa i art. 8 kpa oraz art. 107 § 3 kpa, a także art. 231 kpc w zw. z art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik, czyli obowiązku wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego oraz obowiązku dokładnego i rzetelnego wyjaśnienia stanu faktycznego, jak również błędne przyjęcie domniemań faktycznych poprzez błędne ustalenie i przyjęcie jako fakt, że w okresie od połowy roku 2012 do co najmniej końca roku 2015 funkcjonowało zawarte pomiędzy stronami wskazanymi w Decyzji porozumienie ograniczające konkurencję, a następnie dalsze wnioskowanie z takich nieprawidłowych ustaleń nie będących ustaleniami faktów, że w przedmiotowej sprawie doszło do porozumienia w zakresie orzeczonemu w Decyzji (przeprowadzenie domniemania faktycznego),

5. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt. 7 uokik poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie Powód dopuścił się naruszenia polegającego na zawarciu porozumienia na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że porozumienie to miało charakter ciągły, podczas gdy praktyki związane z występowaniem w różnych przetargach przez podmioty wskazane w Decyzji, miały charakter różnych form współpracy i uzgadniane były każdorazowo przy występowaniu w danym przetargu, a w takim przypadku, nawet uznając, że doszło do zawarcia pojedynczych porozumień, postępowanie dotyczące przetargów z 2012r., powinno zostać umorzone jako przedawnione (a właściwie ewentualna zмова w zakresie tych przetargów nie powinna być w ogóle przedmiotem

postępowania), z kolei dowody dotyczące tych przetargów nie powinny być brane pod uwagę w zakresie oceny przetargu z 2015r.,

6. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt. 7 uokik w związku z art. 4 pkt 9 uokik, poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie Powód dopuścił się naruszenia polegającego na zawarciu porozumienia na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy rynek właściwy objęty przedmiotowym postępowaniem został w nieprawidłowy sposób określony, co może mieć wpływ na stwierdzenie samego faktu porozumienia, jak również jego zakresu oraz kompetencji Delegatury do działania w imieniu Pozwanego, a tym samym prawidłowości udzielonego upoważnienia,

7. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 uokik, poprzez nieuwzględnienie charakteru rynku na którym działa Powód, w tym w szczególności zachowania Powoda na rynku, co skutkowało błędnym nałożeniem kary pieniężnej, podczas gdy nie było podstaw do jej nałożenia lub nałożenia kary w sposób nieuwzględniający celowości położenia nacisku na funkcję prewencyjną, nie zaś na funkcję represyjną zastosowanych sankcji i nałożenie jej w zbyt dużej wysokości.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o:

1. zmianę decyzji w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do stwierdzenia stosowania przez Powoda praktyki ograniczającej konkurencję poprzez zawarcie przez Powoda niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik;

ewentualnie

2. zmianę decyzji w części, w szczególności w ten sposób, że w punkcie II.1 decyzji - zmienia się wysokość kary pieniężnej;

albo

3. uchylenie decyzji w całości.

Wniósł również o zasądzenie na rzecz (...) od Prezesa UOKiK kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w decyzji. W przekonaniu pozwanego, zarzut powoda dotyczący braku upoważnienia delegatury UOKiK w K. jest niezasadny. Pozwany wskazał, że wszystkie akty administracyjne wydane w toku postępowania antymonopolowego, w tym postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz zaskarżona decyzja, zostały podpisane - w imieniu Prezesa UOKiK - przez Dyrektora Delegatury UOKiK w K.. Upoważnienie Dyrektora Delegatury UOKiK w K. do wydania tych aktów wynika z aktu przekazania sprawy z dnia 29 grudnia 2016 r., którym Prezes UOKiK przekazał Delegaturze UOKiK w K. przedmiotową sprawę do załatwienia. Pozwany podkreślił, że akt przekazania przedmiotowej sprawy z dnia 29 grudnia 2016 r. precyzyjnie określa sprawę, której dotyczy tak od strony podmiotowej oraz jak i przedmiotowej poprzez wskazanie zachowań jakich dotyczy zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert i podejmowania działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Pozwany dodał, że przekazanie niniejszej sprawy Delegaturze UOKiK w K. uzasadniał fakt, że została ona zainicjowana wątpliwościami związanymi z przebiegiem przetargu przeprowadzonego przez Urząd Marszałkowski

Województwa (...) (...) w 2015 r., którego biura zlokalizowane są właśnie w K.. W praktyce UOKiK sprawy z zakresu zamówień przetargowych najczęściej prowadzone są przez delegaturę zlokalizowaną w pobliżu siedziby zamawiającego.

Pozwany nie zgodził się również, z zarzutem błędnej i wybiórczej analizy zebranego w sprawie materiału.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowości w toku przeszukania w spółce (...) pozwany wskazał, że istnienie takiej szczególnej regulacji co do zasady wyłącza dopuszczalność kwestionowania czynności przeszukania w innym trybie, np. w odwołaniu od decyzji. Ponadto podnoszenie omawianych zarzutów jest ograniczone podmiotowo do przeszukiwanego oraz osób, których prawa zostały naruszone w toku przeszukania. Z powyższej regulacji wynika, że legitymacji do wniesienia zażalenia na czynności przeszukania nie posiada przedsiębiorca, którego nie dotyczy przeszukiwanie, gdyż jego prawa nie mogą zostać naruszone w związku z przeszukianiem. Oznacza to, że zarzut nieprawidłowości w trakcie przeszukania (...) jest po pierwsze spóźniony, a po drugie podniesiony przez podmiot do tego nieuprawniony. Pozwany zauważył przy tym, że SOKiK w sprawie XVII Amz 15/17 oddalił zażalenie przedsiębiorcy. Pomimo, że SOKiK zakwestionował procedurę stosowaną przez UOKiK jako niezgodną z prawem, to stwierdził, że z okoliczności sprawy wynika, iż na etapie rozpatrywania zażalenia nie doszło jeszcze do naruszenia, o którym mowa w art. 105p uokik. Taka ocena SOKiK uwzględniła to, że Prezes UOKiK nie dokonał jeszcze przeszukania kopii binarnych dysków, bowiem były one nadal zamknięte w kopercie i nie były analizowane przez organ. Z tego względu nie doszło jeszcze do dokonania czynności przeszukania poza zakresem przedmiotowym przeszukania, a skoro nie zostały podjęte czynności przeszukania w stosunku do kopii binarnych poza siedzibą przedsiębiorcy to nie można mówić, że zostały one podjęte z naruszeniem prawa. SOKiK wyjaśnił, że prawo przedsiębiorcy do uczestnictwa w czynnościach przeszukania danych zgromadzonych na kopiach binarnych może się jeszcze zrealizować, jeśli organ przystąpi do czynności przeszukania kopii w obecności przedsiębiorcy i w jego siedzibie. Wskazać należy, że UOKiK zastosował się do tych wytycznych SOKiK i zabezpieczone w trakcie przeszukania dyski komputerowe, po rozstrzygnięciu SOKiK, były analizowane w siedzibie przedsiębiorcy, przy jego obecności.

Pozwany nie zgodził się również ze stanowiskiem powoda, w ocenie którego działania przedsiębiorców związane z poszczególnymi przetargami należy traktować jako odrębne naruszenia i z tego względu w stosunku do przetargów przeprowadzonych w 2012 r. doszło do przedawnienia antymonopolowego. Pozwany powołał się przy tym na przesłanki zakwalifikowania zakwestionowanych działań przedsiębiorców jako jednego i ciągłego porozumienia, które zostały szczegółowo przedstawione w zaskarżonej decyzji (str. 35 i 36). Prezes UOKiK w całości podtrzymał zaprezentowaną w niej argumentację. Pozwany dodał, że sztuczne byłoby dzielenie na odrębne naruszenia działań tych samych przedsiębiorców podejmowanych w szeregu następujących po sobie przetargów, które zmierzają do realizacji tej samej, naruszającej konkurencję strategii pozyskiwania zamówień wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. W sytuacji, w której ten sam zamawiający zamawia usługi na okres trzech lat, po czym, po upływie tego okresu, ponownie zamawia taką samą usługę na kolejne trzy lata, a w obydwu przetargach ci sami przedsiębiorcy realizują taką samą, niezgodną z prawem konkurencji strategię zmierzającą do podniesienia ceny zamówienia, nie sposób dokonać innej oceny niż taka, że mamy do czynienia z kontynuacją jednolitej praktyki ograniczającej konkurencję, zaś działania przedsiębiorców w poszczególnych przetargach stanowią jej przejawy.

W odniesieniu do zarzutu błędnego zastosowania domniemań faktycznych pozwany nadmienił, że węzłowe znaczenie miała dostrzeżona prawidłowość dotycząca zachowań uczestników porozumienia we wszystkich przetargach na usługi hostingu i kolokacji, w których wzięli udział jako konkurenci (z niezależnymi ofertami). Polega ona z jednej strony na wycofywaniu oferty (doprowadzeniu do jej odrzucenia) przez uczestnika porozumienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, w sytuacji gdy w klasyfikacji ofert bezpośrednio następne miejsce zajmowała oferta innego z uczestników porozumienia oraz, z drugiej strony, braku takich działań, jeżeli oferty uczestników porozumienia były przedzielone „obcą” ofertą, tj. ofertą przedsiębiorcy nie będącego uczestnikiem porozumienia. Taki schemat działania powtórzył się we wszystkich przetargach na usługi hostingu i kolokacji serwerów, w których uczestnicy porozumienia wzięli udział jako konkurenci, tj. przetargach przeprowadzonych w 2012 r. i 2015 r. przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) oraz w 2012 r. przez Centralną Komisję Egzaminacyjną. Skoro dochodziło do przypadków wycofania ofert w okolicznościach wskazujących na celowość takiego działania to oznacza to, że w tych przypadkach nie wygranie

przetargu było korzystniejsze od uzyskania zamówienia. Okoliczności sprawy wskazują zatem, że było to działanie przedsiębiorców w ramach zмовы przetargowej.

Pozwany zakwestionował zarzut niewłaściwego określenia rynku właściwego. Wskazał przy tym, na brak bezwzględnej potrzeby definiowania rynku właściwego w przypadku porozumienia takiego jak analizowane w niniejszej sprawie, tj. zakazanego ze względu na cel oraz nie podlegającego wyłączeniu spod zakazu w oparciu o zasadę de minimis lub wyłączenie blokowe. Wyznaczenie rynku właściwego, a zatem przestrzeni ekonomicznej, w której przedsiębiorcy konkurują ze sobą, niezbędne jest jedynie w odniesieniu do porozumień zakazanych ze względu na skutek oraz w przypadku tych porozumień, które mogą korzystać z dobrodziejstwa tzw. bezpiecznej przystani czyli w przypadkach tolerowania porozumienia z uwagi na zasadę de minimis lub wyłączenie blokowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zмовы przetargowe nie należą do tej kategorii porozumień. Pozwany wskazał jednak, że w swojej praktyce przyjął definiowanie rynku właściwego w każdej sprawie antymonopolowej, przy czym w przypadku porozumień zakazanych ze względu na cel i bez względu na rynkowe udziały przedsiębiorców badanie rynków ma charakter uproszczony, bez dokonywania czasochłonnych i skomplikowanych analiz rynkowych. W przedmiotowej sprawie rynek został zdefiniowany poprawnie i zgodnie z powyższą metodologią.

Pozwany podtrzymał również stanowisko wyrażone w decyzji co do wysokości nałożonej kary.

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 43/18 powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. zaskarżył wyżej wymienioną decyzję w części w jakiej Prezes UOKiK uznał, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. zawarł z (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował cenę wyższą, a także w części nakładającej na (...) Sp. z o.o. karę pieniężną z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w części w jakiej nałożono na (...) Sp. z o.o. obowiązek zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że pomiędzy powodem a pozostałymi stronami postępowania zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował cenę wyższą, w szczególności poprzez nieuwzględnienie, że:

a) nie istnieją żadne dowody pozwalające przynajmniej na uprawdopodobnienie, że powód naruszył przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

b) działania powoda miały obiektywne uzasadnienie gospodarcze, w tym przede wszystkim ekonomiczne i nie było jego celem i skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji, gdyż wybór co do nieprzedłużenia przez niego ważności oferty w przetargu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną było jego prawem i stanowiło konsekwencję oceny szans na wygranie przetargu oraz nienajlepszej w tamtym czasie sytuacji finansowej powoda;

2) naruszenie przepisu art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu

sprzeż nowelizacji z 10 czerwca 2014 r., który stanowił że nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok poprzez nie zastosowanie tego przepisu;

3) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie domniemanego naruszenia przepisów za "bardzo poważne naruszenie", a w efekcie nałożenie rażąco wysokiej kary pieniężnej, która nie jest uzasadniona ustalonymi okolicznościami sprawy;

4) naruszenie art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym w szczególności braku uprzedniego naruszenia przepisów ww. ustawy.

Mając na uwadze powyższe wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie, że nie doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję, bądź uchylenie decyzji i umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego oraz w każdym wypadku o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W sprawie o sygn. akt AmA XVII 43/18 pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji. W odniesieniu do twierdzenia powoda, że w sprawie nie zostały zebrane żadne dowody mogące potwierdzić jego udział w zмовie należy wskazać, że wskazuje na to przede wszystkim: (1) wycofanie oferty w przetargu przeprowadzonym przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w 2015 r., (2) brak wycofania oferty w przetargu przeprowadzonym przez tego samego zamawiającego trzy lata wcześniej, tj. 2012 r., a także, uzupełniająco, (3) nieprzedłużenie związania ofertą w przetargu przeprowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną w 2012 r. Pozwany powołał się również na wyjaśnienie podnoszonej przez powoda kwestii braku kontaktów biznesowych ze spółka (...) oraz o okoliczności przetargu przeprowadzonego przez (...) w 2012 roku, zawarte odpowiednio na stronie 32 – 35 oraz 26 zaskarżonej decyzji. Co do przetargu przeprowadzonego przez (...) w 2012 r. pozwany wskazał, że niezłączenie do oferty (...) aktualnego zaświadczenia ZUS stanowiło jej przygotowanie do wycofania w przypadku wystąpienia sprzyjających okoliczności, tj. takich, w których oferty (...), (...) i (...) zajmują odpowiednio pierwsze, drugie i trzecie miejsce w klasyfikacji ofert. W związku z faktem, że oferty tych przedsiębiorców zajęły pozycje odpowiednio 1, 2 i 4, wycofana została jedynie oferta (...). Przedzielenie oferty (...) i (...) „obcą ofertą” uniemożliwiło zamawiającym się realizację założonego planu w odniesieniu do oferty (...). Zrealizowany mógł zostać jedynie plan wycofania oferty (...), co spowodowało podwyższenie ceny zamówienia o ponad 300 tysięcy zł. W odniesieniu do przetargu przeprowadzonego przez (...) w 2015 r. pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone na stronie 27 decyzji. Dodał, że pierwotną intencją przedsiębiorców było wycofanie oferty (...) poprzez nieprawidłowe uzupełnienie braku formalnego oferty na wezwanie zamawiającego. O przygotowaniu oferty do wycofania w ten sposób świadczy niezłączenie do niej aktualnego zaświadczenia ZUS. Jednak w związku z nieprzewidzianą przez przedsiębiorców okolicznością - wątpliwościami zamawiającego odnośnie wysokości zaoferowanej ceny, dogodniejszym sposobem wycofania oferty było po prostu potwierdzenie, że wątpliwości te są słuszne, a cena oferty została wadliwie skalkulowana. Odnośnie podniesionego przez powoda zarzutu przedawnienia ewentualnych naruszeń w przetargach przeprowadzonych w 2012 r. pozwany wskazał, że nie może ono zostać uwzględnione, gdyż działania przedsiębiorców we wszystkich trzech przetargach stanowiły przejaw jednej praktyki ograniczającej konkurencję o charakterze ciągłym. Szczegółowe przesłanki zastosowania tej koncepcji w przedmiotowej sprawie zostały przedstawione w zaskarżonej decyzji (str. 35 i 36).

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 43/18 zainteresowany (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ż. w pełni podtrzymał zarzuty względem zaskarżonej decyzji przedstawione w swoim odwołaniu od decyzji.

Postanowieniem z dnia 29 lipca 2020 roku, na podstawie art. 219 Sąd zarządził połączenie sprawy o sygn. akt XVII AmA 43/18 ze sprawą o sygn. akt XVII AmA 42/18 do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia i prowadzenie dalej sprawy pod sygn. akt XVII AmA 42/18.

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 44/18 powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł. zaskarżył wyżej wymienioną decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie art. 7 i art. 8 kpa oraz art. 107 § 3 kpa, a także art. 227 kpc w zw. z art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 Ustawy, czyli obowiązku wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego i rzetelnego wyjaśnienia stanu faktycznego, poprzez wybiórczą analizę danych i informacji zebranych w toku postępowania, z których wynikało, że pomiędzy Spółkami nie zostało zawarte ciągłe porozumienie, którego celem i skutkiem miało być naruszenie konkurencji;

2. naruszenie art. 105n i 105b ust. 1 pkt 2 i art. 105d ust. 1 pkt 3 w związku ze 105q oraz 105o Ustawy poprzez kopiowanie i wykorzystanie jako dowodów materiałów zebranych w trakcie przeszukania w siedzibie Powoda ale skopiowanych i wyniesionych poza siedzibę Powoda a następnie poza taką siedzibą analizowanych, obejmujących korespondencję e-mail prowadzoną pomiędzy przedstawicielami ze strony Powoda i ze spółki (...) sp. z o.o., w sytuacji, gdy, co jest niezgodne z przepisami dotyczącymi przeprowadzania kontroli i powoduje bezprawność zebranych w taki sposób materiałów, a tym samym brak możliwości powoływania się na nie przez Pozwanego.

3. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 Ustawy, poprzez nieuwzględnienie charakteru rynku na którym działa Powód i szczególnej sytuacji ekonomicznej Powoda i nieuwzględnienie celowości położenia nacisku na funkcję prewencyjną, nie zaś na funkcję represyjną zastosowanych sankcji i nałożenie jej w zbyt dużej wysokości.

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

1. zmianę decyzji w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do stwierdzenia stosowania przez Powoda praktyki ograniczającej konkurencję poprzez zawarcie przez Powoda niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy;

ewentualnie

2. zmianę Decyzji w części, w szczególności w ten sposób, że w punkcie II.2 Decyzji - zmienia się wysokość kary pieniężnej;

albo

3. uchylenie Decyzji w całości;

a w każdym przypadku o zasądzenie na rzecz Powoda od Pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W sprawie akt XVII AmA 44/18 pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji. Odnosząc się do argumentacji powoda, że brak jest dowodów wskazujących na zawarcie przez powoda porozumienia z (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. powoła się na strony 32-35 zaskarżonej decyzji. W ocenie pozwanego, w tym miejscu

dostateczne jest wskazanie, że z uwagi na charakter porozumienia i koordynację przez (...) działań (...) i (...), bezpośredni kontakt pomiędzy tymi dwoma przedsiębiorcami nie był konieczny. W odniesieniu do zakwalifikowania zakwestionowanych działań przedsiębiorców jako jednego i ciągłego porozumienia pozwany powołał się również na szczegółowe przedstawienie tej kwestii w zaskarżonej decyzji (str. 35 i 36). Podkreślił, że sztuczne byłoby dzielenie na odrębne naruszenia działań tych samych przedsiębiorców podejmowanych w szeregu następujących po sobie przetargów, które zmierzają do realizacji tej samej, naruszającej konkurencję strategii pozyskiwania zamówień wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. W sytuacji, w której ten sam zamawiający zamawia usługi na okres trzech lat, po czym, po upływie tego okresu, ponownie zamawia taką samą usługę na kolejne trzy lata, a w obydwu przetargach ci sami przedsiębiorcy realizują taką samą, niezgodną z prawem konkurencji strategię zmierzającą do podniesienia ceny zamówienia, w przekonaniu pozwanego, nie sposób dokonać innej oceny niż taka, że mamy do czynienia z kontynuacją jednolitej praktyki ograniczającej konkurencję, zaś działania przedsiębiorców w poszczególnych przetargach stanowią jej przejawy. Wskazał dalej, że w przeciwieństwie do twierdzenia powoda, z korespondencji e-mail M. C. z przedstawicielami (...) z października 2015 r. wynika, że (...) miało świadomość, a co najmniej domyślało się, iż (...) jest również podwykonawcą (...), a co za tym idzie, że dzięki wycofaniu oferty przez (...) oraz udziałowi (...) w przetargu (...) może pozyskać zamówienie po cenie wyższej o 250 tysięcy zł. W przekonaniu pozwanego, o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję świadczyła dostrzeżona przez pozwanego prawidłowość dotycząca zachowań uczestników porozumienia we wszystkich przetargach na usługi hostingu i kolokacji, w których wzięli udział jako konkurenci (z niezależnymi ofertami). Polega ona z jednej strony na wycofywaniu oferty (doprowadzeniu do jej odrzucenia) przez uczestnika porozumienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, w sytuacji gdy w klasyfikacji ofert bezpośrednio następne miejsce zajmowała oferta innego z uczestników porozumienia oraz, z drugiej strony, braku takich działań, jeżeli oferty uczestników porozumienia były przedzielone „obcą” ofertą, tj. ofertą przedsiębiorcy nie będącego uczestnikiem porozumienia. Pozwany dodał, że taki schemat działania powtórzył się we wszystkich przetargach na usługi hostingu kolokacji serwerów, w których uczestnicy porozumienia wzięli udział jako konkurenci, tj. przetargach przeprowadzonych w 2012 r. i 2015 r. przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) oraz w 2012 r. przez Centralną Komisję Egzaminacyjną. Pozwany nie podzielił również poglądu powoda co do nieprawidłowości w toku przeszukania w powodowej spółce. Pozwany w szczególności powołał się to na treść postanowienia SOKiK w sprawie o sygn. akt Amz 15/17, oddalającego zażalenie. Pozwany podtrzymał również stanowisko w kwestii zasadności wymierzonej względem powoda kary pieniężnej.

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 44/18 zainteresowany (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ż. w pełni podtrzymał zarzuty względem zaskarżonej decyzji przedstawione w swoim odwołaniu od decyzji.

Postanowieniem z dnia 29 lipca 2020 roku Sąd: na podstawie art. 69 § 1 k.p.c. ustanowił z urzędu kuratora procesowego dla powoda „(...)” Spółki z ograniczoną odpowiedzialności w likwidacji z siedzibą w Ł. w osobie adwokata R. K. oraz na podstawie art. 219 Sąd zarządził połączenie sprawy o sygn. akt XVII AmA 44/18 ze sprawą o sygn. akt XVII AmA 42/18 do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia i prowadzenie dalej sprawy pod sygn. akt XVII AmA 42/18.

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

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

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej pod numerem (...). /k. 204-202 akt adm./ W latach 2012 -2015, prezesem zarządu (...) był K. S., wiceprezesem zarządu K. N., a prokurentem D. G.. (...) jest spółką branży technologii informacyjnych ((...)). Zajmuje się integracją systemów (...), dostawami sprzętu komputerowego, oprogramowania i usługami typu centrum danych ((...)). (...) posiada własne centrum (przetwarzania) danych zlokalizowane w Ż. przy ulicy (...), które służy do świadczenia usług hostingu i kolokacji serwerów. (...) jest członkiem (...) – ogólnopolskiej organizacji zrzeszającej kilkanaście największych firm zajmujących się przetwarzaniem danych w Polsce. /okoliczności bezsporne/

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS przez Sąd Rejonowy dla Łodzi –Śródmieścia w Łodzi pod numerem (...). Spółka została utworzona w 2009 r. / k. 466-463 akt adm./W latach 2012 -2015, prezesem zarządu (...) była Z. B., wiceprezesem M. C., a prokurentem M. N.. Jedynym wspólnikiem (...) jest M. C.. (...) jest spółką branży (...). Zajmuje się przede wszystkim tworzeniem oprogramowania komputerowego, aplikacji i stron internetowych. Nie posiada własnego centrum danych, a usługi kolokacji serwerów świadczy w charakterze pośrednika. /okoliczności bezsporne/ W dniu 19 stycznia 2018 r. zgromadzenie wspólników (...) podjęło uchwałę o rozwiązaniu spółki. /k.62-66 akt o sygn. XVII AmA 44/18/

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS przez Sąd Rejonowy w Kielcach pod numerem (...). Spółka została wpisana do KRS w dniu 12 maja 2016 r. i stanowi kontynuację działalności gospodarczej prowadzonej od 1997 r. przez G. C. pod firmą (...). Działalność gospodarcza na podstawie art. 551 § 5 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1577, z późn. zm.) została przekształcona oświadczeniem o przekształceniu z dnia 23 czerwca 2016 r. w jednoosobową spółkę kapitałową – (...) sp. z o.o. / k. 1089-1087 akt adm./ (...) jest spółką z branży (...). Zajmuje się m.in. integracją systemów (...), sprzedażą i serwisem sprzętu komputerowego oraz doradztwem w zakresie informatyki. Nie posiada własnego centrum danych, a usługi kolokacji serwerów świadczy w charakterze pośrednika. /okoliczności bezsporne , k. 454v akt adm./

(...) od lat pozostaje w relacjach gospodarczych z (...) i (...). Współpraca (...) z (...) rozpoczęła się w 2009 r. i polegała m.in. na tworzeniu konsorcjów przetargowych w celu wspólnego ubiegania się o różne zamówienia publiczne na usługi branży (...). Spółki utworzyły konsorcja m.in.:

- w 2013 r. w przeprowadzonym przez Ministerstwo Obrony Narodowej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie wortalu promocji obronności (...) wraz z przeniesieniem dotychczasowej jej zawartości do nowego środowiska hostingowego oraz transmisji relacji na żywo do Internetu, /k. 1022-1025 akt adm., tajemnica przedsiębiorstwa/

- w 2013 r. w prowadzonym przez Agencję (...) z siedzibą w W. na wybór wykonawcy zaprojektowania, wykonania oraz wdrożenia systemu raportowania dla Oddziału Agencji (...) S.A. w K. przy ul. (...) wraz z dostawą niezbędnego sprzętu i oprogramowania, /k. 1026 – 1029 akt adm., tajemnica przedsiębiorstwa/.

Postępowanie o udzielenie zamówienia na dzierżawę i kolokację serwerów dedykowanych wraz z oprogramowaniem przeprowadzone przez Centralną Komisję Egzaminacyjną w W. ((...)) zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2012 r. pod numerem (...). Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 17 500 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty, było kryterium: najniższa cena / k. 5-50 akt adm./. Termin składania ofert został ostatecznie ustalony do dnia 27 sierpnia 2012 r. /k.177 akta adm./

W dniu 22 sierpnia 2012 r. P. T. zatrudniony w (...) na stanowisku (...) Manager przesłał do M. C. (wiceprezesa spółki (...)) wiadomość e-mail o tytule „Prośba o złożenie oferty do (...). W treści e-maila wskazano m.in.: „Proszę o wrzucenie dokumentów firmowych do oferty i wpłacenie wadium zgodnie z ustaleniami. Jutro (czwartek) doślę wypełnioną tabelę opisu przedmiotu zamówienia oraz aktualizację cen, dlatego jeszcze nie drukujcie.”. Do e-maila został załączony plik komputerowy Microsoft Word o nazwie „oferta (...)”. Dokument zawiera 19 stron stanowiących gotową ofertę, jaką (...) złożyło w przetargu (...), tj. wypełniony „Formularz Oferty/Formularz Cenowy” wraz z załącznikami. /k. 1390, 1380-1389 akt adm./

Oferta nie zawierała jedynie dokumentów określonych w ww. e-mailu jako dokumenty firmowe, tj. odpisu aktualnego K. N., zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w składkach i zaświadczenia US o niezaleganiu w podatkach. Omawiany dokument „oferta (...)” zawierał kilka pustych stron, na których wskazano jedynie to, co powinno się na nich znaleźć (strona 8 – „[Tutaj KRS]”, strona 9 „[Tutaj KRK osoby + firma]”, strona 10 – „[Tutaj KRK]”, strona 19 – „[Tutaj dowód wpłaty wadium]”. Na stronie 11 znajduje się następująca

treść: „[Tutaj zaświadczenie Urzędu Skarbowego ale nieaktualne!]”. Dla słów „ale nieaktualne!” został ustawiony czerwony kolor czcionki. /k. 1384-1389 akt adm./

W dniu 27 sierpnia 2012 zamawiający dokonał otwarcia ofert./k. 179-181 akt adm./

Oferta (...) była kompletna, zaś oferta (...) zawierała braki – do oferty zostało dołączone zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione w dniu 13 lutego 2012 r. i stwierdzające stan na dzień 27 stycznia 2012 r. Zaświadczenie to było nieaktualne dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego, gdyż stwierdzało stan na dzień wcześniejszy niż trzy miesiące przed terminem składania ofert (27 sierpnia 2012 r.). / k. 196, 317 akt adm./

W dniu 31 sierpnia 2012 r. M. C. przesłał P. T. wiadomość e-mail o treści „P., excela do (...) mi podeślij.”. W odpowiedzi P. T. przesłał M. C. plik w formacie obsługiwany przez program komputerowy M. (...) zawierający zestawienie wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu wraz z zaoferowanymi cenami oraz pozycją w rankingu. W treści e-maila P. T. wskazano: „M. jak wezwą do uzupełnienia (ZUS czy US nie pamiętam co było za stare) – to uzupełnijcie prawidłowo – tym ważnym na dzień składania ofert. Ok?”. /k. 1366 akt adm./

W dniu 27 września 2012 roku w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty (...) przesłała zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione w dniu 5 czerwca 2012 roku według stanu na dzień 30 maja 2012 roku, poinformowała, że rozbieżność między ceną podana w wykazie usług a ceną w referencjach wynika z faktu, że w referencjach przedstawiono wartość netto wykonane usługi oraz załączono wyjaśnienie (...) Sp. zo.o.. /196, k. 209, 210-212v, 212, akt adm./

Oferty czterech wykonawców zostały odrzucone. Oferty, które nie podlegały odrzuceniu, zawierały następujące ceny brutto:

- 549 072 zł – (...);
- 678 586 zł – (...) sp. z o.o.;
- 736 155 zł – (...) sp. z o.o.;
- 747 840 zł – (...);
- 799 500 zł – (...) S.A.;
- 1 160 687 zł – konsorcjum (...) sp. z o.o. i (...) S.A.;
- 1 314 346 zł – (...) S.A.

Oferty (...) i (...) zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1 i 4; oferty te zostały przedzielone dwiema „obcymi ofertami”. W dniu 12 października 2012 roku Komisja Przetargowa ustaliła, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta (...) Sp. z o.o. /k. 215-216, 217-218, 219 akt adm./

(...) nie wziął udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użyczył zasobów (...) i (...) oraz został wskazany w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca. /k. 290, 322 akt adm./

W dniu 31 października 2012 r. między (...) a (...) została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. /k. 271-280 akt adm./

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługa kolokacji serwerów oraz serwis pogwarancyjny dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...)” zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2012 r. pod numerem (...). Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 50 000 zł. Jedynym kryterium, którym kierował

się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium: najniższa cena. Termin składania ofert ustalony został do dnia 30 października 2012 r. /k. 1415 - 1418 akt adm./

W dniu 24 października 2012 r. z rachunku bankowego (...) na rachunek bankowy (...) został zrealizowany przelew kwoty zł. Jako tytuł transakcji wskazano dokument o nazwie „(...)” /k. 848 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa/. Jest to faktura VAT pro forma nr (...) z dnia 24 października 2012 r. Dokument ten zawiera następujące dane dotyczące transakcji: (1) sprzedawca: , (2) nabywca: (3) nazwa towaru lub usługi: (4) cena netto: zł, (5) podatek VAT: zł, (6) wartość brutto: zł . /k. 846 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa / Oprócz faktury pro forma (...) wystawiło w dniu 25 października 2012 r. fakturę zaliczkową nr (...) zawierającą identyczne dane, co faktura pro forma /k. 847 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa/

W dniu 26 października 2012 roku (...) dokonało wpłaty wadium w formie przelewu bankowego w kwocie 50.000,00 zł. /k. 366 akt adm./

W dniu 26 października 2012 r (...) przygotował dwie oferty cenowe (...) dla (...) i (...) za wykonanie w całości usług zamawianych przez (...) w 2012 r. Są to oferta (...) dla (...) z dnia 26 października 2012 r. oraz oferta (...) dla (...) z dnia 26 października 2012 r. Oferta dla (...) zawiera cenę zł netto miesięcznie, tj. zł za 36 miesięcy świadczenia usług. W ofercie dla (...) została wskazana cena zł netto miesięcznie, tj. zł netto za 36 miesięcy świadczenia usług. /k. 822 i 823 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa/

W dniu 30 października 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 399 607 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:

1) 1 412 532,00 zł – (...);

2) 1 726 920,00 zł – (...);

3) 1 919 538,00 zł – (...) B. sp.k.;

4) 1 992 600,00 zł – (...);

5) 2 613 637,40 zł – (...) sp. z o.o. /k. 334, 335, 388 i 389 akt adm./

Oferty (...), (...) i (...) zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1, 2 i 4. Oferty (...) i (...) zostały przedzielone „obcą ofertą”.

W ofertach (...) oraz (...) jako kompleksowy podwykonawca oraz podmiot używający zasobów został wskazany (...) . /k. 407 i 440 akt adm./

Oferta (...) była kompletna zaś oferty (...) oraz (...) zawierały następujące braki formalne:

-do oferty (...) nie dołączono aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z podatkami, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

-do oferty (...) nie załączono aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający wezwał (...) i (...) do złożenia brakujących dokumentów ./k. 345-346, 348-349 akt adm./

Obydwaj przedsiębiorcy uzupełnili swoje oferty przesyłając zaświadczenia, przy czym jedynie (...) przesłał zaświadczenie spełniające warunek aktualności. (...) przy piśmie z dnia 16 listopada 20102 roku przesłało zaświadczenie wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r. przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego Ł. i stwierdzające stan na dzień 30 maja 2012 r. /k. 352-353, 354 akt adm./, mimo tego, że (...) dysponowało zaświadczeniem Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego Ł. o niezaleganiu w podatkach wydanym w dniu 31 sierpnia 2012 r. i stwierdzającym stan na dzień 29 sierpnia 2012 r. /k. 532, 531 akt adm. tajemnica skarbowa/. Zaświadczenie wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r. nie spełniało wymogu aktualności w omawianym postępowaniu przetargowym, gdyż zaświadczenie nie mogło być wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed dniem 30 października 2012 r.).

Mając powyższe na uwadze zamawiający odrzucił ofertę (...) i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty: Przedsiębiorstwo Handlowe (...). /k. 361-362 akt adm./

W dniu 7 grudnia 2012 r., po zakończeniu przetargu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, M. C. przesłał T. Ś. (1), pracownikowi (...) zatrudnionemu na stanowisku Kierownika Zespołu Sprzedaży – Sektor Publiczny, wiadomość e-mail, w której poinformował o zwrocie (...) przez (...) wadium oraz zapytał o procedurę „cofania” zaliczki. W odpowiedzi T. Ś. (1) wskazał, że (...) zwraca pieniądze (...) oraz wystawia fakturę korygującą do faktury zaliczkowej. /k. 1358 akt adm./

W dniu 11 grudnia 2012 r. między (...) a zamawiającym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. /k. 367-385 akt adm./

Po zawarciu umowy, (...) w dniu 13 grudnia 2012 r. wystąpił do zamawiającego z propozycją pozostawienia całego sprzętu komputerowego w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum (...) w Ż. (...) wygrał wcześniejszy przetarg na kolokację serwerów przeprowadzony przez (...) w 2009 r.). /k. 386 akt adm./ Zamawiający zaakceptował tę propozycję. /k. 387 akt adm./ (...) zwróciło (...) i (...) wniesione wadium. /k. 366, 365 akt adm./

W dniu 17 grudnia 2012 r. z rachunku bankowego (...) na rachunek bankowy (...) został zrealizowany „zwrotny” przelew kwoty zł. W tytule przelewu wskazano, że jest to zwrot zaliczki dotyczącej faktury zaliczkowej (...) (usługa wytworzenia zintegrowanego systemu (...)). /k. 845 akt adm. tajemnica przedsiębiorstwa/

W dniu 2 lipca 2015 r. na stronie internetowej Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) ((...)) zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu pn. „Usługa kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych (...). Wartość szacunkową zamówienia netto (bez podatku VAT) zamawiający określił na 1 979 674,00 zł. Zamówione usługi miały być wykonywane przez 36 miesięcy. Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: (1) cena z wagą 90%, (2) liczba krajowych punktów wymiany ruchu, do których podłączona będzie serwerownia z wagą 5% oraz (3) liczba operatorów klasy (...)/ (...) z pełną tablicą (...) z wagą 5%. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 40 000 zł. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2015 r. i był dwukrotnie zmieniany: ogłoszeniem (...) z dnia 7 sierpnia 2015 r. został wyznaczony na dzień 19 sierpnia 2015 r., zaś ogłoszeniem z dnia 18 sierpnia 2015 r. na dzień 25 sierpnia 2015 r. /k. 1398-1412, 494, 495, 496, 503 akt adm./

W dniu 3 lipca 2015 r. T. Ś. (1), zatrudniony na stanowisku kierownika zespołu sprzedaży – sektor publiczny w (...) Sp. zo.o., („przekazał swojemu przełożonemu K. N. pocztą elektroniczną informację, że (...) zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. W odpowiedzi K. N. stwierdził, że „(...) będziemy musieli do tego przysiąc i wymyslec patent” oraz, że po opublikowaniu przez (...) pełnej specyfikacji zamówienia T. Ś. (1) ma dać „(...) cynk bo trza będzie ta lekturę przeczytać i podrapać się po głowie jaki zastosować manewr aby nie stracić klienta a jeszcze na tym dobrze zarobic” /k. 719 akt adm./

W dniu 5 sierpnia 2015 r. od godziny 07:42 T. Ś. (1), ((...)) przeprowadził z M. C. (MC) wymianę wiadomości SMS o następującej treści:

TŚ: „Potrzebuję złożyć ofertę do U. tak jak 3 lata temu.”

MC: „Wadium?”

TŚ: „40k”

MC: „A termin składania ofert?”

TŚ: „14 sierpień”

MC: „Ok. Skontaktuj się z N., ma prokurę. Ja mu dam znać, że się z nim skontaktujesz i uzgodnisz wszystkie szczegóły.”
/k. 1128 akt adm./

O godzinie 07:55 M. C. przesłał M. N. (...) Sp. o.o.) SMS o treści: „T. Ś. (2) z (...) się z Tobą skontaktuje w sprawie oferty do umwm. Wyjaśni wszystko telefonicznie/mailowo.”. M. N. odpowiedział, że „czekam w takim razie na kontakt” / k. 1128v adm./

O godzinie 09:59 M. N. przesłał T. Ś. (1) e-mail, w którym wskazał, że (...) chce wystartować w przetargu na „Usługę kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych (...)” i w związku z tym prosi o wycenę przedmiotu zamówienia. W treści e-maila podano link do strony internetowej na której znajduje się ogłoszenie o zamówieniu wraz z załącznikami. W odpowiedzi T. Ś. (1) napisał: „Dziękuję za zapytanie – przygotujemy stosowną ofertę” (e-mail z dnia 05.08.2017 r., godz. 11:11) / k. 1357 akt adm./

W dniu 10 sierpnia T. Ś. (1) poprosił M. N. w e-mailu o „przesłanie papieru firmowego”. W odpowiedzi M. N. przesłał T. Ś. (1) e-mail z załączonym plikiem „(...)”. W lewym górnym rogu tego dokumentu znajduje się logotyp (...), zaś u dołu dane teleadresowe (...) oraz nr KRS, NIP i REGON. /k. 1355 i 1356 akt adm./

W dniu 13 sierpnia 2015 (...) sporządził oferty cenowe dla (...) i (...) za wykonanie usługi zamawianej przez (...). Są to oferta (...) dla (...) z dnia 13 sierpnia 2015 r. i oferta (...) dla (...) z dnia 13 sierpnia 2015 r. Obydwie oferty zawierają taką samą cenę zł netto miesięcznie, tj. zł netto za 36 miesięcy świadczenia usług. /k. 824 i 825 akt adm. tajemnica przedsiębiorstwa/

W dniu 13 sierpnia 2015 r. T. Ś. (1) przesłał M. N. wiadomość e-mail o treści „Witam w załączeniu przesyłam ofertę na kolokację (...). Do wiadomości został dołączony plik w formacie (...) o nazwie „(...)”. Plik stanowi oznaczoną datą 13 sierpnia 2015 r. ofertę cenową (...) od (...) dla (...) na kolokację i serwis pogwarancyjny dla (...). W ofercie wskazano cenę netto za jeden miesiąc usługi w wysokości zł netto, a zatem za cały okres świadczenia usługi . zł netto. /k. 1350 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa, k. 1351 akt adm./

Tego samego dnia T. Ś. (1) przesłał M. N. e-mail o tytule „(...)”. Wiadomość nie zawierała żadnej treści, był do niej załączony jedynie plik – archiwum ZIP – o nazwie „(...)”, który zawiera łącznie cztery pliki: trzy dokumenty Microsoft Word o nazwach „koperta”, „(...)” i „siwz” oraz jeden plik tekstowy w formacie txt o nazwie „instrukcja”. /k. 1353 i 1354 akt adm./

W dniu 18 sierpnia 2015 r. T. Ś. (1) przesłał M. N. e-mail o treści „Witaj Trzeba to jeszcze dorzucić do oferty” zawierający w załączniku plik Microsoft Word o nazwie „osw_powierzenie.docx”. Dokument stanowi oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy, tj. (...). W górnej części dokumentu znajduje się znak firmowy (...), pełna firma tego przedsiębiorcy wraz adresem firmy, danymi kontaktowymi (nr telefonu, faksu, adres e-mail, adres strony internetowej), NIP, REGON oraz nr rachunku bankowego (...). U dołu znajdują się logotypy firm, których (...) jest partnerem (dystrybutorem). Treść oświadczenia została zatem zamieszczona na papierze firmowym (...). W miejscu, w którym należało wpisać miejscowość (miejsce) i datę złożenia oświadczenia wpisano „K., dnia 17.08.2015 r.” /k. 1349 i 1348 akt adm./ Oświadczenie, jakie zostało załączone do oferty (...) złożonej zamawiającemu,

różniło się od ww. pliku tym, że został zmieniony papier firmowy (...) na (...), natomiast nie zostały zmienione data oraz miejscowość. /k. 459 akt adm./

W dniu 25 sierpnia 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 035 500 zł. W postępowaniu złożono dwie oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

1) 1 323 972,00 zł – (...);

2) 1 580 796,00 zł – (...). /k. 500 akt adm./

(...) nie wziął udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użył zasobów (...) i (...) oraz został wskazany w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca. /k. 444, 450-451, 459 akt adm./

Oferta (...) zawierała braki formalne – do oferty nie dołączono zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2015 r. wezwał (...) do złożenia aktualnego zaświadczenia ZUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, a także złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, gdyż jego oferta była o 30% niższa od określonej przez zamawiającego wartości zamówienia brutto (2 035 500 zł). Ponadto zamawiający wezwał (...) oraz (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonych do ich ofert referencji wystawionych (...) przez spółkę (...) S.A. mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w przetargu. /k. 491, 486 i 513 akt adm./

Pismem z dnia 1 września 2015 r. (...) uzupełnił ofertę o prawidłowe zaświadczenie, ale jednocześnie poinformował, że po otrzymaniu wezwania zamawiającego dokonał ponownej kalkulacji ceny. Ponowne obliczenia wykazały, że w pierwotnej kalkulacji został popełniony błąd skutkujący tym, że cena została omyłkowo zaniżona i nie gwarantuje prawidłowego wykonania umowy. /k. 482 akt adm./ W związku z powyższym oferta (...) została odrzucona, a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta (...). /k. 514 - 515 akt adm./

W dniach 14 i 15 października 2015 r., już po odrzuceniu przez zamawiającego oferty (...), M. C. prowadził korespondencję e-mail z przedstawicielami (...) (T. Ś. (1) i K. N.) dotyczącą wysokości wynagrodzenia (prowizji) (...) od (...). M. C., niezadowolony z propozycji finansowych (...), podnosił m.in., że: „Bufor pomiędzy dwoma ofertami [ofertą (...) i (...)] był na ponad 250 tysięcy. Temat byście wzięli w każdym z przypadków bo byliście zapewne podwykonawcą tu i tu.”, „K. [K. N.], wszystko prawda. Jak również to, że macie +250tys względem innej firmy.” i „w przypadku % [prowizja od (...)] dla (...) nadal masz tys. więcej do dyspozycji niż w przypadku nie brania udziału przez nas.” /k. 729, 711 akta adm. – tajemnica przedsiębiorstwa/

Przedstawiciele (...) podkreślali, że zamówienie będzie w całości realizowane przez (...):

TŚ: „[O (...)] W tym temacie nie robicie dokładnie nic. Nie ponosicie żadnych kosztów. Jedyne koszty to wadium, za które odsetki Wam zapłacimy.”

MC: „Panowie, za zł nie wyrażałbym nawet zgody na składanie papierów na taką wartość. Przysługa przysługa, ale jakieś koszty obsługi mam”

TŚ: „Napisz mi proszę jakie będziesz miał koszty obsługi? Jeżeli kosztem obsługi jest wystawienie FV i wysłanie jej pocztą no to gratuluję”

KN: „Ile chcesz za to fakturowanie”

MC: „(...) przyjęta stawka to % (...)”

KN: „Za fakturę? Hehe. Kosmita. Ja mogę dać ci % i uważam że to uczciwa propozycja masz zł za nic mc. (...) 3 lata inna firma dostawała 300 zł m-c i się cieszyła M.. Masz obrót przepływ kasy i referencje plus za nic %”

MC: „Proponowana stawka jest standardem. Za odpowiedzialność, za kwotę i wszystko inne”

KN: „M. jedyne co masz robić to wystawiać fakturę i robić przelew ile to kosztuje?

20 zł mc? (...) Nie masz żadnych kosztów poza przefaktuowaniem.”

TŚ: „Generalnie jest to prośba aby nam [Infomex] pomóc w temacie a nie czerpać z niego korzyści”,

TŚ: „(...) myślałem o Tobie [M. C.], że jesteś facetem, któremu jak przyniosę temat to się ucieszy i pomoże koledze po fachu”,

MC: „Pomóc pomogłem, zgłosiłeś się, złożyłem, nie robiłem żadnych fochów (...)” /k. 711 – 752 akt adm., tajemnica przedsiębiorstwa/

W kolejnych dniach M. C. kontaktował się z firmą (...) sp. z o.o. z propozycją powierzenia tej spółce podwykonawstwa. Do zmiany podwykonawcy jednak nie doszło. /okoliczność bezsporna/

W dniu 22 października 2015 r. między (...) a (...) została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. /k. 1208-1227 akt adm/

Po zawarciu umowy (...) poinformowało zamawiającego, że sprzęt komputerowy pozostanie w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum (...) w Ż. /k. 527 akt adm./ Zamawiający zwrócił (...) wniesione wadium. /k. 518 akt adm./

W związku z ustaleniami dokonany w postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu w dniu 5 stycznia 2017 r. postanowieniem Nr (...) wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez:

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ż. (zwany dalej (...)),

- (...) sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o. w likwidacji) z siedzibą w Ł. (zwane dalej (...)) i

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. (zwany dalej (...))

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. /k. 1392-1396 akt adm./

Pismem z dnia 8 lutego 2017 r. (...) stanowczo zaprzeczył, aby podejmował jakiegokolwiek działania, których celem lub skutkiem miałyby być ograniczenie konkurencji poprzez zawarcie niezgodnych z prawem porozumień. (...) wyjaśnił, że we wszystkich trzech postępowaniach przetargowych wskazanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego złożył oferty podwykonawstwa (...) i (...), jednak współpraca miała charakter oddzielny i niezależny. Przedsiębiorca przedstawił również wyjaśnienia odnośnie poszczególnych postępowań przetargowych. /k. 1430-1435 akt adm./

Pismem z dnia 3 lutego 2017 r. (...) oświadczyło, że nigdy nie zawierało żadnych porozumień ograniczających konkurencję ani nie działało w celu zawarcia takich porozumień. (...) wyjaśniło, że współpracuje z (...) od 2009 r., z którym wielokrotnie występowało w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego współpracując w formie konsorcjum lub działając jako wzajemni podwykonawcy. Taka współpraca, zdaniem (...), nie jest niczym niewskazanym ani zabronionym. (...) wyjaśniło, że nigdy nie miało żadnych kontaktów z (...). Odnośnie składania nieaktualnych zaświadczeń z ZUS i US (...) wskazało, że nie jest to niezgodne z prawem i że uczestnicząc w przetargach zabezpiecza się niekiedy w ten sposób, aby w przypadku gdy wygrana przestaje być w interesie spółki, móc wycofać

się bez konsekwencji. Jest to praktyka zupełnie niezależna od jakiejkolwiek współpracy podwykonawczej i nigdy nie było dokonywane w zмовie z żadną inną firmą. /k. 1428-1429 akt adm./

Pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. (...) stwierdził, że podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję jest całkowicie niezasadne i pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych. (...) zakwestionował prawidłowość „wyrwania” pojedynczych zdarzeń z okresu 3 lat i wyciągnięcie z nich wniosków o możliwości stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Zdaniem (...) dla formułowania takich wniosków konieczne jest podejmowanie działań przez domniemanych zmwiających się w krótkich okresach czasu i w sposób powtarzalny, tak żeby wyeliminować przypadek. (...) oświadczył, że nigdy nie prowadził współpracy z (...). Dla (...) jest to całkowicie konkurencyjna firma. Natomiast z (...) czasem współpracuje na zasadzie wymiany zasobów lub zakupu sprzętu. Zdaniem (...) współpraca na zasadzie podwykonawstwa lub udostępnienia zasobów jest dopuszczalna przez prawo i nie można z niej czynić zarzutów. Przedsiębiorca udzielił również wyjaśnień odnośnie poszczególnych przetargów. / k. 1427 akt adm./

W pismach z dnia 26 lutego 2018 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania szczegółowe uzasadnienie zarzutów. /k. 1460-1475 akt adm./

Pismami z dnia 28 lutego 2018 r. Prezes Urzędu wezwał przedsiębiorców do przedłożenia informacji o wysokości obrotu osiągniętego w poprzednim roku obrotowym. Przedsiębiorcy przekazali informacje o obrocie uzyskanym w 2017 r. W przypadku (...) dodatkowo pozyskano dane o obrocie uzyskanym w latach 2015 i 2016. /k. 1476, 1477, 1478 akt adm., k. 1512-1520 akt adm. – tajemnica przedsiębiorstwa/

Pismem z dnia 15 marca 2018 r. (...) ponownie zaprzeczył, żeby doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. (...) wskazał, że przedmiotowe postępowanie antymonopolowe ma w istocie charakter poszlakowy. Zarzut zawarcia zмовы przetargowej wymaga wykazania w sposób nie budzący wątpliwości, co – w ocenie (...) – w przedmiotowej sprawie nie zostało spełnione, a w materiale dowodowym zgromadzonym przez Prezesa Urzędu brak jest dowodów pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zawarcia zabronionego porozumienia. (...) wyraził wątpliwość, czy rynek właściwy, na którym miało dojść do zarzuczanych naruszeń, został prawidłowo zdefiniowany. Zakwestionował również zaprezentowaną w (...) kwalifikację zarzuczanych porozumień jako jednego, ciągłego naruszenia. Wskazał też, jakie okoliczności powinien uwzględnić Prezes Urzędu przy ustalaniu wysokości kary, w przypadku uznania, że doszło do zawarcia zмовы przetargowej. /k. 1492-1509 akt adm./

Pismem z dnia 9 marca 2018 r. (...) podtrzymał swoje stanowisko w sprawie. Odnośnie – szeroko opisanej w (...) kwestii nieprzedłużenia przez (...) ważności oferty w przetargu przeprowadzonym przez (...) przedsiębiorca wskazał, że jego oferta zajęła dopiero czwarte miejsce w klasyfikacji ofert i realnie nie miała żadnych szans na wygranie przetargu. Kwota wadium w wysokości 17 500 zł była zaś dla (...) bardzo wysoka i brak było jakiegokolwiek uzasadnienia, aby te pieniądze były zamrożone przez dodatkowe 60 dni. Odnośnie przetargu przeprowadzonego przez (...) w 2015 r. (...) powtórzył, że jego oferta została odrzucona tylko z tego powodu, że zmwiający niezasadnie stwierdził, iż zawiera rażąco niską cenę, której (...) nie był w stanie udokumentować. W tej sprawie (...) zwracał się do swojego podwykonawcy (...) o udostępnienie kalkulacji ceny, jednakże (...) odmówił. /k. 1486-1488 akt adm./

(...) nie przedstawiło końcowego stanowiska w sprawie.

Pismami z dnia 17 maja 2018 roku strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy. /k. 1521, 1522, 1523 akt adm./

W dniu 30 maja 2018 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...).

Powyższy stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentów, w tym znajdujących się w aktach administracyjnych, gdyż nie były kwestionowane przez strony, jak również w ocenie Sądu nie budziły wątpliwości.

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

Odwołania są niezasadne i dlatego nie zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na charakter niniejszego postępowania, zainicjowanego na skutek odwołania, od decyzji, podnoszone przez powodów zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa procesowego należało uznać za całkowicie bezzasadne. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, gdyby nawet doszło do naruszenia przepisów procedury, to nie mają one wpływu na rozstrzygnięcie wydane przez Sąd. Jak wskazał SN w wyroku z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 „Jurysdykcyjna funkcja Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może sprowadzać się tylko do oceny legalności decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Sąd ten powinien dążyć do ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, a następnie dokonać ich prawnej oceny w zakresie zasadności odwołania.” W przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd rozpoznaje sprawę merytorycznie. Mając bowiem na względzie charakter postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, postępowanie niniejsze tj, z odwołania od decyzji Prezes UOKiK ma charakter postępowania rozpoznawczego, pierwszoinstancyjnego i kontradiktoryjnego. Mając na względzie wymogi odwołania przyjęte przez ustawodawcę, odwołanie odpowiada konstrukcji pozwu w ogólnym postępowaniu cywilnym, bowiem wymagania odnoszące się do odwołania (art. 479²⁸ § 3 k.p.c.) są zbliżone do wymagań pozwu (art. 187 k.p.c.), a ponadto odwołanie, podobnie jak pozew, uruchamia postępowanie sądowe w pierwszej instancji. W świetle powyższego przyjąć należało, że zastosowanie znajdują również reguły dowodzenia w procesie cywilnym. W konsekwencji, obowiązek przedstawienia dowodów w niniejszym postępowaniu również spoczywał na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywał na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. Skoro zatem odwołanie łączy w sobie cechy nie tylko środka zaskarżenia, ale też powództwa, strony przede wszystkim w ramach realizacji zasady kontradiktoryjności mogą przedstawiać dowody, co niewątpliwie strony uczyniły, powołując się na dowody z dokumentów.

Niezasadny okazał się zarzut powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. (...) dotyczący braku upoważnienia Dyrektora Delegatury UOKiK w K. do wydania postanowienia o wszczęciu postępowania z dnia 5 stycznia 2017 roku a w dalszej kolejności, do wydania zaskarżonej decyzji. Nie budzi wątpliwości Sądu zasadność przekazania niniejszej sprawy przez Prezesa UOKiK Delegaturze UOKiK w K., w szczególności z uwagi na wątpliwości związane z przebiegiem przetargu przeprowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) (...) w 2015 r., którego biura zlokalizowane są właśnie w K.. Ponadto, upoważnienie Dyrektora Delegatury UOKiK w K. do wydania tych aktów wynika z aktu przekazania sprawy z dnia 29 grudnia 2016 r., którym Prezes UOKiK przekazał Delegaturze UOKiK w K. przedmiotową sprawę do załatwienia. Ponadto, zasadnie w treści przekazania pozwany wskazał podstawą prawną przekazania jako art. 33 ust. 4, 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2-17 r., poz 229, z późn. zm., dalej: „uokik”). Zgodnie z tymi przepisami, Delegatury Urzędu oprócz spraw należących do ich właściwości mogą załatwiać inne sprawy przekazane im przez Prezesa Urzędu, w szczególności uzasadnionych przypadkach Prezes Urzędu może sprawę należącą do właściwości delegatury przejąć lub przekazać do załatwienia innej delegaturze Urzędu albo sprawę należącą do swojej właściwości przekazać do załatwienia wskazanej delegaturze, oraz decyzje i postanowienia w sprawach z zakresu właściwości delegatur oraz w sprawach przekazanych do załatwienia przez Prezesa Urzędu na podstawie ust. 5 dyrektorzy delegatur wydają w imieniu Prezesa Urzędu. Zasadnie powołał się przy tym pozwany na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2015 r., sygn. akt III SK 40/14 (LEX nr 1792428), w którym wskazał że: „(...) przekazanie, o którym mowa w art. 33 ust. 5 uokik, możliwe jest przed wszczęciem postępowania” oraz że: „brak uzasadnienia „szczególnie uzasadnionego przypadku” nie powoduje, że decyzja wydana przez delegaturę została wydana z naruszeniem przepisów o właściwości”. Wbrew twierdzeniom powoda podniesionym w piśmie z dnia 11 września 2019 roku, mimo odmiennych okoliczności faktycznych, z uwagi na przedstawioną wykładnię powołanych przepisów, powyższy pogląd Sądu Najwyższego należy podzielić również w niniejszej sprawie. Z powyższego wprost wynika, że przedmiotowy zarzut jest niezasadny.

Niezasadne były zarzuty powodów (...) i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w Ł. (...), co do nieprawidłowości dokonanych podczas przeszukania w spółce (...). Zauważyć tu przede wszystkim należy, że zażalenie złożone przez (...) na czynności przeszukania zostało prawomocnie odrzucone. Postanowienie w powyższym przedmiocie z dnia 19 sierpnia 2016 roku w sprawie o sygn. akta XVII Amz 43/16 stało się prawomocne

z dniem 6 września 2016 roku (k. 113, 114). W przekonaniu (...), skopiowanie całych skrzynek poczty e-mail, które następnie zostały wyniesione poza siedzibę przedsiębiorcy, a ich zawartość była później przeglądana przez pracowników UOKiK poza siedzibą przeszukiwanego przedsiębiorcy i bez jego obecności stanowi naruszenie praw przeszukiwanego. Powołał się w tym zakresie na postanowienie wydane przez SOKiK w innej sprawie z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt XVII Amz 15/17. Należy tu jednak zauważyć, że do czasu uprawomocnienia się postanowienia w niniejszej sprawie z dnia 19 sierpnia 2016 roku, kopie dysków sporządzone w toku przeszukania (...) pozostawały zamknięte w kopercie i nie były analizowane przez pracowników UOKiK. Zasadnie wskazał pozwany, że w świetle uzasadnienia postanowienia SOKiK w sprawie XVII Amz 15/17 na tym etapie doszło jedynie do dopuszczalnego zabezpieczenia dowodów. Co istotne, dopiero po uprawomocnieniu postanowienia SOKiK z dnia 19 sierpnia 2016 roku o odrzuceniu zażalenia (...) podjęto czynności przeszukania dysków w siedzibie UOKiK bez udziału (...) i od tej chwili prawa (...), o których mowa w postanowieniu SOKiK w sprawie XVII Amz 15/17 nie mogły już zostać zrealizowane, albowiem Spółka (...) nie skorzystała skutecznie ze środka w postaci zażalenia na czynności przeszukania. Tym samym nie było żadnych podstaw do wykluczenia któregokolwiek z dowodów zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu administracyjnym.

Niezasadne okazały się zarzuty powodów (...), (...) oraz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (...), co błędnych ustaleń stanu faktycznego prowadzącego do błędnego przekonania pozwanego o istnieniu zмовы i okresu jej trwania.

Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, 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.

Wskazać tu należy, że w szczególności obszerna korespondencja e-mail zgromadzona w aktach postępowania administracyjnego wskazuje jednoznacznie, że zarówno celem jak i skutkiem przedmiotowej praktyki było ograniczenie konkurencji w latach 2012-2015. Bezsporne było w niniejszej sprawie, że powodowie (...), (...) i (...) wzięli udział w trzech przetargach na usługi hostingu i kolokacji serwerów, w których składali samodzielne oferty. Były to:

- 1) przetarg na dzierżawę i kolokację serwerów dedykowanych przeprowadzony przez Centralną Komisję Egzaminacyjną w 2012 roku,
- 2) przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzony przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) ((...)) w 2012 roku,
- 3) przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzonego przez (...) w 2015 roku.

Powodowie (...) i (...) nie kwestionowali, że uczestniczyli w każdym z tych przetargów jako wykonawcy bezpośrednio ubiegający się o uzyskanie zamówienia, zaś (...) w każdym przypadku pełnił rolę kompleksowego podwykonawcy dla tych przedsiębiorców. Ponadto, w przetargu przeprowadzonym przez (...) w 2012 r. (...) wystąpił w podwójnej roli, tj. podwykonawcy wskazanego w ofertach (...) i (...) oraz wykonawcy, który złożył zamawiającemu własną ofertę. Niesporne jest również, że powód (...) jako jedyny z wymienionych przedsiębiorców dysponował opisywaną infrastrukturą – centrum danych zlokalizowanym w Ż. przy ulicy (...). Niezasadnie wywodzili powodowie, że dowodem porzucenia praktyki z 2012 roku jest fakt, że kolejny przetarg miał miejsce dopiero w 2015 roku. W tym okresie miała miejsce określona koordynacja zachowań. Model działania powodów był powtarzalny oraz był skuteczny. Wobec ustalonych działań, w tym wynikających z treści konwersacji zawartej w wiadomościach e-mail oraz sms wynika, że nie było woli zaprzestania tej praktyki. Nie było też racjonalnego powodu jej porzucenia, skoro taka praktyka działała i przynosiła wszystkim stronom korzyści. Można jedynie przypuszczać, że symptomy porzucenia tej praktyki mogły pojawić się w 2015 roku, po trzecim przetargu, kiedy to powodowie (...) i (...) nie mogli dojść do porozumienia co do wartości korzyści, tj. wysokości prowizji spółki (...) (k. od 711 do 752 akt adm.). Dopiero takie zachowanie uczestników porozumienia mogłoby świadczyć o tym, że porozumienie nie będzie już kontynuowane, chociaż, co bezsporne, ostatecznie do zmiany podwykonawcy jednak nie doszło. Z tego względu uzasadnione jest przyjęcie, że porozumienie

nadal trwało również po 2012 roku do końca 2015 roku i że cel tego porozumienia nadal był objęty wolą stron, jak również, że strony były zainteresowane wieloletnią współpracą. Zasadnie przyjął pozwany w uzasadnieniu decyzji, że: „Trzyletni cykl dokonywania szczegółowych uzgodnień w przetargach determinowany był więc jedynie okresem, na jaki zawierane były umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie wiązał się z ewentualnym porzuceniem przez poszczególnych przedsiębiorców zamiaru niedozwolonego wpływania na wyniki przetargów. Pozwany podkreślił, że nie niweczy ciągłości i jednolitości porozumienia okoliczność, że strony dokonują uzgodnień w pewnych odstępach czasu, o ile dotyczą tego samego celu i są powzięte ze z góry podjętym zamiarem.” Należy przyjąć, iż wobec podjęcia czynności w postaci przeszukania w spółce (...) w 2016 roku mogło dojść do zaprzestania stosowania praktyki. W niniejszej sprawie nie doszło zatem do przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego, które nastąpiło zawiadomieniem z dnia 5 stycznia 2017 roku, a tym samym do uchybienia terminu, o którym mowa w art. 93 ust. 1 uokik.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że brak bezpośredniej korespondencji pomiędzy spółkami (...) nie niweczy powyższych wniosków o zwanie wszystkich powodów, tj. włącznie ze spółką (...). Nie ma też konieczności wykazywania bezpośrednich ustaleń pomiędzy tymi dwiema spółkami. Bezpośrednim wykonawcą umów był i tak zawsze (...), kwestią było tylko to, której ze spółek, (...) czy (...), uda się wygrać przetarg. Z treści konwersacji drogą elektroniczną jak również zapisów wiadomości sms znajdującej się w aktach postępowania administracyjnego wnioskować również należy, że (...) był liderem przedmiotowej zwoły przetargowej, koordynującym działania pozostałych powodów. Określał również szczegółowe wytyczne co do składowania dokumentów niezbędnych do złożenia ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy zasadne jest przyjęcie, że istniała pomiędzy powodami zмова, która prowadziła do podwyższenia cen po jakich udzielone były zamówienia na usługi hostingu i kolokacji serwerów. Zasadnie zauważył pozwany, że kompletną ofertą powodów była zawsze oferta prezentująca najwyższą cenę. Ewidentnie wynikało również porozumienie co do uzupełniania lub nie, ofert, w zależności od sytuacji po otwarciu ofert, tj. zajmowanego miejsca pośród innych ofert. Po ogłoszeniu przetargu przeprowadzonym przez (...) w 2012 roku, w drodze korespondencji e-mail przedstawiciel (...) zwrócił się do (...) o przesłanie do (...) oferty, z zaznaczeniem jednak, że zaświadczenie z US ma być „nieaktualne” (k. 1390, 1384 akt adm.). Po otwarciu ofert, gdy okazało się jednak, że oferta (...) jest na pierwszym miejscu, a oferta (...) dopiero na czwartym, przedstawiciel (...) zwrócił się do przedstawiciela (...) o uzupełnienie prawidłowo zaświadczenia z ZUS, czy US, gdyż nie pamiętał, „co było za stare”. Oferta (...) została uzupełniona prawidłowo i w ten sposób oferta (...) został wybrana jako najkorzystniejsza. Zasadnie pozwany zwrócił uwagę na okoliczność, że oferta (...) była kompletna, jednak nie mogła wygrać tego przetargu, gdyż była przedzielona dwiema ofertami obcymi. Powyższe ewidentnie dowodzi faktu, że powodowie w sposób świadomy i zamierzony, uczestnicząc w tym przetargu bądź współpracując przy składaniu oferty, kompletowali oferty w taki sposób, aby uzupełnić ofertę zawierającą niższą cenę, jedynie w sytuacji, gdy będzie to konieczne. Na powyższe, wbrew twierdzeniom powodów wskazuje również okoliczność braku zgody (...) na przedłużenie związania ofertą i wnioskiem o zwrot wadium, w sytuacji, gdy okazało się, że (...) znajduje się dopiero na czwartym miejscu. Taki mechanizm działania został zastosowany w przetargu z września 2012 roku ogłoszony przez (...). W tym przetargu jedynym kryterium było również kryterium „najniższej ceny”. Po otwarciu ofert pierwsze i drugie miejsce zajęli odpowiednio powodowie (...) i (...), zaś czwartym – (...). W tym przetargu również jedynie oferta (...), oferująca najwyższą cenę była kompletna. Po wezwaniu do uzupełniania braków, (...) nadesłało zaświadczenie z US niespełniające wymogu aktualności tj. zaświadczenie z dnia 5 czerwca 2012 roku, mimo że posiadało zaświadczenie z dnia 31 sierpnia stwierdzające stan na dzień 29 sierpnia 2012 roku (k. 532 akt adm. – tajemnica skarbową). Spółka (...) nadesłała zaświadczenie, które spełniało wymóg aktualności. W tej sytuacji, co oczywiste, zamawiający odrzucił ofertę (...) i dokonał wyrobu oferty N. oferującego wyższą cenę. Do wyboru oferty zawierającej najwyższą cenę nie doszło, bowiem oferta (...), mimo, że kompletna od początku, poprzedzona była obcą ofertą. Zasadnie zwrócił uwagę pozwany na okoliczność dokonania w dniu 24 października 2012 roku przelewu kwoty odpowiadającej wartości wadium (50.000,00 zł) z rachunku bankowego (...) na rachunek bankowy (...), celem dokonania wpłaty wadium (wystawiono również fakturę proforma) oraz towarzyszącej temu korespondencji e-mail pomiędzy przedstawicielami obu spółek, co do „wycofania zaliczki”. Kwota ta została zwrócona (...), po zwrocie kwoty wadium na rzecz (...) przez zamawiającego. Powyższe okoliczności potwierdzają spójność działań świadczących o porozumieniu powodów co do wycofywania konkretnej oferty, w zależności od zajętego miejsca pośród innych ofert, tak aby doprowadzić do wyboru jednej z ofert powodów.

Nie ulega kwestii, że tożsamy mechanizm został zastosowany w przetargu ogłoszonym przez (...) w 2015 roku. Na powyższe wskazuje już sama reakcja powoda (...) na ogłoszenie powyższego przetargu (k. 719). O zamiarze zastosowania tych samych działań świadczy stwierdzenie co do zastanowienia się „jaki zastosować manewr” oraz treść konwersacji pomiędzy pracownikiem (...), a przedstawicielem (...), co do potrzeby złożenia oferty do (...) „jak trzy lata temu” oraz potrzeby skontaktowania się z przedstawicielem spółki (...) (k. 1128, 1357 akt adm.). W postępowaniu tym złożono dwie oferty, które po otwarciu ofert zajęły następujące miejsca: pierwsze – (...), drugie – (...). (...) również był wskazywany jako bezpośredni wykonawca. Oferta N. (zawierająca najniższą cenę) była również niekompletna, gdyż nie dołączono zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS. W tym przypadku zamawiający wezwał także do wyjaśnień związanych ze wskazaną ceną, która była niższa o 30% od określonej przez zamawiającego wartości zamówienia brutto. W tej sytuacji (...) złożył wymagane zaświadczenie ZUS, jednak w odniesieniu do ceny wskazał, że została omyłkowo zaniżona. Konsekwencją powyższego było wybranie oferty (...). Powyższe świadczy o celowym i powtarzalnym działaniu powodów. Należy tu zauważyć, że wskazanie ceny o 30% niższej od wartości ceny wskazanej przez zamawiającego świadczy o tym, że wykonanie zamówienia za wskazaną cenę było nawet w ocenie samego zamawiającego nierealne oraz świadczy o ewidentnym dążeniu powodów do ograniczeniu konkurencji na rynku. O powtarzalności działania powodów świadczy również treść korespondencji e-mail, w treści której przedstawiciel (...) wykazywał niezrozumienie dla wysokości żądanej przez (...) prowizji. Wskazał, że „3 lata inna firma dostawała 300 zł m-c i się cieszyła M., Masz obrót przepływ kasy i referencje plus za nic %.” (k. 711 akt adm.– tajemnica przedsiębiorstwa). Bezsorna jest zaś okoliczność, że w poprzednim przetargu ogłoszonym przez (...) 3 lata temu czyli w 2012 roku, (...) był podwykonawcą (...).

W przekonaniu Sądu wskazane wyżej dowody dostatecznie potwierdziły zastosowany przez powodów jeden z mechanizmów zmywy przetargowej, tj. mechanizm „rozstawiania i wycofywania ofert”. Nie miał racji powód (...), że niniejsze postępowanie ma jedynie charakter poszlakowy. Ustalenia faktyczne zostały dokonane w niniejszej sprawie o dowody bezpośrednie. Wyciągnięcie logicznych wniosków ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności obszernej korespondencji e-mail, w tym dotyczącej współpracy w kompletowaniu dokumentów składających się na „oferty” oraz treści wiadomości sms, nie niweczy wartości tych dowodów, ani też nie zmienia ich statusu. Powyższe działanie stanowi jedynie realizację procesu dokonywania oceny dowodów. Należy tu też wskazać na okoliczność, że działania powodów pozbawiły pozwanego pozyskania dalszych dowodów w sprawie dotyczących faktów związanych z postępowaniem przetargowym w 2015 roku (k. 1353, 1354 akt adm.), albowiem powodowie (...) i (...) odmówili pozwanemu przekazania hasła do odczytania plików dotyczących dokumentów o nazwach: „koperta”, „(...)” i „siwz” oraz jeden plik tekstowy w formacie txt o nazwie „instrukcja”.

Z powyższych przyczyn niezasadne okazały zarzuty powodów co do błędnej i wybiórczej analizy danych oraz błędnych ustaleń faktycznych.

Sąd nie ma również zastrzeżeń w odniesieniu do określenia rynku właściwego. Pozwany przyjął bowiem, że rynek usług hostingu i kolokacji serwerów ma wymiar krajowy. Zasadnie wskazał pozwany w odpowiedzi na odwołanie, że tak hosting jak i kolokacja są usługami świadczonymi przez centra danych (...), a kluczowym elementem obydwu usług jest zapewnienie pracy serwerów w środowisku o wysokich parametrach, zapewniających bezpieczeństwo i ciągłość działania serwerów. Pozwany zasadnie też przyjął, że cecha odróżniająca obydwie usługi, tj. to, czy kolokowany sprzęt stanowi własność usługobiorcy (kolokacja), czy też należy do usługodawcy, a usługobiorca jedynie go dzierżawi, jest z perspektywy tego ostatniego drugorzędna. Zasadnie też wskazał, że brak jest istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na terenie Polski, zwłaszcza ze względu na zainteresowanie analizowanymi przetargami i udział w nich przedsiębiorców z różnych regionów Polski.

W świetle powyższego, zasadnie przyjął pozwany, że powodowie dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie

zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

W konsekwencji powodowie podlegali karze, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy uokik, w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W odniesieniu do zarzutów co do wymiaru kary i naruszenia art. 111 uokik, Sąd nie dopatrył się żadnych nieprawidłowości, albowiem pozwany uwzględnił wszelkie dyrektywy jej wymiaru, dając temu wraz w uzasadnieniu decyzji. Przy jej ustalaniu pozwany w sposób prawidłowy wziął pod uwagę przepis art. 111 uokik, zawierający przykładowy katalog wytycznych, umożliwiających ustalenie wysokości kary z uwzględnieniem okresu naruszenia przepisów ustawy, stopnia naruszenia przepisów ustawy oraz uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Funkcją przepisu art. 111 jest bowiem określenie ram wyznaczających zakres swobodnego uznania administracyjnego Prezesa Urzędu przy stosowaniu kar pieniężnych, przez co należy rozumieć zarówno ustalanie ich wysokości, jak i podejmowanie decyzji co do zasadności i potrzeby nałożenia kary w konkretnym przypadku.

Wbrew twierdzeniom powoda (...), zasadnie przyjął pozwany, że powód działał z powziętym z góry zamiarem polegającym na „pozyskiwaniu zamówień publicznych polegającym na składaniu ofert zamawiającym za pośrednictwem współpracujących przedsiębiorców”. Sąd podziela pogląd pozwanego, że powód działał umyślnie, w sposób zamierzony, powtarzalny i przemyślany. Omówione wyżej działania powoda wynikające z treści korespondencji e-mail w zestawieniu z poszczególnymi działaniami powoda w sposób ewidentny świadczą o działaniu powoda z takim właśnie zamiarem. Nie ulega również wątpliwości Sądu, że należało również uwzględnić wiodącą rolę powoda oraz okres trzech lat trwania naruszenia, o czym również wyżej była mowa. W sposób właściwy pozwany dokonał również relatywizacji kary w stosunku do wysokości przychodów powoda w stosunku do wysokości przychodu osiągniętego przez (...) w związku ze świadczeniem usług kolokacji i hostingu oraz skali korzyści, jakie (...) mógł odnieść i jakie odniósł w związku z udziałem w porozumieniu. Nałożenie na powoda kary w wysokości wskazanej w punkt II.1 zaskarżonej decyzji tj. w wysokości 931.465,00 zł było uzasadnione, zważywszy w szczególności na fakt, że działania powoda były sprzeczne z przepisami prawa, które prowadziły do negatywnych skutków związanych z naruszeniem prawa konkurencji. W ten sposób ograniczono bowiem dokonanie wyboru innego konkurenta, ale również zasadnie pozwany uwzględnił fakt, że zamawiający (...) dwukrotnie wybrał ofertę nie będącą najkorzystniejszą cenowo w świetle pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów. Brak było zatem podstaw do przyjęcia, że nałożona przez pozwanego kara w wysokości 931.465,00 zł jest nieproporcjonalnie wysoka. Strona powodowa nie wykazała w żaden sposób, aby zachodziły jakiegokolwiek przesłanki skutkujące obniżeniem nałożonej przez pozwanego kary pieniężnej. Powód w toku niniejszego postępowania nie wykazał również, aby nałożona kara zachwiała jego płynność finansową. Powód nie wykazał okoliczności przeciwnych, do niego należał zaś obowiązek dowodzenia okoliczności, które mogłyby wpłynąć na zmniejszenie wymiaru kary.

Nieuzasadnione było twierdzenie powoda (...), że pozostawanie powoda obecnie w stanie likwidacji nie uzasadnia nałożenia żadnej kary. Powód pozostaje bowiem nadal osobą prawną, która jest podmiotem zarówno praw jak i obowiązków. Powód również niezasadnie negował brak podstaw do przyjęcia jednego ciągłego naruszenia, a tym samym braku odpowiedzialności za działania podejmowane w związku z przetargami organizowanymi w 2012 roku, o czym wyżej była już mowa.

Powód (...) zarzucił pozwanemu brak uwzględnienia okoliczności łagodzących, w tym nieuwzględnienia, że powód nie był karany za jakiegokolwiek naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych czy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dodatkowo w toku postępowania powód współdziałał z Prezesem UOKiK i w żaden sposób nie utrudniał mu podejmowania działań sprawdzających. Należy tu wskazać, że w myśl art. 111 uokik pozwany był zobowiązany do uwzględnienia uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, gdyby takie wystąpiło. Powód nie wykazał również, aby w sposób szczególny współpracował z pozwanym, tj. aby przyczynił się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Dopiero bowiem taka okoliczność mogłaby być uznana za okoliczność łagodzącą mającą realny wpływ na zmniejszenie wysokości nałożonej kary.

Zasadnie pozwany przyjął w przypadku powodów (...) i (...) winy co najmniej nieumyślnej, z uwzględnieniem, że koordynacja poszczególnych działań następowała w sposób pośredni, poprzez (...).

W przekonaniu Sądu, pozwany w sposób prawidłowy dokonał wymiaru kary z uwzględnieniem pojęcia obrotu zdefiniowanego przez ustawodawcę w treści art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 uokik, treści art. 5 uokik dotyczącego zasad przeliczenia kursu Euro. Mając to na względzie, zasadnie pozwany przyjął, że skoro w 2017 r. (czyli roku poprzedzającym wydanie decyzji) powodowie (...), (...) i (...) osiągnęli obrót odpowiednio w wysokości . zł, zł i zł, (...) i (...) przekroczyli próg 417 090 zł, co oznacza, że maksymalna wysokość kary, jaką pozwany mógł nałożyć na tych przedsiębiorców wynosi odpowiednio zł i zł. Z kolei w odniesieniu do powoda (...), który osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro, pozwany zasadnie uwzględnił średni obrót osiągnięty przez (...) w trzech kolejnych latach obrotowych (2015, 2016 i 2017), który wyniósł zł. Maksymalna kara, jaka mogła zostać nałożona na (...) wynosi zatem zł. Istotnie, w doktrynie przyjmuje się trzy kategorie naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe, a także, że do naruszeń bardzo poważnych należą „(...) przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji (w tym porozumienia cenowe, zmowy przetargowe, podział rynku oraz kolektywne bojkoty), wertykalne porozumienia cenowe funkcjonujące w praktyce jako kartele, w których producenci pełnią funkcję "nadzorców" porozumienia, oraz przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku”(J. Krüger, E. Wardęga, Komentarz do art.111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [w:] Stawicki A. (red.), Stawicki E. (red.), Baehr J., Błachucki M., Feliszewski T., Komorowska P., Krüger J., Kulczyk W., Kwieciński T., Prętki M., Radwański M., Turno B., Wardęga E., Wędrychowska-Karpińska A., Wiercińska-Krużewska A., Wierciński A., Witkowska A., Zawłocka-Turno A., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, WK, 2016). Mając powyższe na względzie, jak również przedstawiony wyżej mechanizm działania powodów, niewątpliwie, naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy należało zakwalifikować do kategorii naruszeń bardzo poważnych. Zasadnie również pozwany dokonał stosowanego przełożenia natury naruszenia na wysokość nałożonych kar. Pozwany wskazał przy tym, że w przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy. W przekonaniu Sądu nie budzi wątpliwości zasadność przyjęcia w przedmiotowej sprawie kwoty wyjściowej, będącej podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na (...), (...) i (...) na jednakowym poziomie % obrotu, przy czym w przypadku (...) i (...) relewantny był obrót osiągnięty w 2017 r., zaś w przypadku (...) średni obrót osiągnięty w latach obrotowych 2015, 2016 i 2017. Z tego względu zasadnie pozwany przyjął, że kwoty wyjściowe dla wyliczenia kar zostały przyjęte na poziomie: (1) 1 141 501,16 zł dla (...), (2) 140 628, 66 zł dla (...) i (3) 10 623,67 dla (...). Zasadnie pozwany dokonał również stosownego uwzględnienia specyfiki rynku na jakim doszło do naruszenia konkurencji, oraz skutków rynkowych naruszenia, jak również okresu naruszenia który trwał od połowy 2012 roku do końca 2015 roku. Wskazany okres świadczy o tym, że przedmiotowe porozumienie miało charakter długotrwały.

W związku z powyższym, nałożone na powodów kary: na (...) w wysokości 931 465 zł, co stanowi % obrotu osiągniętego przez niego w 2017 r., (2) na (...) w wysokości 47 814 zł, co stanowi % obrotu osiągniętego przez niego w 2017 r. i (3) na (...) karę w wysokości 19 866 zł, co stanowi % średniego obrotu osiągniętego przez niego w latach 2015, 2016 i 2017, są adekwatne do zakresu stwierdzonego naruszenia, będą również odpowiednio odczuwalne, na tyle dolegliwe, aby spełniły swoje funkcje. Należało zatem przyjąć, iż kary w wysokości nałożonej decyzją z dnia 30 maja 2018 roku, będą na tyle odczuwalne dla powodów, aby spełniły swoje funkcje represyjną i zapobiegawczą sprawiając, że powodowie, jako podmioty ukarane będą stosowały się do obowiązującego porządku prawnego, a także wychowawczą oddziałując zniechęcająco na innych przedsiębiorców do podejmowania działań niezgodnych z prawem.

Z powyższych względów, odwołania jako bezzasadne podlegały oddaleniu na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 k.p.c. i Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Na koszty procesu po stronie pozwanego złożył się koszt zastępstwa procesowego w wysokości 720,00 zł.

Z uwagi na to, iż kurator procesowy powoda został ustanowiony postanowieniem z dnia 29 lipca 2020 roku, o jego wynagrodzeniu – w wysokości 720 zł orzeczono w oparciu o §1 ust. 1 i 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 marca 2018 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej (Dz.U.2018.536) w związku z § 14 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. (Dz.U.2015.1800). Niniejsza sprawa wymagała bowiem przeprowadzenia rozprawy, a wysokość wynagrodzenia uzasadniona była nakładem pracy kuratora, w szczególności poświęconym na przygotowanie się do działania w postępowaniu, stawiennictwem w Sądzie, w tym na rozprawie.

Na podstawie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 28 lipca 2005 roku (Dz.U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.) zgodnie z wynikiem procesu nakazano pobrać od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w Ł. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 720,00 zł tytułem wydatku, w postaci wynagrodzenia kuratora.

Z uwagi na powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Sędzia (del.) Jolanta Stasińska