

Sygn. akt XVII AmA 27/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XVII Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: sekretarz sądowy Ewa Naróg

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w miejscowości Z., gmina D.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanego J. J. (1)

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania powoda od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2013 r., nr (...)

1. oddala odwołanie,

2. zasądza od Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w miejscowości Z. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych).

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. akt XVII AmA 27/14

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 30 grudnia 2013 r., nr (...):

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 33 ust. 6 tej ustawy uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy Z. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D., a J. J. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(...) D., polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego nr (...) organizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., Rejon w W. na roboty i usługi dotyczące bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012 - 2016, w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., Rejon w W.,

warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu J. J. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(...) D. i wygranie przetargu przez Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D., oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu, i stwierdził jej zaniechanie z dniem 19 lipca 2012 r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej, nałożył za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7. ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, kary pieniężne w następującej wysokości:

1) na Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D., karę pieniężną w wysokości 31.217 zł (słownie: trzydzieści jeden tysięcy dwieście siedemnaście złotych),

2) na J. J. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), (...), (...)-(...) D., karę pieniężną wysokości 15.460 zł (słownie: piętnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych).

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 33 ust. 6 tej ustawy obciążył:

1. Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D. kosztami postępowania w sprawie zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 17,10 zł. (słownie: siedemnaście złotych dziesięć groszy) w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji.

2. J. J. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. Z. 63, (...)-(...) D. kosztami postępowania w sprawie zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję opisanego w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 22,70 zł. (słownie: dwadzieścia dwa złote siedemdziesiąt groszy) w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji.

Od powyższej Decyzji odwołanie złożył powód - Z. J., zaskarżając ją w całości.

Powyższej Decyzji powód zarzucił:

- naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie, w sytuacji gdy zachowanie Z. J. i J. J. (1) nie wypełniało dyspozycji tego przepisu, jak również nie było innym czynem naruszającym konkurencję,

- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego uznania, że Z. J. i J. J. (1) popełnili czyn nieuczciwej konkurencji.

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości lub jej zmianę w całości poprzez stwierdzenie, że Z. J. i J. J. (1) nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie stwierdzenie, że decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów została wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa,

2. obniżenie nałożonej kary pieniężnej, w razie nieuwzględnienia co do zasady odwołania,

3. zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Powód - **Z. J.** prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D., m.in. w zakresie działalności usługowej wspomagającej produkcję roślinną. **/k. 86 akt adm./**

Z. J. jest ojcem J. J. (1), A. W., P. J., E. J.. **/k. 220 akt adm./**

Z. J. uczestniczył między innymi w następujących przetargach:

- w przetargu publicznym nr (...) zorganizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w O. wiatach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 11 czerwca 2012 r. a zakończony w dniu 24 sierpnia 2012 r.), który to przetarg wygrał, po wykluczeniu z niego P. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. J., (...), (...)-(...) D. i który oferował niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu niż Z. J.. Przyczyną wykluczenia przedsiębiorcy P. J. było nie uzupełnienie zgłoszenia o wymagane dokumenty i zaświadczenia **/k. 211-215 akt adm./**
- w przetargu publicznym organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. na usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł., Rejon w K. w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 (przetarg został ogłoszony w dniu 16 lipca 2012 r. a zakończony w dniu 8 października 2012 r.), w którym jako lider w konsorcjum z partnerem A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...),(...)-(...) D., wygrał przetarg po wykluczeniu z przetargu konsorcjum, którego liderem był J. J. (1) a (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., oferujące niższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu niż Z. J.. Przyczyną wykluczenia konsorcjum (...) i Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. było nie uzupełnienie zgłoszenia o wymagane dokumenty i zaświadczenia **/k. 216-219 akt adm./**

Ponadto uczestniczył w następujących przetargach na wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasów dróg czy utrzymania czystości w pasie dróg:

- przetargu publicznym organizowanym w 2010 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., Rejon w Ł. na usługi w zakresie czystości na drogach i obiektach mostowych, zadrzewienia przydrożnego i koszenia traw, chwastów i odrostów krzaków z pasa drogowego w ciągach dróg krajowych nr (...), 14a, 70, 71, 71a, 72, w latach 2011-2012, który to przetarg wygrał. **/k. 85 akt adm./**
- w przetargu ogłoszonym w kwietniu 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. ul. (...), (...)-(...) W., na wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w W. z podziałem na 19 zadań **/k. 187-193 akt adm./**

Zainteresowany – **J. J. (1)**, prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą J. J. (1), w Z. nr 63, (...)-(...) D. m.in. w zakresie działalności usługowej wspomagającej produkcję roślinną. **/k. 114 akt adm./**

W związku z prowadzoną działalnością gospodarczą J. J. (1) uczestniczył w roku 2012 w następujących przetargach na terenie województwa (...):

- działając w ramach konsorcjum, którego był liderem z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., w przetargu publicznym zorganizowanym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w

Ł., Rejon w K., na usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł., Rejon w K. w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego oraz utrzymania zieleni przydrożnej w latach 2013-2016 z którego został wykluczony (wraz z drugim uczestnikiem konsorcjum) co skutkowało wygraniem przetargu przez uczestników konsorcjum: lidera Z. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D. i partnera A. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. W., (...),(...)-(...) D., oferujących wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu **/k. 216-219 akt adm./**

- w przetargu organizowanym w 2012 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. ul. (...), (...)-(...) W., na wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasa dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w W. z podziałem na 19 zadań". Specyfikacja istotnych warunków tego przetargu informowała w pkt 8 pod nazwą „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY WYMAGANE DLA POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA PRZEZ WYKONAWCÓW WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NA POTWIERDZENIE, ŻE OFEROWANE DOSTAWY ODPOWIADAJĄ WYMAGANIOM ZAMAWIAJĄCEGO", że:

„8.1. Na potwierdzenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt. 7.3 IDW należy pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp - załączyć następujące oświadczenia i dokumenty.

8.1.1 Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (Załącznik nr 1.).

8.1.2 Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców na formularzu zgodnym z treścią Załącznik nr 3. („Wiedza i doświadczenie"). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.2) IDW - dotyczy Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3. Do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

8.1.3 Wykaz narzędzi wyposażenia Zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami na formularzu zgody z treścią Formularza 3.1. („Potencjał techniczny" - dla Zadania nr1, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 9, Zadania nr 10, Zadania nr 13) oraz formularzu zgody z treścią Formularza nr 3.2. („Potencjał techniczny" - dla Zadania nr 2, Zadania nr 5, Zadania nr 6, Zadania nr 7, Zadania nr 8, Zadania nr 11, Zadania nr 12, Zadania nr 14, Zadania nr 15, Zadania nr 16, Zadania nr 17, Zadania nr 18, Zadania nr 19). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.3)a).

8.1.4 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.3. („Potencjał kadrowy"). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3 b) IDW.

8.1.5 Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

8.1.6 Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatni rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.4) IDW.

8.1.a. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może przedstawić wymaganych

dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego w pkt 7.3.4. IDW warunku.

8.2. W sytuacji gdy, Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

8.3. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie

zamówienia wykonawcy w okolicznościach, których mowa w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, należy pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wraz z ofertą złożyć następujące dokumenty:

8.3.1. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (Załącznik nr 2) do IDW.

8.3.2. Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy,

8.3.3. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

8.3.4. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

8.3.5. Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert" **/k. 187, k. 202-203 akt adm./**

W przetargu tym zainteresowany załączył prawidłową ofertę z kompletem dokumentów.

We wcześniejszym okresie J. J. (1) uczestniczył między innymi w przetargu zorganizowanym w lipcu 2009 r. na wykaszanie traw i chwastów z pasa drogowego dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W., w którym wygrał przetarg na zadanie - wykaszanie traw i chwastów i odrostów kosiarkami w RD G., OD G., specyfikacja istotnych warunków tego przetargu wskazywała w pkt 7.4, „że: „OFERTA POWINNA ZAWIERAĆ PRAWIDŁOWO WYPEŁNIONY FORMULARZ (...) ORAZ NASTĘPUJĄCE DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA:

(1) Aktualny odpis z właściwego rejestru lub aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

(2) Oświadczenie, złożone zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy na formularzu wg wzoru określonego w załączniku nr 1 (...).

(3) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 2. Wykaz musi zawierać dane na temat kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia wskazanych osób potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

(4) Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie o którym mowa w punkcie 7.4 (3) Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

(5) Wykaz urządzeń i narzędzi jakimi dysponuje Wykonawca niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 3. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 6.2. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

(6) Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie o którym mowa w punkcie 7.4(5) Wykonawca wykazał sprzęt, którym będzie dysponował.

(7) Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, na formularzu

zgodnym z treścią załącznika nr 4. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.3. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że wykonane usługi były wykonane należycie.

(8) Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

(9) Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

(10) Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert" **/k. 163-186 akt adm./**

Ponadto J. J. (1) działał również w strukturach konsorcjum firm uczestnicząc np. w przetargu zorganizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. w ramach konsorcjum ze spółką (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. i Przedsiębiorstwem (...) w K. na „bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych w latach 2009-2011 (trzy roczne przetargi) na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w K.", który to przetarg ww. konsorcjum wygrało. **/k. 105 akt adm./**

W powyższych przetargach J. J. (1) złożył prawidłowe oferty wraz kompletem wymaganych dokumentów i zaświadczeń.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w T. wydał J. J. (1) „Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek w następujących terminach: 10 maja 2012r. i 17 sierpnia 2012 r. **/k. 131 akt adm./**

Natomiast Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. wydał J. J. (1) zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach w dniu 14 maja 2012 r. i w dniu 20 sierpnia 2012 r. **/k. 132-134 akt adm./**

W dniu 13 kwietnia 2012 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. ogłosiła na swoje stronie internetowej (www.gddkia.gov.pl) przetarg - zamówienie na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na

sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012 - 2016. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. **/k. 121v, k. 122 akt adm./**

Część pierwsza dotyczyła robót i usług w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na drogach krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł., Rejon w W. w latach 2012 -2016.

Część druga dotyczyła robót i usług w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na drogach krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012-2016.

Na miejsce składania ofert wyznaczono siedzibę (...) Oddział w Ł. Rejon w W., ul. (...), sekretariat. Oferty należało składać od dnia 13 kwietnia 2013 r. do dnia 25 maja 2012 r. godz. 10:00. **/k. 122 akt adm./**

Specyfika istotnych warunków zamówienia zastała zamieszczona na stronie internetowej www.gddkia.gov.pl w dniu 17 kwietnia 2012 r. **/k. 122 akt adm./**

Na część 1 przetargu dotyczącą usług w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012-2016, wpłynęło 7 ofert. Oferty złożyli:

1. Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. ul. (...) lider i AGAT P. P., 95-020 B., ul (...) partner i (...), (...)-(...) Ł., ul (...) -partner, które zaoferowało wykonanie usługi w cenie brutto 2 616 745,20 zł.
2. Konsorcjum: Lider: (...) Sp. z o.o., (...)-(...) W., ul. (...) -lider, Przedsiębiorstwo (...), (...)-(...) K., ul. (...) - partner, które zaoferowało wykonanie usługi w cenie brutto 2 967 611,40 zł.
3. Z. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...), (...), (...)-(...) D., który zaoferował wykonanie usługi w cenie 2 683 923,00 zł (zwany dalej: (...)).
4. J. Z. 63, (...)-(...) D., który zaoferował wykonanie usługi w cenie 2.376.552,00 zł.
5. B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa, (...)-(...) R., D. 354, która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 4.587.169,50 zł.
6. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o., (...)-(...) P. Tryb., ul. (...), która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 3.240.756,48 zł.
7. Zakład (...) Ruchu Drogowego (...) S.A., (...)-(...) W., ul. (...), która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 6.295.383,00 zł. **/k. 122-122v akt adm./**

W trakcie prac komisji przetargowej po otwarciu ofert w dniu 25 maja 2012 r. komisja przetargowa na skutek oczywistej pomyłki w wyliczeniu ceny usługi składających firm: (...) Sp. z o.o. ul. (...) lider, AGAT P. P., 95-020 B., ul (...) partner i (...), (...)-(...) Ł., ul (...) (tworzących konsorcjum) zmieniła cenę oferowanej usługi z ceny 2.616.745,00 zł na cenę 4.949.545,20 zł. Cena 4.949.545,20 zł została podana do wiadomości w momencie ogłoszenia wyników przetargu. J. J. (1), po otwarciu ofert złożył ustne zapytanie o cenę jednostkową usługi w zakresie koszenia traw i chwastów z oferty ww. konsorcjum i zapoznał się ze złożoną przez ww. konsorcjum ofertą. **/k. 117 akt adm./**

Konsorcjum (...) Sp. z o.o. ul. (...) lider i AGAT P. P., 95-020 B., ul (...) partner i (...), (...)-(...) Ł., ul (...) w piśmie z dnia 4 czerwca 2012 r. zostało poinformowane między innymi, że „na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych dokonano poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie dot. 1 części (poz. 26 kosztorysu dot. usługi kompleksowe, ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów jednorocznych odrostów drzew samosiejek wraz z powierzchnią stożków, skarp i terenów pod obiektem mostowym) w sposób następujący:

- Ilość j.m. (10m2): (...), cena jednostkowa w złotych: 2,40, wartość netto w złotych: 240.000,00, wartość brutto w złotych: 259.200,00.

- Powinno być: Ilość j.m. (10m2): (...), cena jednostkowa w złotych: 2,40, wartość netto w złotych: 2.400.000,00, wartość brutto w złotych: 2.592.200,00. **/k. 129-130 akt adm./**

W wyniku poprawienia omyłek, końcowa cena oferty wyniosła 4.539.490,00 złotych netto i kwota brutto 4.949.545,00 złotych". **/k. 128-130 akt adm./**

W dniu 4 czerwca 2012 r. (...) Oddział w Ł. Rejon w W. wezwał J. J. (1) do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie udziału w ww. postępowaniu-przetargu. J. J. (1) został zobowiązany do uzupełnienia złożonego zgłoszenia między innymi o:

- aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zamówieniach publicznych wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych,

- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu-wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu,

- aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na Ubezpieczenie Zdrowotne i (...) lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. **/k. 109-110 akt adm./**

Powyższe dokumenty J. J. (1) miał złożyć do dnia 12 czerwca 2012 r. do godz. 15:00 w siedzibie (...) Oddział w Ł. Rejon w W.. W dniu 11 czerwca 2012 r. J. J. (1) złożył dokumenty. **/k. 112-116 akt adm./**

Do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w dniu 5 czerwca 2012 r. został wezwany również Z. J., który uzupełnił prawidłowo złożoną ofertę. **/k. 81-82 akt adm./**

W dniu 15 czerwca 2012 r. (...) Oddział w Ł. Rejon w W. poinformował wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do przetargu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w W. w latach 2012 - 2016, o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z informacji tej wynikało, że ww. przetarg wygrał przedsiębiorca Z. J.. Oferta powyższego wykonawcy zawierała najniższą cenę brutto w wysokości 2.683.923,00 zł i uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. 100 punktów. **/k. 69-70 i k. 123 akt adm./**

Z przetargu została wykluczona oferta J. J. (1). Przyczyną wykluczenia było nie uzupełnienie oferty przetargowej o zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przekazane dokumenty były nieaktualne. **/k. 69 akt adm./**

W dniu 19 lipca 2012 r. Z. J. podpisał umowę z organizatorem przetargu na wykonanie usług wskazanych w części pierwszej przetargu. **/k. 124 akt adm./**

Przychód Z. J. za rok 2012 wyniósł (...) zł. **/k. 148 akt adm./**

Przychód J. J. (1) osiągnięty w 2012 roku wyniósł (...) zł. **/k. 139 akt adm./**

Powyższe fakty są bezsporne pomiędzy stronami postępowania. Zgromadzone w sprawie dokumenty nie budzą wątpliwości Sądu, strony nie zakwestionowały prawdziwości dokumentów.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skarżący w istocie ogranicza się do kontestacji wniosków Prezesa wyprowadzonych z bezspornych faktów:

- J. J. (1) jest synem Z. J.;

- J. J. (1) i Z. J. prowadzą działalność gospodarczą świadcząc usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych. Ponadto J. J. (1) współpracuje z A. W. w zakresie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych, która współpracuje także w tym zakresie ze Z. J.,

- Powyższa działalność gospodarcza prowadzona jest pod tym samym adresem;

- J. J. (1) i Z. J. złożyli swoje oferty przetargu publicznym ogłoszonym w dniu 13.04.2012 r. przez (...) Oddział w Ł., Rejon w W.;

- J. J. (1) złożył ofertę z najniższą ceną tj.: 2 376 552 zł. zaś Z. J. na kwotę 2 683 923 zł. Pozostałe oferty były wyższe.

- oferta J. J. (1) została wykluczona z przetargu z uwagi na nie uzupełnienie oferty przetargowej o wymagane dokumenty tj. zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że zyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności i zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawcza nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Stosownie do treści art. 231k.p.c. w zw. z art.84 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). Analogiczną możliwość wynikającą z art.231 k.p.c. w postępowaniu odwoławczym ma Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W ocenie Sądu, powyższe bezsporne fakty w kontekście jednoznacznie sformułowanych w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (k-180-181 akt admin.) wymagań co do formy i treści oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć uczestnicy przetargu, wykluczają możliwość pomyłki lub wątpliwości o jakie dokumenty chodzi. Należy przy tym mieć na względzie, że J. J. (1) występował już w analogicznych przetargach organizowanych na takich samych zasadach, przez tego samego zamawiającego na inne rejony dróg.

Zauważyć również należy, że wygranie przedmiotowego przetargu gwarantowałoby temu przedsiębiorcy osiągnięcie przez trzy lata przychodów, których suma ponad dwukrotnie przekraczała jego roczny przychód w tym czasie , a zatem nie można uznać, że udział w przedmiotowym przetargu uważał on za bagatelny.

Mając powyższe na względzie, zasadne jest domniemanie, że gdyby celem działania J. J. (1) było wygranie przetargu, to nawet zakładając pomyłkowe pominięcie trzech dokumentów w fazie składania ofert, uzupełniłby swoją ofertę

niezwłocznie po wezwaniu. Wezwanie z dnia 4.06.2012 r. było jednoznaczne i zawierało szczegółowe uzasadnienie (k-109-110 akt admin.) i nie było żadnych obiektywnych przyczyn uniemożliwiających usunięcia braków.

Zarówno logika, jak i doświadczenie życiowe prowadzą do wniosku, że nieuzupełnienie żądanych dokumentów przez J. J. (1) było działaniem celowym, zmierzającym do wykluczenia go z przetargu, gdyż w takim przypadku jego zwycięzcą stawał się Z. J., który złożył ofertę o ponad 300 000 zł wyższą. On też był głównym beneficjentem zawartego niedozwolonego porozumienia przetargowego.

Twierdzenia powoda, że J. J. (1) i Z. J. nie mogli mieć świadomości, że wykluczenie z przetargu J. J. spowoduje podpisanie umowy ze Z. J. pozostaje w sprzeczności ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Konsorcjum (...) z o.o. w Ł. złożyło ofertę z błędami rachunkowymi i jej oferta została zweryfikowana na kwotę 4 949 545,20 zł (k - 125 akt ad min. odwrót)

Za bezzasadny należało zatem uznać zarzut naruszenia art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331).

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art.106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, gdyż zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6. Twierdzenie, że nie doszło do naruszenia konkurencji, w świetle faktu uzgadniania przez przedsiębiorców Z. J. i J. J. (1) działań zmierzających do wypaczenia wyniku przetargu przez celowe wyeliminowanie oferty najtańszej.

Nałożenie kary pieniężnej było zatem uzasadnione, a jej wysokość nie budzi zastrzeżeń.

Z tych względów odwołanie należało oddalić wobec braku podstaw do jego uwzględnienia (art.479^{31a} § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art. 98 k.p.c.)