

Sygn. akt XVII AmA 158/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2016 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Hanna Kulesza

Protokolant: Sekretarz sądowa Irmina Bartochowska

po rozpoznaniu w dniu 24 lutego 2016 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **Spółka Akcyjna z siedzibą w S.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych: M. D., T. D.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

oraz sprawy z odwołania **T. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa P.H.U. (...) w S.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S., M. D.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr (...) z dnia 17 października 2014 r.

1. oddala odwołania;

2. zasądza od powoda (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

3. zasądza od powoda T. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa P.H.U. (...) w S. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Hanna Kulesza

Sygn. akt XVII AmA 158/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 17 października 2014 roku, stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

uznał się za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, zawarcie pomiędzy:

1. „(...)A. z siedzibą w S.,
2. T. D. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S.,
3. M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: ZAKŁAD (...) z siedzibą w C.,

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług związanych z bieżącym utrzymaniem - dróg: polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanych w 2013 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań celem doprowadzenia do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 10 września 2013 roku,

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w zakresie określonym w punkcie I, nałożył na:

1. (...)A. z siedzibą w S. **karę pieniężną** w wysokości 153.937,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt trzy tysiące dziewięćset trzydzieści siedem złotych) płatną do budżetu państwa,

2. T. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S. **karę pieniężną** w wysokości 355.985,00 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt pięć złotych) płatną do budżetu państwa,

M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: ZAKŁAD (...) z siedzibą w C. karę pieniężną w wysokości 6.451,00 zł (słownie: sześć tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych) płatną do budżetu państwa.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia P. UOKiK wskazał, że w niniejszej sprawie, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej został naruszony interes publicznoprawny, polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenia funkcjonowania systemu zamówień publicznych. W interesie publicznym leży natomiast istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych, zaś działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny. Jak wskazał, porozumienia cenowe należą do najcięższych naruszeń konkurencji, gdyż naruszają w ostateczności interes ogólnospołeczny. Rynkiem właściwym produktowo na którym doszło do naruszenia reguł konkurencji jest w ocenie organu, rynek świadczenia usług związanych z bieżącym utrzymaniem dróg. Prowadzenie działalności w zakresie świadczenia usług związanych z bieżącym utrzymaniem dróg wymaga posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Na ww. rynku nie istnieją bariery dostępu do przetargów organizowanych w różnych rejonach Polski. Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest natomiast w ocenie Prezesa UOKiK rynek krajowy. W ocenie Prezesa UOKiK, strony niniejszego postępowania zawarły porozumienie polegające na ograniczaniu ofert przetargowych. Porozumienie polegało na uzgodnieniu treści ofert oraz zachowania w toku organizowanych w 2013 r. przez GDDKiA oddział w P. oraz oddział w S. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie dróg celem doprowadzenia, przy zaistnieniu ku temu sposobności, do ograniczenia ofert przetargowych oraz spowodowania, że zamawiający byłby zmuszony do wyboru najdroższej oferty z ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania. W ocenie Prezesa UOKiK,

nieprawidłowe uzupełnienie ofert przez M. D. oraz (...) (nadesłanie nieaktualnych zaświadczeń w odpowiedzi na wezwanie GDDKiA oddział w S.), pomimo dysponowania przez strony aktualnymi zaświadczeniami, które zostały przedłożone przez ww. przedsiębiorców kilkanaście dni wcześniej w przetargu organizowanym przez GDDKiA oddział w P., wskazuje wyraźnie na zamiar zrealizowania porozumienia ograniczającego konkurencje w postaci ograniczania ofert przetargowych.

Pomiędzy stronami niniejszego postępowania występują ściśle powiązania osobiste tj. T. D. jest ojcem P. D. – Prezesa Zarządu (...), a M. D. jest żoną P. D..

Za istnieniem koordynacji zachowań stron niniejszego postępowania antymonopolowego przemawia ponadto treść ofert złożonych przez przedsiębiorców w przetargach, które mają prawie identyczną treść ofert oraz wskazują na niespotykane w warunkach konkurencji zachowanie (...), która dążyła do umożliwienia T. D. oraz M. D. złożenia konkurencyjnych wobec (...) ofert w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez GDDKiA. Spośród postępowań na utrzymanie dróg organizowanych przez GDDKiA później zostało zakończone postępowanie prowadzone przez GDDKiA oddział w S., w którym to postępowaniu rozstrzygnięcie oraz wykluczenie stron niniejszego postępowania nastąpiło dnia 10.09.2013 r. W tych okolicznościach, zdaniem Prezesa UOKiK należałoby przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem 10.09.2013 r.

Prezes UOKiK stwierdził, że zawarte przez T. D., M. D. oraz (...) porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i stopień naruszenia interesu publicznoprawnego Prezes UOKiK uznał za uzasadnione i celowe nałożenie na strony niniejszego postępowania kary pieniężnej.

Okolicznością obciążającą było w ocenie Prezesa UOKiK przyjęcie w trakcie przetargów odpowiedniej taktyki działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, przy jednoczesnym stwierdzeniu braku okoliczności łagodzących w sprawie. Ustalone kary pieniężne spełnią zdaniem Prezesa UOKiK wobec przedsiębiorców rolę zarówno represyjną, jak i prewencyjną w celu zapobieżenia stosowania podobnych naruszeń, w połączeniu z funkcją edukacyjną i wychowawczą.

Odwołanie od powyższej decyzji złożył (...) **Spółka Akcyjna** (dalej (...)) zaskarżając ją w całości. Powód wniósł o uchylenie decyzji, ewentualnie o zmianę decyzji poprzez uchylenie kary pieniężnej lub zmniejszenie jej wysokości.

Przedmiotowej decyzji Powód zarzucił:

- 1) bezpodstawne uznanie, że spółka zawarła porozumienie ograniczające konkurencję,
- 2) naruszenie przepisów przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej;

W związku z powyższymi zarzutami, wniósł o:

1. Uchylenie decyzji w całości lub w części w zakresie pkt II ppkt 1 i uchylenie lub zmniejszenie wysokości kary.
3. Przesłuchanie P. D. jako strony w celu wykazania braku porozumienia pomiędzy spółką (...) a firmami Zakład (...), a także na okoliczność niesprawiedliwości kary, która może doprowadzić do upadłości spółki.

W ocenie Powoda, Prezes UOKiK nie przedstawił żadnych dowodów na zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję i oparł się jedynie na domniemaniach. Powód podkreślił przy tym, że przedłożenie nieaktualnych zaświadczeń w organizowanych przez GDDKiA przetargach wynikało z zaniedbań pracowników, a użyczenie wiedzy i doświadczenia miało na celu jedynie umożliwienie pozostałym wykonawcom startu w przetargu.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK (dalej też pozwany) wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołanie od przedmiotowej decyzji, w dniu 17 listopada 2014r. złożył także **T. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S. zaskarżając decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji T. D. zarzucił :

- dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez niewłaściwe ustalenie , że odwołujący, (...) i M. D. zawarli porozumienie ograniczające konkurencję,

- naruszenie art. 106 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niesłuszne uznanie , że kara w wysokości (...)przychodu odwołującego się za 2013r. jest ustalona prawidłowo i uwzględnia w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy , a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części dotyczącej pkt II ppkt 2 poprzez zaniechanie nałożenia kary pieniężnej na powoda , względnie obniżenie jej wysokości. Wniósł również o:

1) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków M. D. oraz P. D. na okoliczność:

braku zmywy pomiędzy Odwołującym a innymi wykonawcami uczestniczącymi w przetargach publicznych organizowanych przez GDDKiA Oddział S. i Oddział P., czynników wpływających na sposób kalkulacji cen przez poszczególnych wykonawców (Zakładu (...), P., (...) S.A.) w przetargach (...) Oddział S. i Oddział P., prawnych i faktycznych relacji rodzinnych pomiędzy wykonawcami, przyczyn nie uzupełnienia dokumentów przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

2) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem dowodu do przesłuchania Odwołującego na okoliczność braku zmywy pomiędzy Odwołującym a innymi wykonawcami uczestniczącymi w przetargach publicznych organizowanych przez GDDKiA Oddział S. i Oddział P., obiektywnych czynników wpływających na sposób kalkulacji cen przez poszczególnych wykonawców w przetargach GDDKiA Oddział S. i Oddział P. (Zakładu (...), P., (...) SA.), prawnych i faktycznych relacji rodzinnych pomiędzy wykonawcami, a także że zastosowana kara jest zbyt dotkliwa i ma na celu eliminację Odwołującego z rynku.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania ze względu na brak podstaw do jego uwzględnienia oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

W ocenie pozwanego , zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję zostało stwierdzone w zaskarżonej decyzji na podstawie szeregu okoliczności faktycznych, w tym min.:

1) sporządzenia przez członków porozumienia niemalże identycznych ofert, różniących się jedynie ceną;

2) korzystania z wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego tych samych podmiotów - (...) Sp. z o.o. i (...) J. P. mimo, że ani T. D., ani M. D. nigdy wcześniej nie współpracowali z tymi podmiotami;

3) udzieleniu potencjału technicznego przez (...) Sp. z o.o. dla trzech członków porozumienia na prośbę P. P. (...);

4) bezpłatnego udzielenia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kierowników utrzymania oraz zdolności kredytowej przez (...) konkurentom, co zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania było działaniem nieracjonalnym z punktu widzenia interesów Powoda;

5) w postępowaniu organizowanym przez GDDKiA Oddział :w S. wszyscy przedsiębiorcy złożyli nieaktualne zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego mimo, że takimi dokumentami dysponowali (złożyli je w postępowaniu organizowanym przez GDDKiA Oddział w P.);

6) pomiędzy członkami porozumienia występują najściślejsze związki osobowe -T. D. jest ojcem P. D. (P. (...)) oraz teściem M. D., która jest żoną P. D..

W ocenie P. UOKiK, powyższe okoliczności, brane pod uwagę łącznie, jednoznacznie wskazują, że (...) T. D. oraz M. D. uzgodnili treść składanych ofert oraz sposób zachowania w organizowanych przez (...) przetargach celem doprowadzenia do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który oferował najwyższą cenę.

Na rozprawie w dniu 13stycznia 2016r. Sąd na podstawie art. 219 kpc połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy z odwołań (...) Spółka Akcyjna (sygn. Akt XVIIAmA 158/14) oraz T. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „ P.H.U. (...)(Sygn. Akt XVII AMA 159/14) .

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W związku ze złożeniem przez GDDKiA oddział w P. oraz GDDKiA oddział w S. zawiadomień wskazujących, że przedsiębiorcy uczestniczący w organizowanych w 2013 r. przetargach na utrzymanie dróg mogli zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowieniem z dnia 5.11.2013 r. wszczął postępowanie wyjaśniające. celem wstępnego ustalenia, czy w związku z działaniami przedsiębiorców uczestniczących w przetargach na utrzymanie dróg organizowanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „GDDKiA”), mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm, dalej: „u.o.k.k.”).

Postanowieniem z dnia 14.03.2014 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia na rynku świadczenia usług utrzymania dróg porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. „ (...)A. z siedzibą w S. (dalej: (...)),
2. T. D. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: „ P.H.U. (...)" z siedzibą w S. (dalej: (...)),
3. M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: ZAKŁAD (...) z siedzibą w C. (dalej: (...))

polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanych w 2013 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań celem doprowadzania do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

T. D. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą: „ P.H.U. (...)" z siedzibą w S. na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest dostawa oleju opałowego, w tym do podmiotów publicznych takich jak gminy, jednostki wojskowe, szkoły itp. Przedsiębiorca nie prowadzi działalności polegającej na świadczeniu usług związanych z utrzymaniem dróg. (akta adm. k. 81, 347-456)

„ (...)A. z siedzibą w S. jest spółką wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m.in. działalność wytwórcza, handlowa i usługowa, w tym naprawa i konserwacja maszyn, roboty związane z budową dróg i autostrad oraz utrzymanie dróg. (...) dysponuje sprzętem potrzebnym do wykonywania usług polegających na utrzymaniu dróg, w tym m.in. solankami, pługami oraz posyparkami.

W dniu 20.05.2011 r. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa podjął decyzję o prywatyzacji (...) w trybie aukcji ogłoszonej publicznie. W toku ww. aukcji wybrana została oferta złożona przez T. D., który na podstawie umowy ze Skarbem Państwa z dnia 21.06.2011 r. nabył pakiet 42.255 akcji zwykłych imiennych, stanowiących (...) % kapitału zakładowego spółki za kwotę (...)zł.

Aktualnie T. D. posiada 1 akcję (...), natomiast pakiet 42.254 akcji został przekazany innej osobie fizycznej.

T. D. pełnił funkcję członka rady nadzorczej (...) a zrezygnował z tej funkcji w dniu 27.06.2013 r.

Od 2011 r. funkcję prezesa zarządu (...) pełni P. D., który jest synem T. D.. (akta adm. k. 348, 463, 456-463, 571-572, 612-615)

M. D. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD (...) z siedzibą w C. na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest budowa dróg oraz profilowanie i wałowanie dróg gruntowych.

M. D. jest żoną P. D. - prezesa zarządu (...) (pomiędzy małżonkami została zawarta umowa majątkowa małżeńska) oraz synową T. D..

W dniu 3.04.2013 r. GDDKiA oddział w P. ogłosiła przetarg na kompleksowe - całoroczne (zimowe i letnie) utrzymanie drogi ekspresowej (...) G. - P. (numer postępowania: GDDKiA/O-PO/R-2/2013).

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się przedsiębiorcy, którzy dysponowali m.in.:

- określoną wiedzą i doświadczeniem (wykonanie co najmniej 1 zadania polegającego na letnim utrzymaniu dróg na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł oraz co najmniej jednego zadania polegającego na zimowym utrzymaniu dróg na kwotę nie mniejsza niż 3.000.000,00 zł),
- odpowiednim potencjałem technicznym w postaci m.in. 6 solarek oraz 14 pługów odśnieżnych,
- doświadczonymi kierownikami utrzymania,
- środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł

(akta postępowania k. 619-628)

W odpowiedzi na ogłoszenie przetargu do zamawiającego wpłynęło 13 ofert, w tym oferty od T. D., (...) oraz M. D.. Pierwsze miejsce (jedyne kryterium stanowiła najniższa cena) zajęła oferta M. D., oferta (...) zajęła drugie miejsce, natomiast oferta T. D. — czwarte miejsce. (akta postępowania k. 633-635)

M. D. złożyła pismem z dnia 28.06.2013 r. ofertę zawierającą cenę w wysokości 24.882.140,84 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu M. D. powołała się na:

- wiedzę i doświadczenie:
 - (...) Sp. z o.o. w Ś. (dalej: (...); oświadczenie z 8.05.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla GDDKiA oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.) oraz (...)
 - (...) (oświadczenie z 17.05.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia usług dla GDDKiA oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013),
- potencjał techniczny:
 - J. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: (...)J. P. z siedzibą w M. (dalej: (...)), która zobowiązała się użyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,
 - (...), która zobowiązała się użyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

(...)która zobowiązała się użyć 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych,

- potencjał kadrowy użyty przez (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W.,
 - zdolność kredytową udostępnioną przez (...) w postaci zdolności kredytowej do wysokości 4.500.000,00 zł.

Do oferty M. D. załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach na dzień 22.02.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 21.02.2012 r. (akta postępowania k. 15-51)

T. D. pismem z dnia 28.06.2013 r. złożył ofertę zawierającą cenę w wysokości 28.552.697,79 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu T. D. powołał się na:

- wiedzę i doświadczenie:
 - (...) (oświadczenie z 25.06.2013 r. o udzieleniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla (...) oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.),
 - (...) (oświadczenie z 27.06.2013 r. o udzieleniu doświadczenia w postaci świadczenia usług dla (...) oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013),

- potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się użyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,

- (...), która zobowiązała się użyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

(...) która zobowiązała się użyć 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych

- potencjał kadrowy użyty przez (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W..

Do oferty T. D. załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 12.09.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione na dzień 15.11.2011 r.

(akta postępowania k, 52-86)

(...) pismem z dnia 27.06.2013 r. złożyła ofertę zawierającą cenę w wysokości 26.329.187,33 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu powołał się na:

- wiedzę i doświadczenie:

- (...) (oświadczenie z 8.05.2013 r. o udzieleniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla GDDKiA oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.),

(...) w postaci świadczenia usług dla GDDKiA oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013,

- potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się użyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,

- (...), która zobowiązała się użyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

-potencjał własny (...) w postaci: 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych,

• potencjał kadrowy (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W..

Do oferty (...) załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 26.03.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 26.03.2013 r.

(akta postępowania k. 87 - 123)

Pismem z dnia 17.07.2013 r. GDDKiA oddział w P. zwróciła się do M. D., T. D. oraz (...) o wyjaśnienie, czy między ww. przedsiębiorcami występują powiązania pozwalające uznać ich za członków jednej grupy kapitałowej.

Odrębnymi pismami z tego samego dnia GDDKiA wezwała ww. przedsiębiorców o nadesłanie zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach i zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, które to zaświadczenia spełniałyby wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zgodnie z punktem 9.3.3. i 9.3.4. SIWZ, do oferty winno zostać dołączone zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto, pismami z 17.07.2013 r. GDDKiA oddział w P. wezwała T. D., M. D. oraz (...) do przedstawienia kalkulacji zaoferowanej ceny celem wykazania, że nie stanowi ona ceny rażąco niskiej.

(akta postępowania k. 124, 128, 131,135, 138, 142, 623-624) '

W odpowiedzi na pismo GDDKiA oddział w P. T. D., M. D. oraz (...) potwierdzili występujące pomiędzy przedsiębiorcami powiązania osobowe jednakże wskazali, że nie tworzą oni jednej grupy kapitałowej i prowadzą działalność gospodarczą w sposób całkowicie odrębny. T. D. oraz (...) przesłały ponadto do (...) kopie protokołu walnego zgromadzenia akcjonariuszy (...) z dnia 27.06.2013 r., podczas którego T. D. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka rady nadzorczej spółki.

(akta postępowania k. 145, 163-165, 169-172-176)

W związku z wezwaniem do nadesłania aktualnych zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach i niezaleganiu z opłacaniem składek przedsiębiorcy nadesłali następujące dokumenty:

- M. D. pismem z dnia 22.07.2013 r. przesłała zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków wystawione na dzień 17.05.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na dzień 24.05.2013 r.,
- T. D. pismem z dnia 19.07.2013 r. przesłał zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 7.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 5.06.2013 X.,
- (...) pismem z dnia 22.07.2013 r. (błędnie datowanym na 22.03.2013 r.) przesłał zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 18.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 19.06.2013 r.

(akta postępowania k. 149-151, 156-159-161,189-192)

W odpowiedzi natomiast na wezwania (...) o złożenie wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny T. D., M. D. oraz (...) złożyli wyjaśnienia, które zostały przygotowane w bardzo zbliżony sposób -zawierają one te same punkty (podane ponadto w tej samej kolejności), które wskazują na czynniki brane pod uwagę przy kalkulacji ceny:

- 1) częstotliwość wyjazdu brygady patrolowej,
- 2) ilość barier wymienianych w skali roku,
- 3) kwoty za ustawienie nowych barier,
- 4) kwoty za utrzymanie obiektów inżynierskich,
- 5) dozór, sprzątanie i konserwację przy pomocy brygad interwencyjnych,
- 6) utrzymanie oczyszczalni ścieków, urządzeń ochrony środowiska,
- 7) utrzymanie punktów oświetleniowych,
- 8) zorganizowanie tymczasowego obwodu utrzymania drogi,
- 9) ilość koszeń w ciągu sezonu,
- 10) sposób wykorzystania sprzętu (ilość godzin oraz udział materiałów),
- 11) wykorzystanie sprzętu wymaganego przez zamawiającego. (akta postępowania k. 146-148, 167-168, 177-184)

Pismem z dnia 23.08.2013 r. GDDKiA Oddział w P. zwróciła się do oferentów z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. (akta postępowania k. 693)

Pismem z dnia 28.08.2013 r. GDDKiA oddział w P. poinformował uczestników postępowania, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa (...) z siedzibą w D., która to oferta zajęła pierwotnie trzecie miejsce. Oferty złożone przez M. D. (...)Z oraz T. D. (pierwotnie zajęły one odpowiednio: pierwsze, drugie oraz czwarte miejsce) zostały odrzucone, a wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania z powodu uznania przez Zamawiającego, że doszło między nimi do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu M. D., (...) oraz T. D. z powodu uznania, że zawarli oni porozumienie ograniczające konkurencję została przesłana do uczestników postępowania e-mailem w dniu 29.08.2013 r. (akta postępowania k. 11, 633-635, 696-704)

Pismem datowanym na dzień 28.08.2013 r. (...) poinformował (...) Oddział w P., że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz zwraca się z prośbą o zwrot wadium.

W dniu 29.05.2013 r. GDDKiA oddział w S. ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2013-2016 / trzy sezony zimowe/ w administracji (...) oddział w S. - 24 zadania”

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), (...) oddział w S. odstąpiła od wymogu opisu posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, wymogu wykazania wiedzy i doświadczenia oraz wymogu wykazania potencjału kadrowego. W ofertach wymagane było wykazanie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Na wykonanie poszczególnych zadań wpłynęło od 3 do 7 ofert, przy czym przedsiębiorcy mogli składać oferty na nieograniczoną ilość zadań.

M. D. pismem z dnia 12.07.2013 r. złożyła ofertę na zadania nr 12-14 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu M. D. powołała się na potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się do użyczenia 10 solarek oraz 20 pługów (oświadczenie z dnia 26.06.2013 r.),
- (...), która zobowiązała się do użyczenia 11 nośników do pługów i solarek (oświadczenie z 11.07.2013 r.).

Do oferty M. D. załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 22.02.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne - 21.02.2012 r. (akta postępowania k. 274-297)

T. D. pismem z dnia 15.07.2013 r. złożył ofertę na zadania nr 10, 12-17 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu T. D. powołał się na potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się do użyczenia 10 solarek oraz 20 pługów (oświadczenie z dnia 26.06.2013 r.),
- (...), która zobowiązała się do użyczenia 5 solarek, 20 pługów oraz 28 nośników do pługów i solarek (oświadczenie z 12.07.2013 r.).

Do oferty T. D. załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w opłacaniu podatków wystawione na dzień 12.09.2012 r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne na dzień 15.11.2011 r. (akta postępowania k. 211-242)

(...) pismem z dnia 15.07.2013 r. złożyła ofertę na zadania nr 10,12-17 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu, poza powołaniem się na własny potencjał techniczny, Spółka powołała się na potencjał techniczny (...), która zobowiązała się do użyczenia potencjału technicznego w postaci 10 solarek i 20 pługów (oświadczenie z 26.06.2013 r.).

Do oferty (...) załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w opłacaniu podatków wystawione na dzień 7.08.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne wystawione na dzień 7.08.2012 r. (akta postępowania k. 243-273)

Pismem z dnia 1.08.2013 r. GDDKiA oddział w S. wezwała T. D., M. D. oraz (...) do złożenia wyjaśnień co do ewentualnej przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

W odpowiedzi na wezwanie T. D. (pismem z dnia 2.08.2013 r.) oraz (...) (pismem z dnia 5.08.2013 r.) wskazali, że pomiędzy przedsiębiorcami nie zachodzą powiązania pozwalające uznać ich za członków jednej grupy kapitałowej, albowiem są to odrębne podmioty działające samodzielnie. Przedsiębiorcy przesłali do GDDKiA kopię protokołu walnego zgromadzenia akcjonariuszy (...) z 27.06.2013 r., podczas którego T. D. złożył rezygnację z pełnionej funkcji członka rady nadzorczej. (akta postępowania k. 298-303)

Z uwagi na fakt, że zgodnie z punktem 8.3.3. oraz 8.3.4. SIWZ, do oferty należało dołączyć zaświadczenia z urzędu skarbowego oraz z zakładu ubezpieczeń społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, pismami z 24.07.2013 r. (...) oddział w S. wezwała T. D., M. D. oraz (...) do nadesłania aktualnych zaświadczeń.

W odpowiedzi na wezwanie do nadesłania aktualnych zaświadczeń:

- M. D. pismem z 30.07.2013 r. przesłała zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione przez Urząd Skarbowy na dzień 26.02.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 24.05.2013 r.,

- (...), pismem z dnia 29.07.2013 r. przesyłała zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 18.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 26.03.2013 r.,
- T. D. przesłał pismem z 25.07.2013 r. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 7.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 5.06.2013 r.

(akta postępowania k. 304 - 314, 648-658)

M. D. oraz (...) przesłali zaświadczenia nie spełniające wymogu aktualności określonego w SIWZ (M. D. przesyłała nieaktualne zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, natomiast (...) przesyłała nieaktualne zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych). Przedsiębiorcy ci dysponowali aktualnymi zaświadczeniami, które zostały przesłane wcześniej w odpowiedzi na wezwania wysłane przez GDDKiA oddział w P. (M. D. przesyłała do (...) oddział w P. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 17.05.2013 r., natomiast (...) przesyłała zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 19.06.2013 r.).

W dniu 10.09.2013 r. nastąpiło rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. W przedmiotowym postępowaniu, po dokonaniu otwarcia ofert okazało się, że w zadaniach nr 12, 13, 14 strony postępowania zajęły trzy kolejne miejsca (M. D. zajęła 1 miejsce, (...) zajęła 2 miejsce, T. D. zajął 3 miejsce), natomiast w zadaniach nr 15 i 16 pierwsze miejsce zajął (...), a drugie miejsce zajął T. D. a w zadaniu nr 22 - 1 miejsce zajęła M. D. a 2 miejsce zajął (...).Masz.

W rozstrzygnięciu postępowania GDDKiA oddział w S. postanowiła wykluczyć oferty złożone przez T. D., M. D. oraz (...) z powodu uznania, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci zmowy przetargowej. W związku z powyższym za najkorzystniejsze zostały uznane oferty zawierające najniższą cenę, z pominięciem ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania.

(akta postępowania k. 317-326, 659-666)

Na wezwanie Prezesa UOKiK (...) Sp. z o.o. w Ł. wyjaśniła pismem z dnia 7.01.2014 r., że współpracowała w przeszłości z (...) w zakresie dotyczącym wzajemnego użyczenia sprzętu niezbędnego do przystąpienia do przetargów. W związku z powyższym sprzęt i doświadczenie zostało udostępnione (...) na potrzeby przetargu organizowanego przez (...) oddział w P. na zasadzie wzajemności, albowiem (...) udostępnił (...) sprzęt w przeszłości na potrzeby innego przetargu.

(...) wskazała, że nie współpracowała nigdy z M. D. oraz z T. D., a wiedza i doświadczenie oraz potencjał techniczny zostały użyczone na potrzeby przetargu organizowanego przez GDDKiA oddział w P. ww. przedsiębiorcom na prośbę P. D.. Ustalenia były dokonywane ze strony (...) z P. D.. Szczegółowe warunki współpracy z T. D. lub M. D. czy (...) miały zostać ustalone w przypadku wybrania określonej oferty za najkorzystniejszą. (akta postępowania k. 339-341)

(...) wyjaśniła pismem z dnia 16.01.2014 r., że głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest zakup i sprzedaż sprzętu do utrzymania dróg. (...) użyczyła potencjału technicznego T. D., (...) oraz M. D. na potrzeby przetargów organizowanych w 2013 r. przez GDDKiA oddział w P. oraz GDDKiA oddział w S. pod warunkiem wygrania przetargu. Ustalenie wynagrodzenia za użyczenie sprzętu miało nastąpić po podpisaniu umowy z zamawiającym. (akta postępowania k. 568-569)

T. D. wskazał pismem z dnia 30.12.2013 r., że nie współpracował z (...), czy też (...) a uzgodnienie zasad współpracy co do wynagrodzenia za użyczenie sprzętu miało się odbyć w terminie późniejszym. Podobnie, uzgodnienie wynagrodzenia za udostępnienie potencjału technicznego z (...) miało nastąpić w terminie późniejszym. (akta postępowania k. 347-348)

M. D. wskazała pismem z dnia 27.01.2014 r., że ustalenia z (...) oraz (...) dotyczące wynagrodzenia miały nastąpić po wygraniu przetargu. Udostępnienie wiedzy, sprzętu i zdolności finansowych przez (...) miało natomiast nastąpić bezpłatnie i bez wynagrodzenia. (akta adm. k. 571-572)

(...) wskazał pismem z dnia 31.12.2013 r., że nie współpracuje z (...), a potencjał techniczny miał zostać udostępniony na zasadzie wynajmu, lub sprzedaży po rozstrzygnięciu przetargu. Na etapie przygotowywania oferty nie uzgodniono ceny udostępnienia sprzętu. Podobnie, na etapie przygotowywania ofert nie było ustalane wynagrodzenia z tytułu udostępnienia doświadczenia oraz potencjału technicznego przez (...). (...) udostępniał T. D. oraz M. D. wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny na zasadach wynajmu, lecz nie było ustalane wynagrodzenie za powyższe udostępnienie. (akta adm. k. 456-463)

(...) osiągnął w 2013 r. przychód w wysokości (...)zł, przy czym dochód ze świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg stanowił prawie (...) przychodu przedsiębiorcy.

T. D. osiągnął w 2013 r. przychód w wysokości (...) zł, przy czym przedsiębiorca nie osiągnął przychodów z tytułu świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg. (akta adm. k. 607)

M. D. osiągnęła w 2013 r. przychód w wysokości (...) zł, przy czym przedsiębiorca nie osiągnął przychodów z tytułu świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg. (akta adm. k. 609-610)

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach sprawy administracyjnej, jak również w oparciu o dokumenty oraz zeznania świadków i stron przeprowadzone w toku postępowania przed sądem. Dowodom tym Sąd dał wiarę, za wyjątkiem twierdzeń M. D. i (...) Masz, w których wskazywali oni na inne niż porozumienie powody nieprawidłowego uzupełnienia ofert przetargowych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Stosownie do treści 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 ustawa okik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (zmowa przetargowa). Przy czym za porozumienie uważa się uzgodnienie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki (art.4 ust 5 pkt. b uokik).

Zakaz antykonkurencyjnych porozumień ma na celu przeciwdziałanie każdemu sztucznemu, wywołanemu czynnikami pozarynkowymi wpływowi na konkurencje.

Sąd co do zasady przychylił się do poglądów prawnych zawartych w decyzji pozwanego, że dla oceny danego zachowania pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji konieczna jest analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców, które muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź muszą zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.

Praktyka, którą pozwany uznał jako ograniczającą konkurencję, polegała na zawarciu porozumienia przez przedsiębiorców T. D., M. D. oraz (...) przystępujących do przetargów publicznych organizowanych w 2013 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg , polegającego na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań przetargowych poprzez składanie nieaktualnych zaświadczeń , co miało umożliwić przedsiębiorcom wycofanie się z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru tego z ww. przedsiębiorców , który zaoferował najwyższą cenę.

Przedsiębiorcy będący konkurentami, co do zasady nie mogą koordynować swoich rynkowych zachowań - prawo konkurencji surowo traktuje większość form ograniczania rywalizacji takich przedsiębiorców i zastępowanie jej

współpracą. Konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 11 ustawy oikik są przedsiębiorcy, którzy w tym samym czasie występują z ofertą zakupu lub sprzedaży towarów/usług na rynku właściwym. W ustalonym stanie faktycznym bezsporne było, że zarówno M. D., powód T. D. jak i powód (...) Masz są odrębnymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własne ryzyko, oferty przetargowe składali w tym samym czasie na te same ogłoszenia przetargowe - tym samym konkurując ze sobą o wygraną przetargów do których odrębnie przystępowali. Przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy oikik ze względu na pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy (art. 70¹ § 1 k.c.) przez wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Stąd też, zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu w trybie art. 7 ust. 1 ustawy oikik, spod zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy oikik (bagatelność na rynku właściwym) które to wyłączenie jest przewidziana dla innych form antykonkurencyjnego porozumienia. Jest to jeden z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień występujących w obrocie gospodarczym.

Ocenie prawnej podlegają zatem fakty, którym co do zasady żaden z powodów nie zaprzeczył a jedynie zakwestionowali ich ocenę, oraz czy fakty te ujęte w całość mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy- poprzez złożenie nieaktualnych zaświadczeń - dowód naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7. ustawy oikik.

Dokonując oceny zachowania przedsiębiorców Sąd zważył, że za istnieniem koordynacji ich działań przemawiają osobiste powiązania między przedsiębiorcami, treść i sposób przygotowania ofert a także zachowanie powodów i M. D. w toku postępowania przetargowego.

Sąd podziela wnioski do jakich doszedł Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji, że strony zawarły porozumienie, które miało prowadzić do ograniczenia ofert przetargowych a przy sprzyjających okolicznościach spowodować, że zamawiający wybrałby najdroższą ofertę z ofert złożonych przez strony postępowania. Dlatego też (...) czynił starania aby w tych samych przetargach uczestniczyli T. D. i M. D. na co wskazuje treść ofert a w szczególności fakt, iż obu przedsiębiorcom składającym konkurencyjne oferty (...) udzielił własnego doświadczenia, potencjału technicznego i kadrowego, bez których niemożliwy byłby ich start w przetargu. M. D. powołała się ponadto, składając swoją ofertę, na zdolności finansowe (...) w postaci udzielonej jej zdolności kredytowej do 4 500 000 zł a także oświadczyła, iż udzielenie jej przez (...) potencjału nastąpiło bezpłatnie. W obu postępowaniach przetargowych strony postępowania powoływały się ponadto na potencjał techniczny innych przedsiębiorców tj. (...) oraz (...), z którymi wcześniej współpracował (...). Z wyjaśnień złożonych przez (...) wynika, iż jego potencjał został udzielony pozostałym stronom na prośbę P. D.- Prezesa Zarządu (...). Sąd nie dał wiary w tym zakresie wyjaśnieniom M. D., że negocjacje z (...) w sprawie udzielenia wsparcia prowadziła samodzielnie, bez pośrednictwa (...), gdyż przeczą temu, ocenione jako wiarygodne wyjaśnienia złożone przez tego przedsiębiorcę w postępowaniu administracyjnym.

W ocenie Sądu zachowania (...) na etapie przygotowania ofert nie da się wytłumaczyć w inny sposób niż zawarciem przez strony niedozwolonego porozumienia. Nie jest bowiem zachowaniem typowym dla przedsiębiorcy rywalizującego na rynku z innymi przedsiębiorcami o wygraną przetargu, czynienie starań aby inni przedsiębiorcy (M. D. i T. D.) startowali w tym samym przetargu składając konkurencyjne oferty. Trudno wytłumaczyć względami ekonomicznymi bezpłatne udzielanie potencjału konkurentom oraz pośredniczenie w rozmowach z innymi przedsiębiorcami, którzy mieliby udzielić potencjału umożliwiającego start jego konkurentom w przetargach organizowanych przez GDDKiA. W związku z zawarciem porozumienia oferty M. D., T. D. i (...) Masz były niemalże identyczne, ponieważ powoływały się na ten sam potencjał techniczny i kadrowy a różnice dotyczyły zaoferowanej ceny.

Uzgodnienie treści ofert wiązało się, ściśle z uzgodnieniem przez strony wzajemnego zachowania w trakcie przetargów. Załączenie do ofert nieaktualnych zaświadczeń z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków oraz z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek a także nieuzupełnienie tych braków na wezwanie zamawiającego bądź ich nieprawidłowe uzupełnienie, świadczy o zamierzonym przez strony manipulowaniu ofertami, tak aby doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród złożonych przez uczestników porozumienia. W postępowaniu przetargowym prowadzonym przez GDDKiA oddział w S. nieprawidłowe

uzupełnienie ofert przez M. D. i (...) Masz i doprowadzenie przez to do wykluczenia ich ofert spowodowałyby wybranie na pięć zadań oferty T. D. , która łącznie (co do pięciu zadań) była wyższa od najniższych ofert złożonych przez M. D. oraz (...) o ponad 4 miliony złotych. Wskazane przez M. D. i (...) przyczyny nieprawidłowego uzupełnienia ofert na wezwanie zamawiającego, nie są dla Sądu przekonujące. Przedsiębiorca przystępujący do przetargu jest zainteresowany wygraniem go ponieważ spodziewa się korzyści ekonomicznych , których osiągnięcie jest celem prowadzonej działalności gospodarczej , dlatego też racjonalny przedsiębiorca decydując się na udział w przetargu bardzo starannie przygotowuje ofertę a w przypadku gdy wystąpią błędy bądź braki oferty niezwłocznie je uzupełnia. W omawianym przypadku przedsiębiorcy dysponowali aktualnymi zaświadczeniami, które składali we wcześniejszym przetargu organizowanym przez oddział w P. a zatem z łatwością mogli prawidłowo uzupełnić ofertę. Także w postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez oddział GDDKiA w P. strony dołączyły do składanych ofert nieaktualne zaświadczenia, co zdaniem Sądu świadczy także o zamiarze realizacji porozumienia polegającego na ograniczeniu ofert przetargowych.

Złożenie przez strony w obu przetargach nieprawidłowych zaświadczeń a także nieprawidłowe uzupełnienie ofert w trakcie postępowania organizowanego przez GDDKiA w S. nie jest wytłumaczalne w żaden inny sposób jak tylko zamiarem wpłynięcia na ostateczny wynik przetargów. Zdaniem Sądu po ogłoszeniu wyniku przetargu, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu dochodziło do koordynacji ich zachowań w celu ograniczenia ofert i spowodowania aby zamawiający był zmuszony , ze względu na kryterium cenowe , do wybrania oferty najdroższej z ofert złożonych przez strony postępowania.

W ocenie Sądu zawarcie przez strony porozumienia ograniczającego konkurencję zostało stwierdzone na podstawie szeregu wskazanych wyżej okoliczności , które wzięte łącznie pod uwagę jednoznacznie wskazują , że M. D. , T. D. i (...) Masz uzgodnili treść składanych ofert oraz sposób zachowania się w organizowanych przez (...) przetargach w celu doprowadzenia do wyboru tego z ww. wymienionych przedsiębiorców , który zaoferował najwyższą cenę.

Taka synchronizacja działań przedsiębiorców, których łączą relacje rodzinne i biznesowe nie może być zwykłym zbiegiem okoliczności, gdyż przypadkowość aż w takim zakresie jest nieprawdopodobna. Powyższe okoliczności pozwalają Sądowi na ustalenie z pełnym przekonaniem, że doszło do naruszenia przez powodów art 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Przy czym należy zgodzić się z Prezesem UOKiK, że w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji. Nie jest więc konieczne aby porozumienie wywarło skutek polegający na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji.

W tych okolicznościach Sąd doszedł do przekonania, że strony zawarły porozumienie o jakim mowa w decyzji, ograniczając tym samym konkurencję.

Sąd zważył, że orzeczona wobec każdego z przedsiębiorców kara jest karą odpowiednią i podzielił stanowisko Prezesa UOKiK dotyczące przesłanek wymiaru nałożonej kary uznając je za prawidłowe. W szczególności Sąd podziela pogląd, że kara, której podstawę wymierzenia stanowi art. 106 ust 1 pkt 1 uokik ma spełniać funkcje prewencyjno-wychowawcze, co oznacza, że powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Kara ta w myśl powołanego wyżej przepisu może zostać nałożona w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeśli przedsiębiorca choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 uokik.

Uwzględniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, jak tego wymaga art. 111 uokik, Sąd doszedł do przekonania, że właściwe było przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że stwierdzone porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, chociaż nie eliminowało ono konkurencji, gdyż na rynku na którym zostało zawarte nie występują znaczące bariery wejścia na rynek. Jednocześnie porozumienie nie wywarło skutku na rynku właściwym, gdyż strony niniejszego postępowania zostały wykluczone z udziału w postępowaniu przetargowym. Prawidłowe także było zakwalifikowanie działania każdego z powodów jako działania umyślnego, gdyż wobec wyeliminowania przypadkowości w działaniach powodów, oczywistym było, że porozumienie

miało charakter umyślny, gdyż wymagało skoordynowanych działań każdego ze zmawiających się przedsiębiorców a powodowie uzgodnili taki sposób działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił okoliczność, iż T. D. nie osiągnął w 2013r. przychodów z rynku właściwego, co spowodowało zmniejszenie wyliczonej kary nałożonej na tego przedsiębiorcę.

Dlatego ustalenie kar dla - (...) na poziomie (...) zł co stanowi (...) przychodu uzyskanego w 2013r. i 12,1% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik oraz dla T. D. w wysokości (...) zł stanowiącej (...) przychodu za 2013r oraz 7,3 % kary maksymalnej należało uznać za adekwatne do znacznego stopnia naruszenia reguł konkurencji.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powodów w całości w oparciu o art. 479^{31 a} § 1 k.p.c., wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c. obciążając nimi w całości powodów stosownie do wyniku sporu na podstawie 98 § 3 k.p.c i Zgodnie z art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. do kosztów tych zaliczono koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

SSO Hanna Kulesza