

Sygn. akt XVII AmA 38/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2021 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Jolanta Stasińska

Protokolant: sekretarz sądowy Wioleta Banaszek

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2021 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości z siedzibą w W., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

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

1. uchyla zaskarżoną decyzję,
2. stwierdza, że zaskarżona decyzja nie została wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa,
3. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości z siedzibą w W. kwotę 2.277,00 zł (dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje,
4. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 2.457,00 zł (dwa tysiące czterysta pięćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Sędzia SO Jolanta Stasińska

Sygn. akt XVII AmA 38/19

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK, pozwany), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją z dnia 30 grudnia 2014 r. nr DOK – (...):

I. uznał za praktykę naruszającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.) – dalej: „uokik” zawarcie przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. ((...), powód I) oraz (...) S.A. z siedzibą w W. ((...), powód II) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, polegającego na uzgodnieniu przez wymienionych przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...) S.A.

(Zamawiający) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. O. – R. linii nr 8 w ramach projektu (...) (...) „Modernizacja linii kolejowej nr (...), odcinek W. O. – R.” i stwierdził zaniechanie jej stosowania w dniu 2 marca 2012 r.,

II. z tytułu naruszenia zakazu w zakresie określonym w pkt I decyzji nałożył na:

1. (...) sp. z o.o. karę pieniężną w wysokości 758 608,26 zł,

2. (...) S.A. karę pieniężną w wysokości 896 064,16 zł.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 uokik obciążył (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. kosztami postępowania w kwotach odpowiednio 225,84 zł i 208,74 zł.

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (dalej: (...)) wniósł odwołanie od powyższej decyzji zaskarżając ją w całości (sygn. akt XVII AmA 43/15).

(...) S.A. zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

1. art. 74 uokik i art. 11 ust.1 i 2 uokik w zw. z art. 88 ust. 2 uokik poprzez wydanie decyzji dotyczącej zachowań przedsiębiorców (...) i (...) nie będących przedmiotem wcześniej wszczętego postępowania antymonopolowego i co do których strona nie mogła wcześniej się ustosunkować,

2. art. 93 uokik w zw. z art. 105 k.p.a. poprzez wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz wydanie decyzji pomimo konieczności umorzenia postępowania wskutek tego, że postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte pomimo upływu roku od końca roku, w którym zaprzestano stosowania zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję, wskutek błędnego ustalenia stanu faktycznego, że do zaniechania stosowania przez (...) i (...) praktyki doszło z dniem 2 marca 2012 r.

3. art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik i w zw. z art. 124 § 1 k.p.a. oraz art. 88 ust. 2 uokik poprzez prowadzenie postępowania antymonopolowego na podstawie postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie określającego jednoznacznie jakiego rodzaju zachowań przedsiębiorców (...) i (...) postępowanie to dotyczyło, co naruszyło zasadę umożliwienia czynnego udziału stron w postępowaniu i prawo do obrony,

4. art. 10 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik w zw. z art. 107 k.p.a. oraz art. 11 ust. 1 i 2 uokik poprzez wydanie decyzji nie określającej jednoznacznego rozstrzygnięcia wskutek zaniechania określenia konkretnego rodzaju zachowania przedsiębiorców (...) i (...) uznanych przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję, co naruszyło zasadę umożliwienia czynnego udziału stron w postępowaniu i prawo do obrony,

5. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie wskutek uznania, że działania (...) i (...) wyczerpywały przesłanki zakwalifikowania ich jako zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,

6. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez nieprawidłową jego interpretację i zastosowanie wskutek uznania, że uzgodnienie przez co najmniej dwóch przedsiębiorców konkurencyjnych samego faktu składania (a nie zaniechania składania) odrębnych ofert w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przetargu), bez jednoznacznego uzgadniania warunków składanych ofert wyczerpuje znamiona czynu z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik,

7. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez nieprawidłową jego interpretację i zastosowanie tego przepisu wskutek uznania, że wiedza o samym fakcie złożenia oferty przez podmiot konkurencyjny, składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik,

8. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie jej w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz nieuwzględniający ustalonych zwyczajów gospodarczych, przy jednoczesnym pominięciu dowodów (w tym w szczególności zeznań stron i świadków)

sprzecznych z tezą przyjętą przez Prezesa UOKiK, skutkiem czego błędne było ustalenie stanu faktycznego poprzez wadliwe przyjęcie, że pomiędzy (...) a (...) doszło do uzgodnienia, iż oba te podmioty będą składać ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez (...) oraz przyjęcie, że przedstawiciele (...) wiedzieli o fakcie składania odrębnej oferty przez (...),

9. art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej w sytuacji gdy brak było podstaw do uznania, że doszło do zawarcia przez (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik, a tym samym brak było podstawy do nałożenia na (...) kary pieniężnej,

10. art. 77 ust. 1 i art. 80 uokik poprzez obciążenie (...) kosztami postępowania w sytuacji gdy brak było podstaw do uznania, że doszło do zawarcia przez (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję, o który mowa w art. 6 ust. 1 uokik, a tym samym brak było podstawy do obciążenia (...) kosztami postępowania.

Na podstawie przedstawionych zarzutów (...) S.A. wniósł o:

1. uchylenie w całości zaskarżonej decyzji,

ewentualnie

2. zmianę w pkt I zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że nie doszło pomiędzy (...) a (...) do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów automatyki kolejowej, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. O. – R. linii nr (...) w ramach projektu (...) (...) „Modernizacja linii kolejowej nr(...), odcinek W. O. – R.” oraz uchylenie pkt II i III zaskarżonej decyzji,

3. zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: (...)) wniósł odwołanie od powyższej decyzji, zaskarżając ją w całości (sygn. akt XVII AmA 44/15).

(...) zarzucił zaskarżonej decyzji:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik w zw. z art. 4 pkt 5 uokik poprzez błędne zastosowanie, polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że w przedmiotowej sprawie (...) i (...) swoim działaniem wyczerpali znamiona „zmowy przetargowej”, pomimo, że nie było zawartego pomiędzy w/w przedsiębiorcami porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającego na:

a) uzgodnieniu przez (...) i (...) warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...) przetargu,

ani też na:

b) uzgodnieniu warunków udziału w/w przedsiębiorców w przetargu w konsekwencji czego (...) faktycznie dwukrotnie złożył ofertę, jako członek konsorcjum, łącznie ze spółkami (...) a.s. (dalej: Konsorcjum) oraz jako kompleksowy podwykonawca (...) S.A.

oraz pomimo, że zastosowanie w/w przepisu jest sprzeczne z ustaleniem samego organu, który na s.45 uzasadnienia Decyzji stwierdza *explicite*, że: „(...) porozumienie to nie nosiło znamion tajnej umowy, tylko polegało na nadużyciu dopuszczalnych w ramach przetargu mechanizmów kooperacji pomiędzy przedsiębiorcami”,

2. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez jego błędną wykładnię, wyrażająca się w przyjęciu contra legem, że porozumienie polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, obejmuje nie tylko uzgadnianie samych warunków ofert, ale także uzgadnianie przez przedsiębiorców warunków udziału w Przetargu,

3. art. 82 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: (...)) poprzez jego błędną wykładnię i bezprawne uznanie, że jednoczesne złożenie w Przetargu oferty przez (...) oraz przez (...), któremu (...) udostępnił potencjał pozwalający na spełnienie warunków Przetargu w zakresie wymogu doświadczenia, stanowi w istocie obejście w/w przepisu zakazującego składanie więcej niż jednej oferty przez każdego z oferentów, podczas gdy udostępnienie potencjału przez jednego z oferentów drugiemu jest w pełni dozwolone i nie stanowi obejścia w/w przepisu bez względu na zakres udostępnienia tego potencjału, a ponadto wynik i prawidłowość całego postępowania w toku Przetargu poddana została kontroli w postępowaniu odwoławczym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w ramach obligatoryjnej kontroli uprzedniej i nie zostały stwierdzone uchybienia w zakresie rzekomego obejścia w/w przepisu.

4. art. 82 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, pomimo że w przedmiotowej sprawie powód nie składał podwójnie oferty w ramach Przetargu, ani nie zmierzał do obejścia dyspozycji w/w przepisu, a nadto udostępnienie przez (...) potencjału (...) nie miało charakteru udostępnienia w zakresie spełnienia 100% warunków udziału w Przetargu, ani też (...) nie miał być podwykonawcą (...) co do 100% przedmiotu zamówienia objętego Przetargiem.

5. art. 93 uokik poprzez jego błędne niezastosowanie z uwagi na fakt, że w rozpoznawanej sprawie upłynął rok od końca roku, w którym nastąpiło zaprzestanie rzekomego stosowania antykonkurencyjnych praktyk, będących podstawą postępowania i konsekwencji nastąpiło niedopuszczalne wszczęcie postępowania antymonopolowego po upływie ustawowego terminu przedawnienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, polegającego na uzgodnieniu przez w/w przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanych przez (...), a następnie organ wadliwie nie umorzył postępowania antymonopolowego, pomimo prawidłowego wniosku powoda w tym przedmiocie.

6. naruszenie art. 93 uokik poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na:

a. arbitralnym i dowolnym przyjęciu, że w przypadku postawienia, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, w postępowaniu antymonopolowym, oznaczonego zarzutu naruszenia zakazu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert w przetargu, datą zaniechania rzekomego stosowania ściśle oznaczonej antykonkurencyjnej praktyki, polegającej na uzgodnieniu przez (...) i (...) warunków ofert w Przetargu nie jest chwila złożenia tych ofert w Przetargu, ale dopiero chwila wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego pomimo, że w toku Przetargu nie ma możliwości zmiany warunków ofert przez oferentów;

b. bezprawnym przyjęciu, że można wszcząć i prowadzić postępowanie antymonopolowe w przedmiocie w/w ściśle oznaczonej antykonkurencyjnej praktyki, która jest przedawniona na mocy art. 93 uokik, a następnie w uzasadnieniu Decyzji można powołać inną przedmiotowo i całkowicie nową antykonkurencyjną praktykę, która nie była przedmiotem postępowania antymonopolowego, tj.: uzgodnienie warunków udziału przedsiębiorców w Przetargu, polegające na faktycznym dwukrotnym złożeniu oferty przez (...), w ramach Konsorcjum oraz jako kompleksowy podwykonawca (...), co zmierzało do obejścia przepisu art. 82 Pzp, regulującego zakaz składania więcej niż jednej oferty w postępowaniu – i w rezultacie, na tej podstawie stwierdzić, że nie doszło do przedawnienia możliwości wszczęcia postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie;

7. naruszenie art. 106 ust.1 pkt 1 uokik w zw. z art. 111 uokik i w zw. z art. 83 Konstytucji RP poprzez jego wadliwe zastosowanie w sprawie i nałożenie kary pieniężnej na (...), pomimo braku przesłanek do jego zastosowania.

II. Naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na treść Decyzji,

a mianowicie:

1. art. 105 kpa w zw. z art. 83 uokik i art. 93 uokik poprzez jego błędne niezastosowanie, polegające na niewydaniu, po bezpodstawnym wszczęciu postępowania antymonopolowego, decyzji o umorzeniu postępowania antymonopolowego, którego prowadzenie było bezprzedmiotowe, z uwagi na upływ terminu przedawnienia,

2. art. 8 kpa (zasada pogłębienia zaufania obywateli), art. 9 kpa (zasada informowania stron) oraz art. 10 kpa (zasada czynnego udziału stron) poprzez ich błędne niezastosowanie, z uwagi na:

a. wszczęcie i prowadzenie postępowania wyjaśniającego, a następnie antymonopolowego na podstawie postanowienia z dnia 20 grudnia 2013 r., wyłącznie w przedmiocie zarzutu zawarcia przez (...) oraz (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk), polegającego na uzgodnieniu przez w/w przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...), podczas gdy z treści uzasadnienia Decyzji z dnia 30 grudnia 2014 r. wynika, że podstawą rozstrzygnięcia przez Prezesa UOKiK był nowy zarzut obejścia przez (...) przepisu o złożeniu podwójnej oferty w przetargu pomimo, że zarzut ten nie był przedmiotem postępowania aż do momentu wydania zaskarżonej decyzji wraz z uzasadnieniem,

b. nieuwzględnienie przez pozwanego w Decyzji treści wyjaśnień stron zaprezentowanych w ostatecznych stanowiskach stron z dnia 19 grudnia 2014 r., złożonych w wyznaczonym przez pozwanego terminie na zajęcie takiego stanowiska;

3. art. 7 k.p.a. (zasada prawdy obiektywnej) w zw. z art. 83 uokik poprzez jego błędne niezastosowanie z uwagi na brak dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia, z uwagi m.in. na bezpodstawną odmowę dopuszczenia wniosków dowodowych skarżącego,

4. art. 232 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i w zw. z art. 84 uokik - poprzez ich błędne niezastosowanie z uwagi na odmowę dopuszczenia dowodów zawnioskowanych przez (...) (w tym dowodu z konfrontacji przedstawicieli stron; dowodu z przesłuchania przedstawiciela powoda P. P. (1) z udziałem biegłego, przy zastosowaniu wariografu), pomimo zgłoszenia ich na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy,

5. art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez jego błędne zastosowanie z uwagi na dokonanie błędnych domniemań faktycznych, podczas gdy treść materiału dowodowego potwierdza okoliczności przeciwne do ustaleń opartych na domniemaniach faktycznych, przy jednoczesnym braku wyjaśnienia, jakie fakty zostały ustalone na podstawie dowodów i jakie wnioski z tak ustalonych faktów zostały wywiedzione w drodze domniemań,

6. art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez jego błędne niezastosowanie z uwagi na poczynienie ustaleń faktycznych dowolnych, sprzecznych z treścią materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, bez jego wszechstronnego rozpoznania oraz sprzecznych z zasadami logiki i życiowego doświadczenia, a w konsekwencji poczynienie następujących błędnych ustaleń faktycznych, które stały się podstawą rozstrzygnięcia tj. w przedmiocie:

a) zaniechania rzekomego stosowania przez (...) i (...) praktyki ograniczającej konkurencję poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń do sterowania ruchem kolejowym, polegającego na uzgodnieniu przez w/w przedsiębiorców warunków składanych ofert w przetargu – z dniem 2 marca 2012 r. (data wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu), a nie z dniem 28 listopada 2011 r. o godz. 12:00 (data złożenia ofert w przetargu),

b) ustalenia, że przedmiotem zamówienia w przetargu były wyłącznie urządzenia i systemy srk, co odróżniało ten przetarg od większości dotychczasowych przetargów organizowanych przez (...), które miały z reguły charakter ogólnobudowlany,

c) podjęcie przez (...) i (...) współpracy w ramach przetargu z uwagi na wcześniejsze kontakty (...) z grupą kapitałową, do której należy również (...),

- d) zawarcia przez (...) i (...) porozumienia, którego celem było naruszenie konkurencji w ramach przetargu,
- e) świadomego koordynowania zachowań (...) i (...),
- f) faktycznego złożenia dwóch ofert przez (...) w przetargu,
- g) faktycznego złożenia dwóch ofert przez (...) w przetargu,
- h) nieuczciwego podwojenia przez (...) szans na realizację zamówienia w stosunku do innych uczestników przetargu i ograniczenia uprawnienia zamawiającego do wyboru oferty spośród ofert rzeczywiście konkurujących,
- i) aktywnego poszukiwania przez (...) podmiotów, które mogłyby udostępnić potencjał (...),
- j) poinformowania przez T. Q., że (...) będzie składał osobną ofertę w przetargu i wiedzy (...) o uczestnictwie T. w przetargu przed otwarciem ofert,
- k) braku ustalenia, że do pierwszego kontaktu (...) i (...) oraz przedstawicieli tych spółek doszło na kilka dni przed terminem składania ofert oraz, że przedstawiciele tych spółek nie znali się wcześniej osobiście,
- l) braku ustalenia, że do spotkania przedstawicieli (...) i (...) na kilka dni przed pierwotnym terminem złożenia ofert doszło z inicjatywy (...),
- m) braku ustalenia, że spółki nie odnosiły żadnych korzyści z rzekomego porozumienia,
- n) braku ustalenia, że (...) nie przyjął oferty (...) w przedmiocie udostępnienia potencjału w okresie związania (...) tą ofertą,
- o) braku ustalenia, że oferta (...), złożona w przetargu była samodzielną ofertą (...), na treść której (...) nie miał żadnego wpływu i której treści (...) nie znał,
- p) braku ustalenia, że (...) wyłącznie udostępnił (...) potencjał niezbędny dla wykazania spełnienia warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz urządzeń technicznych, co warunkowało udział (...) w przetargu,
- q) braku ustalenia, że w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej (...) samodzielnie spełniał warunki udziału w przetargu,
- r) braku ustalenia, że (...) nie byłby 100% podwykonawcą (...), nawet w razie wyboru oferty (...),
- s) ustalenia, że (...) nie poszukiwał alternatywnych ofert podwykonawczych,
- t) braku ustalenia, że (...) nie mógł „wycofać się” z przetargu po otwarciu ofert,
- u) braku ustalenia, że działania spółek dają się racjonalnie wytłumaczyć w sposób inny aniżeli zawarcie zмовы przetargowej,
- v) ustalenia, że strony uzgodniły zasady postępowania w przetargu (przy jednoczesnym braku ustalenia w jaki sposób strony rzekomo mogły oddziaływać na przetarg w jego toku),
- w) ustalenia, że zamiar stron uczestnictwa w porozumieniu obejmował okres po złożeniu oferty,
- x) ustalenia winy (...) w naruszeniu zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik,

7. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez poczynienie sprzecznych ze sobą ustaleń faktycznych, które stały się podstawą rozstrzygnięcia, tj. ustalenie zaistnienia zмовы przetargowej spółek, a następnie ustalenia,

że porozumienie tych spółek nie nosiło znamion tajnej zmywy, tylko polegało na nadużyciu dopuszczalnych w ramach przetargu mechanizmów kooperacji pomiędzy przedsiębiorcami (s. 45 uzasadnienia decyzji),

8. naruszenie art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez jego wadliwe zastosowanie i nieuwzględnienie w treści uzasadnienia wszystkich jego elementów wymaganych w w/w przepisach, a w szczególności sporządzenie wadliwego uzasadnienia faktycznego decyzji, które nie zawiera w sposób jednoznaczny faktów, które organ uznał za udowodnione, jak również nie wskazuje dowodów, na których organ się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej,

9. naruszenie art. 92 uokik w zw. z art. 12 k.p.a. poprzez jego błędne niezastosowanie z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób przewlekły i przekraczający ustawowy termin prowadzenia sprawy.

III. Błędne ustalenia faktyczne, w szczególności w zakresie okoliczności wymienionych w pkt

II ppkt 6 lit. a-x.

Na podstawie podniesionych zarzutów (...) sp. z o.o. wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości

ewentualnie o

2. zmianę decyzji polegającą na:

a. umorzeniu w całości postępowania antymonopolowego wobec (...) na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik i art. 93 uokik i nieobciążanie (...) kosztami tego postępowania,

ewentualnie na:

b. niestwierdzeniu stosowania przez (...) praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez zawarcie przez (...) z (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym polegającego na uzgodnieniu przez w/w przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...) S.A. z siedzibą w W. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. O. – R. linii nr (...)w ramach projektu (...) (...) „Modernizacja linii kolejowej nr (...), odcinek W. O. – R.” oraz nieobciążaniu (...) kosztami postępowania antymonopolowego.

3. zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedziach na odwołania wniósł o oddalenie odwołań w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Prezes UOKiK podtrzymał stanowisko wyrażone w treści zaskarżonej decyzji.

W dniu 19 kwietnia 2018 roku Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym w sprawie o syn. akt XVII AmA 43/15 postanowił połączyć do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia z niniejszą sprawą sprawę o sygn. akt XVII AmA 44/15 i dalsze postępowanie prowadzić pod sygn. akt XVII AmA 43/15 (k. 174 akt o sygn. XVII AmA 38/19, poprzednio: XVII AmA 43/15)

Wyrokiem z dnia 10 maja 2018 roku w sprawie o sygn. akt XVII AmA 43/15, Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł o kosztach procesu stosownie do jego wyniku.

Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2019 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy, na skutek apelacji pozwanego uchylił zaskarżony wyrok pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny wskazał, że wszczęcie postępowania administracyjnego przez Prezesa UOKiK nie nastąpiło po upływie terminu przedawnienia określonego w art. 93 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji. Sąd Apelacyjny przyjął też, że brak było podstaw do uznania, że w zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK ukarał przedsiębiorców za działanie nieobjęte zakresem postanowienia o wszczęciu postępowania administracyjnego. Sąd Apelacyjny wskazał też, że niezasadnie Sąd I instancji przyjął, że data złożenia ofert stanowi datę zakończenia uczestnictwa w porozumieniu, a także, że: „Błędna jest ocena Sądu, że z okoliczności sprawy nie wynika, że po otwarciu ofert przetargowych (...) lub (...) podejmowali działania w celu zmiany treści złożonej oferty lub działania dotyczące ich udziału w przetargu, które mogły przyczynić się do wygrania przetargu lub wywierać jakikolwiek wpływ na wynik przetargu”. Sąd Apelacyjny wskazał, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy „Sąd I instancji ustali przede wszystkim, czy powodowie zawarli zarzucane im w decyzji Prezesa UOKiK porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy uokik, a więc porozumienie którego celem i skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Sąd rozważy przy tym przeprowadzenie dowodów wskazanych przez strony. Gdy uzna, że do porozumienia doszło, w dalszej kolejności oceni zasadność i wysokość nałożonej kary pieniężnej”.

Postanowieniem z dnia 3 października 2019 Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawiesił postępowanie w sprawie na podstawie art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c.

Postanowieniem z dnia 27 listopada 2019 Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podjął zawieszony postępowanie w sprawie z udziałem pod stronie powoda (...) Spółki Akcyjnej w upadłości z siedzibą w (...) – Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości w W..

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

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

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (obecnie w upadłości) jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...) (dalej: (...)). Wiodącą działalnością Spółki jest działalność związana z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki, a także działalność w budownictwie w zakresie wykonywania zaawansowanych technicznie instalacji. Spółka nie prowadzi działalności w zakresie produkcji, sprzedaży, czy utrzymania produktów sterowania ruchem kolejowym. Zgodnie z informacjami zawartymi w danych z Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 24.01.2013 dokonano wpisu do tego rejestru nr (...) polegającego na wykreśleniu w dziale 1 rubryce 1 firmy: (...) Spółka Akcyjna i wpisaniu na to miejsce firmy: (...) Spółka Akcyjna.

/okoliczności bezsporne, k. 440-446, k. 2662 -2664 akt adm./

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...) (dalej: (...)). Przedmiot działalności spółki koncentruje się przede wszystkim na usługach i produktach z dziedziny sterowania ruchem kolejowym. Spółka w powyższym zakresie prowadzi działalność polegającą na produkcji urządzeń sterowania ruchem kolejowym, sprzedaży tych urządzeń, świadczeniu usług montażowo-instalacyjnych dotyczących urządzeń i systemów sterowania ruchem kolejowym oraz świadczeniu usług utrzymaniowych i gwarancyjnych dotyczących urządzeń i systemów sterowania ruchem kolejowym.

/okoliczności bezsporne, k. 415-423, k. 1644-akt adm./

W dniu 28 września 2011 r. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. ogłosiło otwarcie postępowania przetargowego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. O. – R. R. linii nr (...) w ramach projektu (...) 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek W. O. – R.”. Przedmiotem tego postępowania były wyłącznie urządzenia i systemy sterowania ruchem kolejowym. Termin składania i otwarcia ofert wyznaczono na 28 listopada 2011 r. Do upływu terminu oferty w przetargu złożyli czterej wykonawcy:

1. Konsorcjum (...) w składzie: (...) sp. z o.o., (...) z siedzibą w Niemczech i T. a.s. z siedzibą w Czechach z ceną 316 725 000 zł brutto,
2. Konsorcjum firm w składzie: Zakłady (...) S.A. z siedzibą w R. (pełnomocnik) oraz (...) S.A. z siedzibą w L. (dalej jako Konsorcjum (...)) z zaproponowaną ceną 392 993 838,78 zł brutto
3. (...) S.A. (obecnie (...) S.A.) z zaproponowaną ceną 409 599 417,26 zł brutto;
4. (...) ((...)) (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. z zaproponowaną ceną 460 881 000 zł brutto.

Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena brutto.

/k. 1471-1486 akt adm./

Przed upływem terminu złożenia ofert w przetargu, w listopadzie 2011 roku doszło do spotkania pomiędzy (...) – przedsiębiorcą działającym na rynku sterowania ruchem kolejowy – i (...), który dotychczas nie prowadził działalności na rynku sterowania ruchem kolejowym. (...) był wówczas spółką informatyczną, jednym z większych integratorów w Polsce. (...) miała wcześniej kontakty handlowe z innymi spółkami z grupy (...) na rynku lotniczym, za który w danym czasie (...) Sp. z o.o. nie był odpowiedzialny w Polsce. Q. i (...) miały wcześniej kontakt na konferencji związanej z realizacją inwestycji wykonywanych w związku z Euro 2012, jednak nie prowadziły wcześniej żadnej współpracy. Po konferencji doszło do spotkania w siedzibie spółki (...). Na tym spotkaniu Prezes (...) oświadczył, że spółka zamierza „wejść” na rynek kolejowy, natomiast prezes spółki (...) oświadczył, że jako producent są zainteresowani dostarczaniem swoich produktów, a nie realizacją projektu i poszukują tzw. „integratorów”. W ocenie spółki (...), z uwagi na założenia w ramach których Polska miała ujednoczyć systemy sterowania ruchem kolejowym, rynek ten był rynkiem przyszłościowym. Podczas tego spotkania (...) zgodził się złożyć (...) ofertę podwykonawczą na urządzenia i systemy, jednakże z uwagi na silną wówczas konkurencję ze strony 2 innych spółek na rynku kolejowym, miał wątpliwości co do rzeczywistych intencji (...). (...) traktował (...) jako potencjalnego konkurenta. Następnie odbyło się drugie spotkanie dotyczące ustaleń technologicznych. Z uwagi na niewielką ilość czasu do upływu terminu złożenia ofert (...) poprosił (...) o ofertę podwykonawczą, na obszar techniczny zgodny z zakresem materiałów przetargowych, wraz z kompletem dokumentów w tym zakresie. (...) przedstawił ofertę podwykonawczą spółce (...), za cenę 380.146.648,68 zł brutto. Oferta została przekazana spółce (...) podczas spotkania, które odbyło się w siedzibie spółki (...) w dniu 25 listopada 2011 r. (...) otrzymał od (...) również informacje dotyczące dwóch podmiotów, których potencjału spółka mogłaby skorzystać. W tym samym czasie (...) przygotowywał się do złożenia oferty do tego samego przetargu w ramach konsorcjum, o czym jednak nie poinformował spółki (...). (...) przygotował ofertę do przetargu samodzielnie, z uwzględnieniem dostawcy urządzeń produkcji (...), przedstawionych (...) przez (...) w ramach oferty podwykonawczej oraz dokumentów oraz informacji pozyskanych od (...) co do zakresu technicznego. (...), w przypadku wygrania przetargu wykonywałby za pomocą swojej kadry inżynierskiej z zakresu informatyki i technologii zarządzanie projektem, logistyką i pozyskiwanie podwykonawców oraz projektowanie. Miałby również jako główny wykonawca sfinansować realizację projektu, udzielić niezbędnych zabezpieczeń dla zamawiającego, w szczególności gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, ubezpieczyć kontrakt, sprawować nadzór i koordynować realizację prac, pozyskiwać niezbędne pozwolenia, zabezpieczyć plac budowy. Kadra inżynierska (...) była w stanie samodzielnie zaprojektować i docelowo skonfigurować wymagania zamawiającego. (...) działając jako podwykonawca,

miałby uczestniczyć w fazie projektowania zadania, następnie miałby dostarczyć systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym, zainstalować te systemy i urządzenia, zintegrować je oraz serwisować. Centrala grupy (...) wyraziła zgodę na złożenie oferty konsorcjum dopiero w dniu upływu terminu do złożenia ofert. Przed otwarciem ofert (...) nie potwierdził w żaden sposób spółce (...) przyjęcia ich oferty podwykonawczej. O złożeniu oferty (...) w ramach konsorcjum, (...) dowiedział się podczas otwarcia ofert.

/zeznania świadków: W. G. – k. 547v-549, P. P. (2) – k. 574v-578, P. J. (1) - k. 579-580, J. S. - k. 587-588, A. P. – k. 645-646, J. N. – k. 646-647, oferta podwykonawcza (...) – k. 254 i n. akt adm., pismo (...) z dnia 23 lipca 2012 r., k. 241 akt adm., pismo (...) z dnia 23 lipca 2012 r., k. 528, 528v akt adm., pismo (...) z 19 listopada 2012 r., k. 571v akt adm., zobowiązania (...) sp. z o.o. do udostępnienia potencjału (...), k. 1127 akt adm.; zobowiązania (...) sp. z o.o. do udostępnienia potencjału (...), k. 1249, 1333 akt adm.; pismo (...) z dnia 23 lipca 2012 r., k. 529 akt adm./

Oferty złożone przez Konsorcjum (...) były tożsame w zakresie:

a. wykazu osób, które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie /załącznik nr 5 w ofercie (...) k. 1121 – 1126 akt adm. oraz załącznik nr 21 w ofercie (...) k. 1245 – 1247 akt adm./

b. wykazu wykonanych przez wykonawcę zamówień w ciągu ostatnich 5 lat /załącznik nr 6 do oferty (...) k. 873 akt adm. oraz załącznik nr 19 do oferty (...) k. 1235 – 1236 akt adm./

c. wykazu urzędzeń, służących do wykonania zamówienia /załącznik nr 12 do oferty (...) k. 954 – 956 akt adm. oraz załącznik nr 13 do oferty (...) k. 1191 – 1194 akt adm./

Po złożeniu ofert obie spółki były wzywane przez zamawiającego do uzupełnień. Aby wykonać wezwania do uzupełnień (...) potrzebował dokumentów i informacji od (...), aby wykonać wezwanie w przedmiocie złożenia wyjaśnień do oferty (...) w zakresie technicznym. W trakcie postępowania przetargowego (...) kontaktował się ze spółką (...) jedynie w powyższym zakresie.

/ zeznania świadków: W. G. – k. 547v-549, P. P. (2) – k. 574v-578, J. N. - k. 646-647/

Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum (...) w pismach z dnia 8 lutego 2012 r. o złożenie wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe wezwanie obydwie spółki oświadczyły, że faktycznie w ramach tego zadania nie była realizowana zabudowa urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej tylko urządzeń sygnalizacji przejazdowej. Jednocześnie przedsiębiorcy ci przedłożyli nowe wykazy wykonanych robót, w których obaj w ramach udokumentowania doświadczenia wskazali na wybudowanie urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej przez T. a.s. (konsorcjanta (...), który jednocześnie udostępnił w tym zakresie potencjał (...)) oraz przez (...) sp. z o.o. (udostępniającego w tym zakresie potencjał Konsorcjum (...)). Dodatkowo w swoich wyjaśnieniach (...) załączył poprawioną kopię wykazu wykonanych zamówień, która została podpisana przez pełnomocnika Konsorcjum (...) i poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika (...). /k. 1330 – 1332 akt adm.; pismo (...) do Konsorcjum (...) z dnia 8 lutego 2012 r., k. 1281 akt adm., pismo Konsorcjum (...) do (...) z dnia 12 lutego 2012 r. wraz z załącznikami k. 1282 i n., pismo (...) do (...) z dnia 8 lutego 2012 r., k. 1324 akt adm., pismo (...) do (...) z dnia 13 lutego 2012 r. wraz z załącznikami k. 1325 i n./

Ponadto zarówno Konsorcjum (...) jak i (...) nie załączyły do swoich ofert Harmonogramu Prac Projektowych oraz propozycji tych wykonawców w zakresie Centrum Utrzymania i Diagnostyki oraz Systemu Utrzymania i Diagnostyki. W powyższym zakresie zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 r. zwrócił się do przedsiębiorców o wyjaśnienie tych braków. / pismo (...) do Konsorcjum (...) z dnia 22 lutego 2012 r., k. 1390 i 1391 akt adm., pismo (...) do (...) z dnia 22 lutego 2012 r., k. 1417 i 1418 akt adm./

W piśmie z dnia 24 lutego 2012 roku (...) na wezwanie do uzupełnienia dokumentacji powołał się na już złożone oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunku z pkt 8.3.1 TOM I SIWZ. Wskazał, że zamawiający w wezwaniu z dnia 22 lutego 2012 roku nie sprecyzował, których konkretnie dokumentów wezwanie dotyczy. (...) powołał się na wykaz wykonanych zamówień złożony przy piśmie z dnia 13 lutego 2012 r. Co do wezwania do

wyjaśnień w odniesieniu do Tom II SIWZ ((...)) (...) zarzucił nieprecyzyjną teść instrukcji – pkt 15 Tom I SIWZ. (...) zaprzeczył, aby w ramach oferty konieczne było złożenie lakonicznie wspomnianych w tomie III SIWZ propozycji, jako oddzielnego załącznika do oferty. Wyjaśnił, że zamawiający nie wymagał konkretnej formy dla kwestionowanych dokumentów z tomu III SIWZ i nie przekazał wykonawcom żadnych szablonów harmonogramu. W ramach wyjaśnień co do harmonogramu (...) wskazał, że zaakceptował wymagane przez zamawiającego terminy i harmonogramy wynikające z SIWZ. W odniesieniu do propozycji rozwiązań Centrum Utrzymania i Diagnostyki ((...)) oraz Systemu Utrzymania i Diagnostyki ((...)), (...) wskazał, że oferta na (...) oraz (...) stanowi część składową całej oferty wykonawcy i została wyszczególniona w rozbiściu cenowym stanowiącym załącznik do oferty (...) w pozycjach odpowiednio 3 i 4 oraz 4.1.1 i 4.1.2, 4.6.1 i 4.6.2. /k. pismo – k. 1420-1423 akt adm./

W piśmie z dnia 27 lutego 2012 r., Konsorcjum (...), co do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie punktu 8.3.1 Tom I SIWZ – przedłożył potwierdzone za zgodność kopie wykazu wykonanych zamówień, uwzględniające zadania obejmujące wykonanie wymaganej przez zamawiającego liczby urzędzeń ssp. W odniesieniu do harmonogramu prac projektowych konsorcjum zaznaczyło, że zamawiający nie podstawiał w SIWZ wymagań ani co do szczególnej formy, ani zakresu czy poszczególnych elementów harmonogramu. Konsorcjum przyjęło za własne wskazane w ofercie terminy realizacji prac projektowych. Terminy dla poszczególnych prac i obowiązków wykonawcy zostały podane w programie funkcjonalno użytkowym oraz we wzorze umowy. Konsorcjum nie wyraziło woli ich modyfikacji. Dla wykonania koncepcji konsorcjum przyjęło zgodnie z określeniem zamawiającego maksymalny termin, bez modyfikacji. W odniesieniu do dokumentów do decyzji lokalizacyjnych, dokumentów do wypłaty odszkodowań i projektów budowlanych – Konsorcjum przyjęło, że terminy dostosowane zostaną, zgodnie z wymaganiami SIWZ, do harmonogramów i postępów prac wykonawców realizujących projekt w pozostałych etapach, zgodnie z treścią pkt 3 Rozdziału 10 III tomu SIWZ. Konsorcjum przyjęło również warunki i terminy wynikające z tabeli zamieszczonej na stronie (...). Konsorcjum przyjęło również dla wykonania projektów wykonawczych terminy wynikające z subklauzuli 8.1 SIWZ, tj. najpóźniej na 28 dni przed rozpoczęciem robót torowych. Tym samym konsorcjum akceptując w formularzu oferty treść SIWZ, zaakceptowało poszczególne terminy wykonania prac. W odniesieniu do prośby zamawiającego o wyjaśnienie, w której części oferty znajdują się propozycje rozwiązań (...) oraz (...), wymagane w rozdziale 9 Programu Funkcjonalno Użytkowego konsorcjum wyjaśniło, że oferta cenowa na (...) została ujęta w pkt 3.4 Rozbiścia Ceny Ofertowej (str. 294 oferty), a oferta cenowa na (...) w pozycjach 4.1.1, 4.1.2 (str. 295) oraz 4.6.1 (str. 309) i 4.6.2 (str. 310) oferty wykonawcy. Propozycja rozwiązania dla ww. zakresów, proponowanego przez Konsorcjum jest tożsama z opisaną w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, co potwierdza złożone w ofercie oświadczenie Konsorcjum, że akceptuje postanowienie SIWZ w całości, zaś cenę skalkulowało z uwzględnieniem (...) /pismo - k. 1392 – 1396 akt adm./

Pismem z 14 lutego 2012 r. zamawiający – (...) – zwrócił się do oferentów o przedłużenie związania ofertą i ważności wadium o kolejne 60 dni. W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiającego zarówno Konsorcjum (...) jak i (...) wyrazili zgodę na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium.

/ pisma (...) z dnia 14 lutego 2012 r. do (...) i (...), k. 2956 i 2958 akt adm.); pismo (...) z dnia 22 lutego 2012 r. do (...), k. 2957 akt adm., pismo (...) z dnia 22 lutego 2012 r. do (...), k. 2960 akt adm./

Dnia 27 lutego 2012 r., komisja przetargowa powołana do przeprowadzenia Przetargu zatwierdziła wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Następnie pismem z 2 marca 2012 r., zamawiający zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z rozstrzygnięciem pierwsze miejsce zajęło Konsorcjum (...), drugie miejsce zajęło Konsorcjum (...), trzecie miejsce zajęła spółka (...), natomiast (...) ((...)) (...) sp. z o.o. został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. /zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 marca 2012 r. k. 1456 – 1458 akt adm./

Od rozstrzygnięcia zamawiającego odwołało się konsorcjum (...) wskazując przede wszystkim na brak podstaw do zaakceptowania przez (...) poprawionych przez Konsorcjum (...) omyłek w zakresie 5 przejazdów kolejowych i w konsekwencji odrzucenie ofert tych wykonawców. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosił zarówno Konsorcjum (...), jak i (...). Na skutek wnioskowanego odwołania Krajowa Izba

Odwoławcza wyrokiem z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 478/12) nakazała zamawiającemu odrzucić oferty (...) i (...) oraz powtórzyć czynność badania ofert nie podlegających odrzuceniu. Od powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, na wniosek (...), skargę do Sądu Okręgowego wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Po rozpoznaniu sprawy, Sąd w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum (...). /okoliczności bezsporne/

Zwycięskie Konsorcjum (...) podpisało umowę z zamawiającym. / okoliczność bezsporna/

Prezes UOKiK, postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów automatyki kolejowej, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez (...), co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. / k. 1-7 akt adm./

W złożonych w postępowaniu antymonopolowym wyjaśnieniach (...) i (...) zaprzeczyły, że zawarły antykonkurencyjne porozumienie oraz, aby były czynione jakiegokolwiek wspólne ustalenia co do treści składanych ofert. /k. 1501-1502, 1521-1525, 1561-1563, 1600-1611, 2966-2971, 2972-2974, 2975 i n., (...) - (...)

W toku postępowania antymonopolowego, w dniu 30 października 2014 r. oraz 3 listopada 2014 roku odbyła się rozprawa administracyjna, na której przeprowadzono dowody z przesłuchania świadków i dowód z przesłuchania stron. /k. 2906-2928, 2930 -2937 akt adm./

Pismem z dnia 2 grudnia 2014 r. Prezes UOKiK zawiadomił strony o zakończeniu postępowania dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy w wyznaczonym terminie. /k. 2965 akt adm./

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, które nie były przez żadną ze stron niniejszego postępowania kwestionowane, jak również w ocenie Sądu nie budziły wątpliwości, jak również na podstawie zeznań świadków.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków W. G., P. P. (2), P. J. (1), J. S., A. P., J. N. z uwagi na ich spójność, jak również zbieżność z treścią dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadka R. D. (k. 635-636) jednakże zeznania te niewiele wniosły do sprawy, gdyż świadek nie był odpowiedzialny za złożenie oferty (...). Nie brał udziału w spotkaniach ani rozmowach dotyczących złożenia tej oferty, nie posiadał wiedzy na wnioskowane przez strony okoliczności.

Postanowieniem z dnia 17 lutego 2021 roku Sąd pominął dowód z zeznań świadka P. P. (1) na wnioskowane przez strony okoliczności, z uwagi na cofnięcie przez obie strony wniosku o przeprowadzenie dowodu z jego zeznań.

Postanowieniem z dnia 17 lutego 2021 roku Sąd pominął dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu księgowości, z uwagi na cofnięcie tego wniosku przez powoda (...).

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

Powodowie podnieśli w odwołaniach zarzut przedawnienia. Zarzut ten związany był z faktem, że postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez (...) oraz (...) porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert w ogłoszonym przez (...) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm. – dalej jako: ustawa okik) ograniczające konkurencję porozumienie (...) i (...) może polegać na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie prac i ceny. W uzasadnieniu postanowienia Prezes UOKiK wskazał też, że zebrany w postępowaniu wyjaśniającym materiał dowodowy może wskazywać, iż pomiędzy (...) i (...) doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, ograniczającego konkurencję w ogłoszonym

przez Zamawiającego przetargu. Powodowie wskazywali, że zaniechanie zarzucanej w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego antykonkurencyjnej praktyki, polegającej na uzgodnieniu warunków ofert musiało nastąpić najpóźniej z chwilą złożenia tych ofert w przetargu tj. w dniu 28 listopada 2011 r. Wobec tego roczny termin przedawnienia liczony zgodnie z treścią art. 93 ustawy okik upłynął najpóźniej w dniu 31 grudnia 2012 roku. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2019 roku, sygn. akt VII AGa 1907/18 wskazał, że zarówno w tym postanowieniu jak i decyzji Prezes UOKiK przyjął, że o zawarciu porozumienia świadczyły okoliczności, które miały miejsce również po złożeniu ofert (poprawianie tożsamyh błędów, przedłużenie związania ofertą i ważność wadium). Sąd Apelacyjny wskazał przy tym na pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2012 roku o złożenie wyjaśnień w zakresie przedstawionych powyżej błędów, odpowiedź powodów z dnia 12 i 13 lutego 2012 roku (k 1330-1332 akt adm.) oraz okoliczność wyrażenia zgody przez obu powodów na przedłużenie terminu związania ofertą. Sąd Apelacyjny wskazał, że czynności, które wpływały na wynik przetargu miały miejsce w 2012 r., a pod pojęciem istoty praktyki (uzgadniania warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”) należy rozumieć, że zakazem objęte są również uzgodnienia dotyczące warunków udziału w przetargu. Sąd Apelacyjny zaznaczył, że prawidłowe jest twierdzenie pozwanego, że w zależności od stanu faktycznego sprawy dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt ustawy okik może być objęty cały wachlarz zachowań dotyczących przetargu, tj. ustalenie treści ofert przed terminem otwarcia ofert, modyfikacja lub nieuzupełnianie treści ofert po ich złożeniu czy też inne zachowania w toku danego przetargu. W związku z tym wszczęcie postępowania administracyjnego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie nastąpiło po upływie terminu przedawnienia określonego w art. 93 ustawy okik.

W nawiązaniu do powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem pozwanego, że w wyroku tym Sąd Apelacyjny, oprócz rozstrzygnięcia kwestii przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie, zawarł sugestię co do oceny zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego z perspektywy antymonopolowej. Sąd II Instancji wskazał jedynie, które zdarzenia zadecydowały o tym, że zarzut przedawnienia okazał się bezzasadny. Zwłaszcza, że Sąd Apelacyjny wskazał, iż przy ponownym rozpoznaniu sprawy „Sąd I instancji ustali przede wszystkim, czy powodowie zawarli zarzucane im w decyzji Prezesa UOKiK porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, a więc porozumienie którego celem i skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.”

Jak zauważył Sąd Apelacyjny, w decyzji Prezes Urzędu stwierdził, że porozumienie obejmowało: 1. Przygotowanie oferty (...) przez jej rzekomego konkurenta tj. spółkę (...), 2. (...) nie opracował dokumentów składających się merytoryczny trzon oferty, bazował w tym zakresie na materiałach przygotowanych przez (...), 3. (...) aktywnie pozyskiwał dla (...) potencjał od podmiotów trzecich, 4. (...) miał być kompleksowym podwykonawcą (...) w razie jego wygranej, 5. (...) złożył swoją ofertę w ramach konsorcjum, 6. (...) składając ofertę w przeważającej mierze opartej na ofercie podwykonawczej wiedział, że (...) – jego główny kontrahent – będzie również jego konkurentem, 7. Oferty (...) i (...) były do siebie bardzo podobne, 8. W ofertach powielone zostały tożsame błędy, które były poprawiane w ten sam sposób już po złożeniu ofert. Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny przyjął, że nie było podstaw by uznać, że w zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK ukarał przedsiębiorców za działanie nie objęte zakresem postanowienia o wszczęciu postępowania administracyjnego. W związku z tym zarzut dotyczący naruszenia art. 88 ust. 2 uokik należało również uznać za bezzasadny.

Zasadnie pozwany przyjął, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, o którym mowa w art. 4 pkt 9 ustawy okik, jest krajowy rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Istotnie, postawienie zarzutu zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, nie jest uzależnione od wykazania, że jego cel został zrealizowany. Ponadto, w literaturze wskazuje się, że skutki praktyk ograniczających konkurencję nie są uznawane za „istotę praktyki”. (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. prof. T. Skoczego, Wyd. II, r. 2014, s. 1128). Zasadniczo ma rację pozwany, że trudno jest pozyskać dowody bezpośrednio świadczące o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję. Zgodnie z treścią art. 231 k.p.c. Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wnioski takie można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). Jak wskazuje się w literaturze: „Domniemanie faktyczne polega na tym, że sąd na podstawie ustalenia jednych faktów wnioskuje o istnieniu innych. Sąd ma w takim wypadku zupełną swobodę

wnioskowania na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego. Musi ono być jednak poprawne z punktu widzenia zasad logiki [zob. uchw. SN(7) z 21.11.1969 r., III PZP 24/69, L.]” (Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Wyd. 10, Warszawa 2019, Wyd. C.H.Beck). Dopuszczalne jest zatem stosowanie domniemań faktycznych również w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 marca 2021 roku, sygn. akt I NSKP 4/21, z dnia: „W przypadku braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia można bowiem uznać za udowodniony, jeżeli badanego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić w inny sposób, aniżeli zamiar wypaczenia wyniku przetargu.” Sąd Najwyższy w powołanym wyżej orzeczeniu przyjął również, że jeżeli sąd dojdzie do wniosku, że istnieje inne spójne i racjonalne wyjaśnienie analizowanego zachowania przedsiębiorców, wskazujące (lub mogące wskazywać) na działanie w granicach reguł konkurencji, to sąd nie może dojść do wniosku, że organ wykazał istnienie danego naruszenia w stopniu wystarczającym pod względem prawnym. Sąd Najwyższy zaznaczył również, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 6 k.c., to na organie, który zarzuca przedsiębiorcy naruszenie reguł konkurencji spoczywa ciężar udowodnienia tego faktu.

Z treści ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd w niniejszej sprawie, w oparciu o treść dokumentów znajdujących się aktach postępowania administracyjnego oraz zeznań świadków złożonych w toku niniejszego procesu, nie wynika jednak, aby przygotowanie oferty (...) (złożonej do przedmiotowego przetargu) nastąpiło przez (...). Sąd dał wiarę zeznaniom świadków P. J. (1), J. S., A. P., J. N., z których wynika, że jedyną przyczyną zwrócenia się (...) do (...) o przedstawienie oferty podwykonawczej była próba „wejścia” na rynek kolejowy, który w ocenie spółki (...) był wówczas rynkiem przyszłościowym. Istotnie, treść dokumentów i informacji zawartych w ofercie podwykonawczej została przez (...) wykorzystana w ofercie (...) do przetargu, jednakże ostateczną treść oferty opracował (...) samodzielnie. (...) nie miał żadnego wpływu na ostateczną jej treść. Skorzystanie przy opracowaniu oferty do przetargu przez (...) - z dokumentacji i informacji zawartych w ofercie podwykonawczej (...), wynikało jedynie z niewielkiej ilości czasu i braku stosownej wiedzy technologicznej. Istotnie zatem, (...) przygotowując ofertę, bazował w części na przedstawionych przez (...) dokumentach. Jak wynika z treści zeznań świadka P. J. (1): „Cała treść oferty składanej przez (...) do przetargu nigdy nie była T. udostępniona”. Z treści zeznań świadka P. P. (2) wynika również wprost jaka była przyczyna zamiaru skorzystania przez (...) z potencjału spółek wskazanych przez (...). (...) zwrócił się również o powyższe do spółki (...), ponieważ, aby mógł wystartować w przetargu wymagane są różnego rodzaju referencje oraz dysponowanie odpowiednimi siłami, odpowiednią kadrą i personelem. Świadek ten zeznał również, że: „Ponieważ (...) powiedział, że nie ma odpowiednich referencji i jest za mało czasu, żeby sam przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami przetargowymi od strony technicznej, poprosił o ofertę na obszar techniczny zgodny z zakresem materiałów przetargowych”. Nie należy tu również pomijać opisywanych przez świadka P. P. (2) okoliczności, które wzbudziły wątpliwości w spółce (...), co do rzeczywistych intencji (...), zwracającego się niedługo przed przetargiem o przedstawienie oferty podwykonawczej. Skoro zatem (...) chciał zastosować w Polsce model, który polegałby na dostarczaniu urządzeń wiarygodnemu integratorowi, ale też nie miał pewności co do rzeczywistej przyczyny zwrócenia się o przedstawienie przedmiotowej oferty podwykonawczej, racjonalne było zachowanie przedsiębiorcy (...), który złożył (...) ofertę podwykonawczą, aby nie wykluczać takiej współpracy.

Z żadnego z dowodów zgromadzonych w sprawie nie wynika jednak, aby (...) w którymkolwiek momencie, przed ogłoszeniem ofert powziął wiedzę o tym, że (...) również będzie brał udział w tym przetargu. Jak wynika z treści zeznań świadka P. J. (1), ówczesny prezes spółki (...) poinformował go na pierwszym spotkaniu, że (...) jest przede wszystkim producentem oraz, że jest zainteresowany dostarczaniem swoich produktów, a nie realizacją projektu i „szukają tzw. integratorów”. Bezspornym jest, że powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. nie złożył samodzielnie oferty do przedmiotowego przetargu. Z zeznań świadka P. P. (2) wynika również, że powód (...) do ostatniej chwili nie wiedział, czy osoby uprawnione w ramach konsorcjum wyrażą ostatecznie zgodę na udział konsorcjum (...) w tym przetargu. Należy tu dodać, że nie wzbudza zdziwienia długotrwała i skomplikowana procedura zatwierdzania tego rodzaju decyzji w ramach konsorcjum. Ponadto, z treści zeznań świadka P. P. (2) wynika, że stałym elementem strategii (...) jest to, że nie informuje innych przedsiębiorców, czy weźmie udział w przetargu. Pozwany wywodził fakt zawiadomienia (...) o powyższym z treści zeznań P. P. (1) w charakterze strony – jako ówczesnego prezesa zarządu (...). Z protokołu jego przesłuchania powyższe jednak nie wynika (k. 2932-2936 akt adm.). Zeznał on

bowiem w postępowaniu administracyjnym w szczególności, że: „Trudno się nie domyślać, że nas interesują przetargi z branży (...). Rozmowa miała charakter bardzo ogólny. O ile pamiętam wspominałem lub dawałem do zrozumienia, że przygotowujemy się do tego przetargu. Wydaje mi się, że taka informacja została (...) przekazana. To było na tym jednym spotkaniu, w którym brałem udział.” W protokole z przesłuchania P. P. (1) znajdują się również następujące stwierdzenia: „Na pewno z mojej strony padła sugestia, że (...) chce startować. Natomiast jak to zostało zrozumiane przez drugą stronę, nie wiem, nie wiem jak (...) mógł zrozumieć moją sugestię.” Co istotne dalej wskazał: „ Nie należy wykluczyć, że (...) rozumiał, że będziemy brać udział w tym przetargu, ale nie wiadomo w jakiej roli – czy jako wykonawca, czy jako podwykonawca.” Z protokołu tego nie wynika zatem jaką konkretnie informację P. P. (1) przekazał P. J. (1) oraz czego konkretnie P. J. (1) powinien był się domyślać. Trudno zatem nie dać wiary świadkowi P. J. (2), który z kolei zeznał, że: „(...) nie informował mnie absolutnie, że wezmą udział w tym przetargu. Dowiedziałem się o tym po otwarciu ofert”. Powyższe nie dało zatem uzasadnionych podstaw do wywiedzenia wniosku przez Prezesa UOKiK, że (...), składając ofertę wiedział, że (...) będzie również jego konkurentem, tj. że również weźmie udział w tym przetargu. Nie sposób odmówić wiary zeznaniom świadków, w szczególności P. J. (1), J. S., A. P., J. N., z których wynika, że o powyższym (...) dowiedział się dopiero wraz z ogłoszeniem ofert oraz jak bardzo była to zaskakująca informacja. Okoliczność częściowego podobieństwa ofert w zakresie technicznym, musiała skutkować wezwaniem do tożsamyh błędów. Powyższe wynika z ustaleń faktycznych dokonanych w niniejszej sprawie, w szczególności w zakresie faktów dotyczących wezwań skierowanych przez zamawiającego do powodów z dnia 8 lutego 2012 roku oraz 22 lutego 2012 roku. Należy tu podkreślić, że wbrew twierdzeniom pozwanego, w szczególności odpowiedzi powodów na drugie z powyższych wezwań złożone przez (...) oraz konsorcjum (...) w pismach z dnia 24 i 27 lutego 2012 roku (k. 1420-1423, 1392-1396 akt adm.) nie są odpowiedziami o tożsamej treści. Z treści zeznań świadków W. G., P. P. (2), J. N. wynika, że strony po ogłoszeniu ofert kontaktowały się tylko i wyłącznie w zakresie niezbędnym do złożenia uzupełnień bądź wyjaśnień. Analiza powyższych pism prowadzi do wniosku, że ostateczne ich treści zostały opracowane samodzielnie. Nie budzi również wątpliwości Sądu okoliczność, że (...) również (pomimo zajmowania trzeciego miejsca) wyraził zgodę na przedłużenie wadium. Jak wynika z treści zeznań P. J. (1) i A. P., zdarzało się (...) wygrać przetarg nawet z pierwotnie zajmowanego 14 miejsca. Powyższe uzasadnia racjonalność dalszego uczestnictwa tej spółki w przetargu oraz wyrażenia zgody zamawiającemu na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium o kolejne 60 dni.

Z powyższych okoliczności nie wynika, aby pomiędzy stronami doszło do porozumienia – zmywy o której mowa w treści art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, tj. którego celem i skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, że (...) i (...) oddziaływali na wynik przetargu. Okoliczność, że (...) „mógł się domyślać”, że (...) również złoży ofertę w przetargu nie świadczy per se o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję. Za takie oddziaływanie nie można również uznać zwracanie się przez (...) do (...) o przedstawienie oferty podwykonawczej, a następnie o udzielanie informacji w zakresie adekwatnym do wezwań zamawiającego. Powyższe wynikało bezsprzecznie z okoliczności, że (...) nie był producentem określonych urządzeń czy systemów i nie posiadał wiedzy w relewantnym zakresie. Takiego zachowania nie można uznać za wpływające na wynik przetargu. Nie ma racji bytu twierdzenie pozwanego o dwukrotności oferty (...) w przedmiotowym przetargu, gdyż obie oferty (...) i konsorcjum (...) były różne. Wbrew twierdzeniom pozwanego, nie niweczy powyższego okoliczność, że zawierały kilka tożsamyh elementów, w szczególności w zakresie wykazu osób, które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie, czy też wykazu urządzeń, służących do wykonania zamówienia. Powyższe wynikało bowiem z przedstawionych już wyżej okoliczności, związanych z przedstawieniem (...) przez (...) oferty podwykonawczej, której istotne dane zostały uwzględnione podczas opracowania oferty (...).

Mając powyższe na względzie, w przekonaniu Sadu, z ustalonych faktów brak było możliwości przyjęcia, że powodowie podejmowali działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej za szkodą dla konkurencji i zamawiającego.

Wobec powyższego, Sąd na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c. uchylił zaskarżoną decyzję. Ponadto, pomimo dokonania odmiennych ustaleń przez Prezesa UOKiK, Sąd stwierdził, że zaskarżona decyzja nie została wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa.

O kosztach procesu, Sąd orzekł stosownie do wyników procesu na podstawie art. 98 k.p.c. Na koszty procesu po stronie powoda (...) złożyły się: opłata od odwołania w wysokości 1000,00 zł, opłata skarbową w kwocie 17,00 zł oraz koszt zastępstwa procesowego w wysokości 720,00 zł w I Instancji oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika powoda w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 540,00 zł, czyli łącznie 2.277,00 zł. Na koszty procesu po stronie powoda (...) złożyły się: opłata od odwołania w wysokości 1000,00 zł, opłata skarbową w kwocie 17,00 zł oraz koszt zastępstwa procesowego w wysokości 720,00 zł w I Instancji oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika powoda w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 720,00 zł (w pierwszej instancji nie prowadził sprawy ten sam pełnomocnik), czyli łącznie 2.457,00 zł.

Sędzia SO Jolanta Stasińska