

**Sygn. akt XVII AmA 27/19**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 15 grudnia 2021 roku**

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Jolanta Stasińska

Protokolant: stażysta Magdalena Ratajczyk

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2021 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołań: (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołań (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 czerwca 2019 roku, Nr (...)

1. oddala odwołanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.,
2. oddala odwołanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.,
3. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
4. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia SO Jolanta Stasińska

Sygn. akt XVII AmA 27/19

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 25 czerwca 2019 roku nr (...) orzekł:

Stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369),

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

- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. i
- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku transportu drogowego towarów, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez (...) S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)” nr (...).

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

- 1) 17.403,00 zł (słownie: siedemnastu tysięcy czterystu trzech złotych) na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.,
- 2) 146.946,00 zł (słownie: stu czterdziestu sześciu tysięcy dziewięciuset czterdziestu sześciu złotych) na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.,

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.) w związku z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

- 1) 70,00 zł (słownie: siedemdziesięciu złotych) – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.,
- 2) 70,00 zł (słownie: siedemdziesięciu złotych) – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.,

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

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

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1/. obrazę przepisów postępowania a to: art. 7 kpa , art 77 kpa i art. 107 kpa, a polegające na braku dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy i błędnej oceny zebranych w sprawie dowodów, co doprowadziło Prezesa Urzędu do wadliwego ustalenia, że zaistniały przesłanki wymierzenia kary pieniężnej w wysokości 146 946 zł z powodu zmowy przetargowej, a które to uchybienia miały istotny wpływ na treść zaskarżonej decyzji, skoro przy prawidłowym zastosowaniu przepisów postępowania, kara taka nie powinna być zastosowana, względnie nałożona kara pieniężna na powoda nie powinna być tak rażąco surowa,

2/. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 106 ust. 1 pkt w zw. z art. 10 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz U z 2019 poz. 369 ) - na skutek ich błędnej wykładni i nieprawidłowego zastosowania na skutek wymierzenia powodowi kary pieniężnej w kwocie 146 946 zł, podczas gdy prawidłowa ich wykładnia i zastosowanie tego przepisu prowadzi do wniosku przeciwnego, a w takim przypadku nie powinno dojść do nałożeniu kary pieniężnej na powoda, względnie kara taka nie powinna być rażąco wygórowaną,

3/. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 12 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 ro ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U z 2019 poz. 369) poprzez braku jego zastosowania i zaniechania wymierzenia powodowi kary pieniężnej, a poprzestanie na zastosowaniu wobec powoda określonych zobowiązań i nałożeniu obowiązków zaniechania, zgodnie z tym przepisem .

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

1/ uchylenie zaskarżonej decyzji w całości względnie i umorzenie postępowania, względnie uchylenie zaskarżonej decyzji w całości zastosowaniu wobec powoda określonych zobowiązań i nałożeniu obowiązków zaniechania, zgodnie z art. 12 ust. 1 Ustawy,

2/ o zasądzenie na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych, a nadto

3/ o przeprowadzenie w toku postępowania na rozprawie przez Sąd dowodu z wszystkich dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania Prezesa Urzędu sygn. RKT (...) i w tym celu zażądania przedłożenia tych akt Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w tym zwłaszcza z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a to dla wykazania, że powód nie dopuścił się zarzucanej, niedozwolonej praktyki zmowy przetargowej oraz dla wykazania, że wymierzona kara pieniężna jest nieuzasadniona, oraz że została wymierzona w zbyt rażącym wymiarze, bez uwzględnienia jakichkolwiek okoliczności łagodzących oraz niesłusznym uznaniu okoliczności obciążających.

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

Pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w decyzji.

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 28/19 powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. zaskarżył wyżej wymienioną decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1) obrazę przepisów postępowania, poprzez naruszenie przepisów art.7 kpa, art.77 kpa, oraz art. 107 kpa, polegającego na braku wnikliwego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy i błędnej oceny zebranych materiałów w sprawie, co doprowadziło do nałożenia na odwołującą kary pieniężnej, a które to dowody miały istotny wpływ na wynik postępowania,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art.106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art.10 ust. oraz art.6 ust.pkt.7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, na skutek ich błędnej wykładni, co skutkowało nałożeniem na odwołującą kary pieniężnej, podczas, gdy prawidłowa ich wykładnia oraz prawidłowe zastosowanie powyższych przepisów doprowadziłyby do nienałożenia kary na odwołującą.

Z uwagi na powyższe wniósł o:

1. zwrócenie się i przeprowadzenie dowodu ze wszystkich akt sprawy zgromadzonych przez Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów w W. Delegatura w K. w sprawie (...), w celu wykazania, że wszelkie dowody zgromadzone w sprawie wskazują, że odwołująca nie dopuściła się zarzucanej niedozwolonej praktyki, a co za tym idzie, nie powinna zostać obciążona karą, gdyż jest ona w tym przypadku nieuzasadniona,

2. uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, ewentualnie umorzenie postępowania,

3. zasądzenie na rzecz odwołującej kosztów postępowania.

W sprawie o sygn. akt XVII AmA 28/19 pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji.

Postanowieniem z dnia 28 lipca 2021 roku, na podstawie art. 219 Sąd zarządził połączenie sprawy o sygn. akt XVII AmA 28/19 ze sprawą o sygn. akt XVII AmA 27/19 do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia i prowadzenie dalej sprawy pod sygn. akt XVII AmA 27/19.

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

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

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem (...). (...) została zarejestrowana w 2002 r. /k. 33-40 akt o sygn. XVII AmA 28/19/

Powstała jako spółka pracownicza na bazie pracowników KWK (...). Zajmowała się wyłącznie świadczeniem usług przewozu towarów samochodami ciężarowymi. /k. 696 akt adm./ Spółka posługuje się licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy udzieloną w 2009 r. /k. 1211 akt adm./. (...) oferowała usługi wyłącznie kopalniom należącym do (...) S.A. (dalej (...) S.A.) odpowiadając na ogłoszenia o przetargach /k. 696 akt adm./. (...) posiadała samochody ciężarowe o ładowności od 1,5 tony do 25 ton oraz samochody osobowe i osobowo-towarowe do zapewnienia sprawnej realizacji umów /k. 708-709 akt adm./

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) pod numerem (...). (...) została zarejestrowana w 2002 r. /38-55/ Spółka dysponuje licencją na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy udzieloną jej w 2003 r. oraz licencją na wykonywanie międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy udzieloną w 2004 r. /k. 1228-1229 akt adm./ Spółka wywodzi się ze sprywatyzowanego działu transportu (...). Do 2004 r. (...) prowadziła działalność w zakresie transportu krajowego, międzynarodowego, świadczenia usług sprzętem ciężkim oraz obsługi kopalnianych placów składowych. W 2004 r. działalność została rozszerzona o prace górnicze w kopalniach węgla kamiennego polegające głównie na drażeniu wyrobisk górniczych. Dodatkowo od 2013 r. (...) w porozumieniu z producentem (...) rozpoczęła produkcję kombajnów górniczych chodnikowych. Większość (ok. 90 %) usług świadczonych przez (...) wykonywanych jest na rzecz podmiotów sektora górniczego, tj. (...) S.A., (...) S.A., (...) Sp. z o.o., Spółka (...) S.A. (...) oferuje kopalniom takie usługi, jak:

- wykonywanie prac dołowych przy użyciu własnego sprzętu oraz z własną załogą, w szczególności w zakresie drażenia wyrobisk górniczych, przebudowy wyrobisk górniczych, obsługi energomechanicznej kopalń, zbrojenia i likwidacji ścian, obsługi ścian itp.,

- prace sprzętem ciężkim budowlanym (wynajem sprzętu ciężkiego budowlanego wraz z operatorem), tj. spycharkami, ładowarkami, koparkami, dźwigami,

- usługi transportowe,

- obsługa placów składowych. /k. 688 akt adm./

Głównym przedmiotem działalności (...) są prace dołowe polegające w szczególności na drażeniu lub przebudowie wyrobisk górniczych przy użyciu własnego sprzętu (głównie kombajnów chodnikowych) oraz z własną załogą górniczą. Poza robotami dołowymi (...) ma podpisane umowy na usługi oraz obsługuje sprzętem ciężkim Zakłady

(...) (zwałowiska węgla), jak również obsługuje place składowe w (...) S.A. (...), gdzie korzysta z takiego sprzętu transportowego, jak np. ładowarki kołowe, dźwigi typu P.. /k. 688 akt adm./

(...) świadczyła również usługi transportu samochodowego – krajowego i zagranicznego, m.in. w kraju na rzecz (...) S.A., zagranicą - na podstawie zleceń spedytorów. (...) wykonywała usługi przewozu (transportu) towarów na obszarze wskazanym przez podmioty składające zamówienie, tj. zarówno w kraju (głównie na terenie województwa (...) i częściowo (...)), jak i zagranicą. W przypadku wykonywania prac na rzecz podmiotów z branży węglowej transport odbywał się na terenie zakładu pracy oraz w najbliższej okolicy. Odbiorcą usług przewozu świadczonych przez (...) mógł zostać każdy zainteresowany. (...) wysyłała swoje oferty w zakresie usług transportowych do różnych podmiotów instytucjonalnych. Otrzymywała również oferty na świadczenie usług przewozu towarów zarówno od podmiotów instytucjonalnych, jak i prywatnych. /k. 688 akt adm./

(...) oferowała usługi przewozu (transportu) towarów kopalniom i startowała w przetargach na te usługi organizowanych przez spółki węglowe. Oferty (...) dla górnictwa obejmowały usługi przewozu (transportu) towarów wykonywane samochodami dostawczymi ciężarowymi skrzyniowymi, samowładowczymi, ciągnikami siodłowymi z naczepami, o ładowności od 09T do 24T. W latach 2012-2016 (...) realizowała umowy na usługi przewozu (transportu) towarów dla spółek węglowych, przy czym dwie z nich realizowała w ramach konsorcjum z (...). /k. 688-692 akt adm./

12 lutego 2016 r. (...) S.A. ogłosił przetarg nr (...) pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)”. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę: 6.284.650 zł. Przedmiotem zamówienia był wynajem pojazdów do transportu towarów wraz z kierowcą i usługi w zakresie transportu drogowego. Usługi obejmowały:

- przewóz drobnych elementów mechanicznych, komisji odbioru technicznego i pracowników Działu Kontroli Jakości (samochód dostawczo-osobowy),
- przewozy wewnątrzzakładowe i pomiędzy szybami kopalni materiałów górniczych, łącznie z przewozem butli z gazami technicznymi, wszelkie przewozy awaryjne części maszyn i urządzeń górniczych (samochód dostawczo-osobowy),
- transport części maszyn i urządzeń oraz pozostałych materiałów kopalni, łącznie z przewozem gazów technicznych (samochód dostawczy o ładowności min. 1,5 t z otwieranymi burtami i z plandeką),
- usługi transportowe zewnętrzne oraz wewnątrzzakładowe między szybami peryferyjnymi w zakresie przewozu materiałów sypkich, odpadów produkcyjnych w tym złomu, przewóz maszyn i urządzeń górniczych (samochód ciężarowy o ładowności 12 t z wywrotem i otwieranymi burtami),
- transport materiałów i urządzeń między magazynami kopalni a oddziałami i szybami peryferyjnymi łącznie z ich ładowaniem i rozładowaniem przy pomocy żurawia (samochód ciężarowy skrzyniowy z żurawikiem ładunkowym o ładowności 10-15 t),
- transport materiałów i urządzeń z magazynów kopalni do oddziałów i na szyby peryferyjne łącznie z dostawą materiałów od dostawców zewnętrznych, transport sekcji obudowy ścianowej zgodnie z bieżącymi potrzebami kopalni (samochód ciężarowy skrzyniowy o ładowności min. 15 t i długości skrzyni ładunkowej min. 6 m),
- przewóz obudowy prostej, długich elementów stalowych i materiałów masowych, maszyn i urządzeń górniczych łącznie z obudową ścianową (samochód ciągnik siodłowy z naczepą skrzyniową o ładowności 20-25 t),
- przewóz mialu węglowego pomiędzy składowiskami wewnątrz kopalni oraz wywóz mułów z osadników (samochody samowładowcze 3 lub 4-ro osiowe o ładowności 15-20 t),
- przewóz mialu węglowego pomiędzy składowiskami wewnątrz kopalni (samochód ciągnik siodłowy z naczepą typ wanna o ładowności 20-25 t).

Termin wykonania zamówienia wynosił 24 miesiące od daty zawarcia umowy.

/k.135-139, 140-162 akt adm./

W postępowaniu wpłynęło 7 ofert, a ich otwarcie odbyło się 25 marca 2016 r. Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 7.730.100 zł brutto. Oferty złożyli następujący wykonawcy, ze wskazaniem następujących cen brutto:

1. „M.- (...)” (...). – 13.404.382,56 zł
2. (...) – 10.701.147,60 zł,
3. Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. M., (...) Sp. z o.o. M., (...)M. – 9.848.688,72 zł,
4. (...) - 9.674.127,12 zł,
5. (...) – 9.104.115,60 zł,
6. (...) – 8.586.669,36 zł,
7. Usługi (...). – 8.384.255,00 zł.

Dwaj wykonawcy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu i zostali z niego wykluczeni. Byli to: Usługi (...). Pozostali wykonawcy spełnili wymagane warunki udziału w postępowaniu i dostarczyli dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków. Wśród wykonawców, którzy złożyli ważne oferty były (...) i (...). (...) złożyła ofertę z ceną wynoszącą 9.104.115,60 zł brutto, a(...) z ceną 9.674.127,12 zł brutto. W celu w celu wyboru najkorzystniejszej oferty (gdyż w postępowaniu złożone zostały co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu), w dniu 9 maja 2016 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna z udziałem pięciu wykonawców, w tym (...) i (...). Aukcja trwała od godziny 9.00 do 16.39.

/k. 27-28, 1120-1124 akt adm./

W toku aukcji elektronicznej prowadzonej na Portalu Aukcji Publicznych (...) zamawiający na bieżąco przekazywał każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy składali kolejne korzystniejsze postąpienia od swojej oferty podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej zamawiający nie ujawnił informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Wykonawcy składali postąpienia widząc w Portalu własną cenę, liczbę punktów otrzymanych przez ich ofertę i pozycję względem najkorzystniejszej oferty. /k. 703 akt adm./

W pierwszej fazie aukcji postąpienia wynosiły 10.000 zł lub ich wielokrotność, albo były bardziej zróżnicowane, wynosiły np. 39.812,04 zł albo 12.414,35 zł. Takich zróżnicowanych postąpień w tej fazie aukcji złożył najwięcej (...). Uczestnicy aukcji oferowali kolejne, korzystniejsze dla zamawiającego warunki wykonania zamówienia. 100 punktów oznaczało, że w danym momencie jest to oferta z najkorzystniejszą ceną. Jeszcze przed upływem 15 minuty aukcji jeden z wykonawców złożył ostateczne postąpienie, kolejny przestał licytować po 40 minutach od rozpoczęcia aukcji. W ciągu półtorej godziny oferowane ceny zostały obniżone o ok. 1,5 mln zł, a postąpienia wynosiły już tylko 10.000 zł lub wielokrotność tej kwoty. O godz. 10.26 (...) i (...) po raz pierwszy w wyniku postąpienia zaoferowały tę samą cenę, którą była kwota 7.540.000,00 zł. Od momentu pozostania w aukcji trzech wykonawców, w tym (...) i (...), sytuacja ta zaczęła się coraz częściej powtarzać. Postąpienia wynosiły nadal 10.000 zł lub wielokrotność tej kwoty. Od godziny 13.23 wszyscy trzej wykonawcy licytowali obniżając cenę swojej oferty o 10.000 zł, przy czym (...) i (...) robiły to tak, że co do zasady jedna z tych spółek obniżała cenę o 10.000 zł, następnie druga robiła to samo i wyrównywała najkorzystniejszą ofertę, a w efekcie oferty z obniżoną ceną obu spółek miały taką samą punktację (100 pkt). Przez kolejne godziny (...) i (...) licytowały obniżając ceny o 10.000 zł do tego samego poziomu osiągając kolejne „remisy”. Postępowały tak dopóty, dopóki oferowaną przez nich cenę w tej samej wysokości, przebił trzeci wykonawca. O godzinie 16:38 wykonawca

E zaproponował 5.706.666,35 zł, o godzinie 16.39 (...) i (...) przebiły jego ofertę proponując 5.700.000,00 zł i na tym aukcja zakończyła się. /k. 1120-1124 akt adm./

Najkorzystniejszą ceną uzyskaną w wyniku aukcji była kwota 5.700.000 zł brutto. Zaoferowali ją dwaj wykonawcy - (...) i (...). W tej sytuacji zamawiający postanowił zwrócić się na podstawie art. 91 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2018, poz. 1986 z późn. zm.) do (...) i (...) o złożenie oferty dodatkowej /k. 47, 49 akt adm./. 13 maja 2016 r. otwarto oferty dodatkowe i zamawiający stwierdził, że ww. wykonawcy złożyli oferty zawierające identyczną cenę – 5.699.982,36 zł brutto (4.634.132,00 zł netto) /k. 26 akt adm./

Stawki jednostkowe netto w ofertach dodatkowych (...) i (...) złożonych w przetargu nr (...) są niższe od cen jednostkowych przedstawionych w formularzu cenowym – załączniku do oferty złożonej przez te spółki w odpowiedzi na ogłoszenie (...) S.A. o tym przetargu. Stawki jednostkowe netto zł/godz. jazdy w ofertach dodatkowych (...) i (...) były w przypadku obu spółek identyczne lub różniły się o 50 groszy. / k. 112-131 i 91-111, 43-44, 45 akt adm./

Ponieważ w przetargu nr (...) złożone zostały oferty dodatkowe o takiej samej cenie zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych unieważnił to postępowanie i 27 maja 2016 r. powiadomił wykonawców o tym fakcie. /k. 28, 39, 40-41 akt adm./

Konsekwencją unieważnienia przetargu nr (...) pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)” było ogłoszenie 17 czerwca 2016 r. nowego przetargu na usługi związane z przewozem towarów dla (...) nr (...). /k. 18, 462-466, 467-488 akt adm./ W przetargu wpłynęło 5 ofert, w tym oferty (...) i (...). /k. 410, 412-431, 432-453, 454 akt adm./

W dniu 21 października 2016 r. w ramach ww. przetargu odbyła się aukcja elektroniczna. W toku aukcji dwaj wykonawcy wylicytowali identyczną cenę brutto 6.961.739,98 zł. Byli to (...) i (...). Obie oferty uzyskały 100 punktów i zamawiający postanowił zwrócić się do obu wykonawców o złożenie oferty dodatkowej na podstawie art. 91 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. /k. 554 akt adm./

28 października 2016 r. zamawiający otworzył oferty dodatkowe. Oferta (...) zawierała cenę brutto w wysokości 6.394.079,23 zł / k. 563-564 akt adm./, a oferta (...) cenę brutto w wysokości 6.064.943,04 zł. /k. 561 -562 akt adm./ Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta (...) i z tym wykonawcą zamawiający zawarł umowę z terminem realizacji przedmiotu umowy wynoszącym 24 miesiące. /565 akt adm./

(...) S.A. w sytuacji, wyczerpania się zakresu finansowego umowy, w ramach której realizowano usługi, lub gdy przetarg na udzielenie zamówienia na określone usługi został unieważniony, a zachodziła potrzeba zapewnienia tych usług, zawierał umowę w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki) z wykonawcą świadczącym dotychczas wymienione usługi. Zasady udzielania zamówień awaryjnych opisane były w Regulaminie udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 25 ust. 2 c Regulaminu zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji udokumentowanego zagrożenia awarią, katastrofą lub udokumentowanego wystąpienia tych zdarzeń zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi lub grożących powstaniem szkody w znacznych rozmiarach związanej z utrzymaniem ciągłości ruchu zakładu górniczego. Regulamin był ogólnie dostępny na stronie internetowej (...). / k. 641, 646-647, 1265, 1280 akt adm./

Już w trakcie trwającego przetargu nr (...) zakres finansowy umowy nr (...) zawartej przez (...) S.A. (...) w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) wyczerpał się i usługi związane z przewozem towarów zostały zabezpieczone poprzez zawarcie przez kopalnię w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki), krótkoterminowej umowy nr (...) z 24 lutego 2016 r. z podmiotem świadczącym dotychczas wymienione usługi, tj. konsorcjum (...) (lider) i (...) (wartość umowy do 1.450.000 zł). /k. 164-173 akt adm./

Zamówienie zostało udzielone zgodnie z Regulaminem udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującym w (...) S.A., na podstawie zgody Kierownika Ruchu Zakładu

(...) z 22 lutego 2016 r. oraz oferty wykonawcy z 18 lutego 2016 r. 55% przedmiotu umowy zrealizowała (...), a 45% (...). (...) uzyskała wynagrodzenie w wysokości 650.101,15 zł netto, a (...) – 795.272,52 zł netto . /k. 702, 709 akt adm./

Z uwagi na unieważnienie przetargu nr (...) i trwającą procedurę wyboru wykonawcy oraz w związku z koniecznością zabezpieczenia ciągłości ruchu zakładu górniczego, kopalnia zawarła kolejną umowę w trybie „awaryjnym” (zamówienie z wolnej ręki) nr (...) z 14 czerwca 2016 r. z podmiotem świadczącym dotychczas wymienione usługi, tj. konsorcjum (...) i (...) (wartość umowy netto do 1.650.000 zł) . /k. 174-183 akt adm./ Zamówienie zostało udzielone zgodnie z ww. Regulaminem, na podstawie zgody Kierownika (...) z 13 czerwca 2016 r. oraz oferty wykonawcy z 8 czerwca 2016 r. 85% przedmiotu tej umowy zrealizowała (...), a 15% (...). Wynagrodzenie (...) wyniosło 1.384.902,45 zł netto. (...) wystawiła faktury na 254.654,21 zł netto. /k. 703, 709 akt adm./

Następnie, 21 października 2016 r., (...) S.A. (...) zawarła z konsorcjum (...) i (...) jeszcze jedną umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki - umowę nr (...), która obowiązywała do 30 listopada 2016 r. Umowa opiewała na 1.200.000 zł netto. Wykorzystano z niej 568.131,33 zł, z czego (...) w październiku 2016 r. wykonał usługi o wartości 147.802,92 zł. /k. 1209-1210, 1225 akt adm./

Umowy awaryjne zawarte zostały na warunkach określonych w umowie nr (...) z 13 lutego 2014 r., tj. umowie zawartej przez zamawiającego z konsorcjum tworzonym przez (...) i (...), którego oferta została wybrana w przetargu nr (...) przeprowadzonym przez (...) S.A. w 2013 r. Termin realizacji ww. umowy z 2014 r. wynosił 36 miesięcy od daty jej zawarcia . /k. 184-189 akt adm./

Po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”) postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 23 stycznia 2018 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez:

- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. (zwana dalej (...)) i

- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (zwana dalej (...))

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku transportu drogowego towarów, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez (...) S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)” nr (...), co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W postanowieniu przedstawiono budzące wątpliwości zdarzenia i zachowania stron postępowania w ww. przetargu. Wyjaśniono także, że ustalone okoliczności przedmiotowego przetargu nr (...) pt. „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)” mogą wskazywać, że dwóch przedsiębiorców, tj. (...) i (...), dokonało między sobą uzgodnień mających na celu doprowadzenie do jego unieważnienia, aby doprowadzić do sytuacji, w której (...) S.A., w związku z koniecznością powtórzenia procedury przetargowej i potrzebą zabezpieczenia ciągłości ruchu zakładu górniczego, będzie zmuszony do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług przewozu towarów dotychczasowemu wykonawcy tych usług, czyli konsorcjum tworzonym przez (...) i (...). Strony postępowania zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego i poinformowane o możliwości odniesienia się do postawionych zarzutów. /k. 2-5, 6-7 akt adm./

(...) przedstawiła odpowiedź na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w piśmie z 7 lutego 2018 r. /k. 662-664 akt adm./, a (...) w piśmie z 12 lutego 2018 r. /k. 668-680 akt adm./

W 2018 r. (...) przestała prowadzić działalność transportową. Następnie z dniem 1 czerwca 2019 r. zawiesiła działalność i podjęła przygotowania do likwidacji. /k. 1375 akt adm./

W piśmie z dnia 30 października 2018 roku (...), w odpowiedzi na pytanie dlaczego zakończyła udział w aukcji przeprowadzonej przez zamawiającego na poziomie 5.700.000 zł brutto, stwierdziła, że każda kolejna obniżka ceny oznaczała wykonywanie umowy ze stratą, a kwota ta była wyliczona jako graniczna nie przynosząca zysku,

ale też nie generująca strat. Kwota 5.700.000 zł brutto, jako próg rentowności została ustalona na podstawie zestawienia dotychczas ponoszonych kosztów. W odpowiedzi na pytania jak ustaliła ten próg rentowności i czy przed przystąpieniem (...) do aukcji w ramach przetargu (...) w celu ustalenia progu rentowności przygotowała kalkulację, (...) wskazała, że zestawiono koszty pracowników, paliwa, utrzymanie taboru samochodowego, podatki i opłaty oraz niewielki zysk, jako źródło utrzymania firmy i administracji. Zestawienie to nie zachowało się. /k. 1209-1210 akt adm./

W piśmie z dnia 2 listopada 2018 roku (...) wskazała, że osoby odpowiedzialne z Działu Transportu uznały, że kwota 5.700.000 zł jest ceną, za którą (...) jest w stanie zrealizować zadanie. Każde kolejne postąpienie obarczone byłoby ryzykiem niewykonania zadania lub wykonaniem zadania ze znaczną stratą finansową. W odpowiedzi na pytanie dlaczego zdecydowała się na skalkulowanie oferty dodatkowej w ramach przetargu (...) w oparciu o ceny jednostkowe zaokrąglone do pełnych złotych lub 50 groszy (...) stwierdziła, że osoby przygotowujące ofertę z Działu Transportu nie mogły zaproponować ceny odbiegającej od ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej. Cena 5.700.000,00 zł brutto była według osób opracowujących kosztorys pierwszą możliwą do osiągnięcia poniżej tej kwoty. Zaokrąglenie cen było zaś najłatwiejszą formą wyliczenia ceny jak najbardziej zbliżonej do 5.700.000,00 zł brutto. /k. 1224-1227 akt adm./

W piśmie z 15 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania Szczegółowe uzasadnienie zarzutów (zwane dalej (...)). W (...) został przedstawiony ustalony stan faktyczny oraz zaprezentowana jego ocena prawna. Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nałożyć kary pieniężne. Strony postępowania zostały poinformowane w (...) o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu. /k. 1327-1342 akt adm./

(...) odniosła się do (...) w piśmie z 30 kwietnia 2019 r. (...) przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z 7 maja 2019 r. /k. 1351-1369, 1371-1373 akt adm./

Strony postępowania pismem z 24 maja 2019 r. zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Z tego prawa nie skorzystały.

W 2018 r. (...) uzyskała obrót w wysokości (...)zł / k. 1321 akt adm./. (...) w 2018 r. uzyskała obrót w wysokości (...) zł /k. 1378 akt adm./.

W dniu 25 czerwca 2019 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...). /k. 1398-1419 akt adm./

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

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

Odwołania są niezasadne i dlatego nie zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na charakter niniejszego postępowania, zainicjowanego na skutek odwołań od decyzji, podnoszone przez powodów zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa procesowego tj. art. 7, 77 i 107 k.p.a. należało uznać za całkowicie bezzasadne. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, gdyby nawet doszło do naruszenia przepisów procedury, to nie mają one wpływu na rozstrzygnięcie wydane przez Sąd. Jak wskazał SN w wyroku z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 „Jurysdykcyjna funkcja Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może sprowadzać się tylko do oceny legalności decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Sąd ten powinien dążyć do ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, a następnie dokonać ich prawnej oceny w zakresie zasadności odwołania.” W przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd rozpoznaje sprawę merytorycznie. Mając bowiem na względzie charakter postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, postępowanie niniejsze tj. z odwołania od decyzji Prezes UOKiK ma charakter postępowania rozpoznawczego, pierwszoinstancyjnego i kontradiktoryjnego.

Mając na względzie wymogi odwołania przyjęte przez ustawodawcę, odwołanie odpowiada konstrukcji pozwu w ogólnym postępowaniu cywilnym, bowiem wymagania odnoszące się do odwołania (art. 479<sup>28</sup> § 3 k.p.c.) są zbliżone do wymagań pozwu (art. 187 k.p.c.), a ponadto odwołanie, podobnie jak pozew, uruchamia postępowanie sądowe w pierwszej instancji. W świetle powyższego przyjąć należało, że zastosowanie znajdą również reguły dowodzenia w procesie cywilnym. W konsekwencji, obowiązek przedstawienia dowodów w niniejszym postępowaniu również spoczywał na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywał na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. Skoro zatem odwołanie łączy w sobie cechy nie tylko środka zaskarżenia, ale też powództwa, strony przede wszystkim w ramach realizacji zasady kontradyktoryjności mogą przedstawiać dowody, co niewątpliwie strony uczyniły, powołując się na dowody z dokumentów.

Kolejnym zarzutem, podniesionym przez odwołującego się (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej: (...)), było naruszenie 12 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U z 2019 poz. 369, dalej „uokik”) poprzez brak jego zastosowania i zaniechania wymierzenia powodowi kary pieniężnej, a poprzestanie na zastosowaniu wobec powoda określonych zobowiązań i nałożeniu obowiązków zaniechania, zgodnie z tym przepisem.

Zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 uokik, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że zostały naruszone zakazy, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tych zakazów, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. W przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszania zakazów, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio. Zgodnie z ust. 4 tego przepisu, w przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, nie stosuje się przepisów art. 10, art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 106a, z zastrzeżeniem ust. 7. Redakcja art. 12 ust. 1 uokik nie pozostawia zatem wątpliwości, że wskazane przesłanki wydania takiej decyzji muszą być spełnione łącznie, a jednym z podstawowych warunków jej wydania jest uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że zostały naruszone zakazy. Jak zasadnie zauważył pozwany, konieczne jest zatem, aby decyzja zobowiązująca wydawana była na etapie uprawdopodobnienia, nie zaś udowodnienia.

Jak wskazuje się w doktrynie: „(...) art. 12 ust. 1 musi być interpretowany w ten sposób, że wskazana w nim decyzja zobowiązująca może być wydana jedynie w toku postępowania antymonopolowego. Przepisy o postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie dopuszczają możliwości, by tego rodzaju decyzja kończąca postępowanie antymonopolowe była wydana poza tym postępowaniem (zob. art. 47–49). W szczególności decyzja zobowiązująca nie może być wydana w postępowaniu wyjaśniającym, które w myśl art. 48 ust. 3 jest kończone w drodze postanowienia.” (T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. wyd. 2, Warszawa 2014). Jak natomiast zasadnie wskazał pozwany zarówno w zaskrzonyj decyzji, jak również w odpowiedzi na odwołanie, postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte w 23 stycznia 2018 r., a postanowieniem z 23 stycznia roku oraz postanowieniem z 23 marca 2018 r. zaliczono w poczet materiału dowodowego informacje i dokumenty zebrane w postępowaniu wyjaśniającym w tej sprawie, w zakresie wskazanym opisanym w postanowieniach, świadczące o zawarciu porozumienia. Wobec powyższego, ocena zasadności wydania decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do podjęcia określonych działań należała do Prezesa UOKiK, w ramach jego dyskrecyjnej władzy, jako organu regulacyjnego. Jak zasadnie wskazał Sad Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 stycznia 2016 r. sygn. akt VI ACa 1872/14: „Wydanie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów leży w granicach uznania administracyjnego, co oznacza, że to organ antymonopolowy decyduje, czy w wyniku prowadzonego postępowania wyda decyzję na podstawie art. 12, czy też art. 11 ww. ustawy. Nawet w przypadku, gdy wszystkie przesłanki z art. 12 przedmiotowej ustawy są spełnione, to podjęcie decyzji o ewentualnym zastosowaniu tego przepisu należy do dyskrecyjnej władzy organu regulacyjnego. W przypadku najcięższych porozumień ograniczających konkurencję (tj. takich do których nie ma zastosowania wyłączenie, o którym mowa w art. 7 ww. ustawy), uznaje się co do zasady, iż przepis art. 12

też ustawy nie powinien mieć zastosowania. Prezes Urzędu decyduje więc w każdej konkretnej sprawie jakie środki będą najbardziej optymalnie służyły nadrzędnemu celowi, jakim jest ochrona konkurencji na rynku.” (Legalis, Nr 1461152). Z powyższych względów, zarzut powoda o naruszeniu art. 12 uokik, poprzez jego niezastosowanie okazał się bezzasadny.

Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zarzutem podniesionym przez obu powodów, był zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt w zw. z art. 10 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, na skutek ich błędnej wykładni i nieprawidłowego zastosowania na skutek wymierzenia powodowi kar pieniężnych, odpowiednio w kwotach: 146.946,00 zł oraz 17.403,00 zł, podczas gdy prawidłowa ich wykładnia i zastosowanie tego przepisu prowadzi do wniosku przeciwnego, a w takim przypadku nie powinno dojść do nałożeniu kary pieniężnej na powodów, względnie kara taka nie powinna być rażąco wygórowaną. Powodowie wskazali przy tym, że pozwany, jak sam wskazał w zaskarżonej decyzji, nie dysponował bezpośrednimi dowodami zмовy, a z dowodów pośrednich wysnuł nieuprawnione i nielogiczne wnioski.

Powód (...) wskazał, że Prezes Urzędu, który na podstawie zespołu poszlak wywnioskował, że w toku aukcji w przetargu zorganizowanym w 2016 r przez (...) SA pod nazwą „ Świadczenie usług związanych z przewozem towarów w (...) SA (...)” nr (...) powodowie uzgodnili warunki złożonych ofert, popełnił zasadniczy błąd logiczny - wyprowadzając końcowy wniosek ze skutków do przyczyn. W ocenie powoda, jest to zasadniczy błąd Prezesa Urzędu, gdyż logicznie jest poprawne wnioskowanie odwrotne czyli z przyczyn do skutków. Tego rodzaju wadliwe wnioskowanie jest oczywiste, gdy prześledzi się tok rozumowania Prezesa Urzędu, z którego wynika niezbitcie, że wychodząc ze skutku tj. z tego, że powodowie spółki podały identyczne kwoty w aukcji o godz. 16.39 w dniu 9 maja 2016 r., to tym samym było to z pewnością wynikiem zмовy cenowej tych przedsiębiorców .

W odniesieniu do powyższego powodowie wskazali przede wszystkim, że aukcja elektroniczna była prowadzona w formie licytacji w dół z minimalnym postąpieniem nie mniejszym niż 10 000 zł, który z uczestników dał najniższą cenę w danym momencie był wskazywany jako uzyskujący 100 punktów, a licytacja polegała na oferowaniu najniższej łącznej ceny brutto. Wskazali też, że w aukcji, zgodnie z jej warunkami wszyscy uczestnicy byli zanonimizowani, tak więc żaden z uczestników aukcji nie znał do kogo należy dana oferta cenowa, a w trakcie aukcji wyświetla się cena najkorzystniejszej oferty jako 100 punktów, a zatem powodowie, jako uczestnicy mieli informacje tylko co do własnej oferty podanej w punktach oraz najkorzystniejszej oferty mającej 100 punktów i w żadnym razie nie znali treści oferty cenowej innego licytanta, czy też jego punktacji. Wykonawcy składali postąpienia widząc w portalu własną cenę, liczbę punktów otrzymanych przez ich ofertę i pozycję względem najkorzystniejszej oferty. Wskazali też na okoliczność, że aukcja w decydujących momentach dla jej rozstrzygnięcia toczyła się bardzo dynamicznie i polegała na podawaniu coraz niższej ceny brutto dla całości oferty, tak więc było całkowicie niewykonalnym i nierealnym ustalenie jej poprzez przeliczanie poszczególnych pozycji ofert rodzajowych usług transportowych i sumowanie poszczególnych pozycji, lecz koniecznością stała się licytacja sumą łączną brutto przy przyjęciu konkretnej sumy postąpienia w dół. Powodowie wskazali, że dokonując w licytacji elektronicznej w danym momencie postąpienia w dół o sumę 10 000 zł nie wiedzieli oferty, którego z innych uczestników licytacji jest najkorzystniejsza oraz na jaką sumę opiewa taka oferta. Powodowie mieli tylko informacje o ilości punktów jaką ma najkorzystniejsza oferta. W przekonaniu powodów, zakończenie licytacji złożeniem dwóch jednakich ofert i zaprzestaniem dalszego postąpienia licytacji w dół nie może być poczytywane, jako zмова przedsiębiorców. Ponadto, w ocenie odwołującej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. (dalej: (...)), aukcja nie powinna stwarzać takich możliwości, system nie powinien pozwolić na składanie takich samych ofert, nie przyjmować ich i wymuszać tym samym konieczność złożenia niższej oferty.

W odniesieniu do powyższego wskazać przede wszystkim należy, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r. uznał za dopuszczalne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję (III SK, LEX nr 354144). W

orzecznictwie wskazuje się również, że istnienie porozumienia należy oceniać na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, przesłanek i rezultatów, których łączne wystąpienie wskazuje na zawarcie niedozwolonego porozumienia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.04.1996r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, nr 9 poz. 124). Mając powyższe na względzie należy zauważyć przede wszystkim, że powodowie nie kwestionowali udziału w przedmiotowym przetargu, ani też jego przebiegu, w szczególności dokonywania przez powodów poszczególnych postąpień w toku aukcji elektronicznej w dniu 9 maja 2016 roku. Zachowania powodów w toku tej aukcji zostały zarejestrowane (k. 1120-1124 akt adm.). Podniesiony przez powodów zarzut braku możliwości wzajemnego kontaktu podczas przedmiotowej aukcji, we wskazanym przez powodów kontekście jej dynamicznego przebiegu jest niezrozumiały. W przekonaniu Sądu, dynamiczność rozwoju wypadków w toku aukcji elektronicznej jest zjawiskiem typowym, co z pewnością nie było dla powodów, jako przedsiębiorców biorących w niej udział żadnym zaskoczeniem. Wskazywanie przez powodów na brak możliwości kontaktu pomiędzy nimi w toku aukcji, jest niewiarygodny, wobec aktualnych możliwości kontaktu przy pomocy różnego rodzaju urządzeń elektronicznych. Ponadto, z treści wskazanej wyżej „Informacji o przebiegu aukcji elektronicznej” wynika jednoznacznie, że w końcowej fazie aukcji, gdy oprócz powodów pozostał już tylko jeden wykonawca, powodowie czynili postąpienia wynoszące 10.000,00 zł, w wyniku których osiągnęli „remis” w aukcji, a zaprzestali kolejnych postąpień tuż po ostatnim postąpieniu trzeciego wykonawcy składając identyczne oferty z ceną wynoszącą 5.700.000 zł brutto, które otrzymały 100 punktów od zamawiającego. To z kolei oznaczało, że były najkorzystniejszymi ofertami w aukcji. Z powyższego ewidentnie wynika, że powodowie brali udział w aukcji dopóty, dopóki brał udział trzeci wykonawca. Oczywiście konsekwencją złożenia najkorzystniejszych ofert o tej samej wartości, było wezwanie powodów do złożenia ofert dodatkowych. Co istotne, ogólna wartość ofert dodatkowych złożonych przez obu powodów była również taka sama: 5.699.982,36 zł. Stawki jednostkowe w ofertach dodatkowych były bądź identyczne, bądź różne o zaledwie 50 groszy. Jak zasadnie zauważył pozwany w treści zaskarżonej decyzji, jakkolwiek stosowanie cen jednostkowych netto zł/godz. jazdy zaokrąglonych do pełnych złotych lub do 50 groszy często występuje w cennikach usług przewozu materiałów oferowanych przez wykonawców spółkom węglowym, to żadna ze spółek, do których zwrócił się o informacje Prezes Urzędu nie wskazała, że taki sposób kształtowania cen jednostkowych był narzucany wykonawcom w formie zapisów lub wytycznych, np. w formularzach ofertowych. Wykonawcy podawali stawki jednostkowe netto zł/t, zł/km, zł/godz. zgodnie z własnym uznaniem (k. 1130, 1139, 1263 akt adm.). Wskazywane w toku postępowania administracyjnego okoliczności przez powoda (...), że „każdy wlicza koszty pracy samochodu i widocznie są one podobne” jak również, że złożył ofertę dodatkową z ceną 5.699.982,36 zł brutto ponieważ tak ją skalkulował i nie jest w stanie wyjaśnić dlaczego (...) złożyła ofertę dodatkową z dokładnie taką samą ceną – nie stanowią racjonalnego wyjaśnienia przyczyn tego stanu rzeczy. Powód(...) również nie wyjaśnił w oparciu o jakie przesłanki zdecydował się na obniżenie poszczególnych stawek jednostkowych. Stwierdził natomiast, że dział transportu zaproponował najniższe z możliwych stawek, za jakie powód mógł zrealizować zadanie. Nie należy tu tracić z pola widzenia okoliczności, w postaci pozyskania przez powodów (działających jako konsorcjum w związku z wyczerpaniem się zakresu finansowego umowy na usługi przewozu towarów dla (...) zawartej w wyniku poprzedniego przetargu o nr (...) zamówienia z wolnej ręki tj. umowy nr (...) zawartej 24 lutego 2016 r. (k. 164-173 akt adm.) na podstawie oferty konsorcjum z 18 lutego 2016 r., co miało miejsce po ogłoszeniu 12 lutego 2016 r. przetargu nr (...), a przed otwarciem ofert w tym przetargu wyznaczonym na 25 marca 2016 r. Bezsporne było też to, że konsorcjum tworzone przez powodów, w związku z koniecznością unieważnienia przez zamawiającego przetargu nr (...), uzyskało kolejne dwa zamówienia z wolnej ręki (jako dotychczasowy wykonawca dla KWK (...) usług objętych przedmiotem zamówienia - umowa nr (...) z 14 czerwca 2016 r. o wartości netto do 1.650.000 zł (k. 174-183 akt adm.) i umowa nr (...) z 21 października 2016 r. o wartości netto do 1.200.000 zł (k. 1209, 1225, 648-653). Umowy awaryjne zawarte zostały z konsorcjum z udziałem powodów: (...) i (...) na warunkach określonych w umowie z 13 lutego 2014 r. zawartej w wyniku przetargu (...) (k. 184-189, 244-252 akt adm.), która przewidywała korzystne dla konsorcjum stawki jednostkowe netto, w większości pozycji wyższe od stawek jednostkowych z ofert dodatkowych złożonych w ostatnim etapie przetargu nr (...). Należy tu podkreślić, że powyższe okoliczności dotyczące zawarcia wskazanych umów i wysokości stawek wynikają wprost z treści wskazanych dokumentów, jak również nie były przez powodów w żaden sposób kwestionowane. W świetle powyższego, wbrew twierdzeniom powodów, doświadczenia powoda (...) zdobyte podczas udziału w przetargu nr (...) na świadczenie usług związanych z przewozem towarów w (...) S.A. (...) miało znaczenie. Powyższy przetarg został unieważniony przez zamawiającego, z powodu złożenia przez wykonawców ofert dodatkowych z taką samą ceną (k. 614-618 akt adm.), co doprowadziło do przedłużenia przez (...) S.A.

terminu obowiązywania umowy z dotychczasowym wykonawcą usług objętych przedmiotem tego przetargu (k. 593 akt adm.). Z powyższego wynika zatem bezsprzecznie, że powodowie, na długo przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu z 2016 roku nr (...) współpracowali już wcześniej i znane im były zasady pozyskiwania umów w trybie awaryjnym. Oczywistym jest, że proponowanie coraz to niżej wartości jest ograniczone do pewnego poziomu, poniżej którego zrealizowanie zadania bez straty nie będzie możliwe. Skutek konsekwentnego dalszego obniżania ofert w końcowej fazie aukcji w postaci rezygnacji przez trzeciego wykonawcę był zatem do przywidzenia. Doprowadzenie do unieważnienia przetargu, poprzez złożenie ofert dodatkowych również na identyczną wartość, dawało powodom realną możliwość realizacji zadania – po znacznie wyższych stawkach, niż w ofertach dodatkowych, o czym wyżej była już mowa. Oczywistym jest ponadto, że kopalnia (...) musi mieć zapewnione usługi przewozu towarów oraz, że w przypadku zaistnienia takiej konieczności, zamówienie zostanie udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy usług. Regulamin udzielania zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązujący w (...) S.A. przewidywał takie rozwiązanie, a jak już wyżej wskazano, powód (...) o tym wiedział. Znajomość tego rodzaju „procedury” była też stronom znana, z uwagi na fakt udzielania przez (...) S.A. zamówień z wolnej ręki jeszcze przed otwarciem ofert w przetargu nr (...). Zasadnie też zauważył przy tym pozwany, że złożenie przez powodów dwóch odrębnych ofert dawało im możliwość kontrolowania przebiegu aukcji elektronicznej, unieważnienia przetargu i w konsekwencji uzyskania zamówienia z wolnej ręki - czyli możliwości pozyskania zamówienia i jego realizacji według wyższych stawek. Należy tu również dodać, że trudno przyjąć, aby składanie ofert zarówno w aukcji elektronicznej, jak i ofert dodatkowych o tej samej wartości było dziełem przypadku, nie zaś skutkiem wzajemnych uzgodnień. Nielogiczne są zatem wywody powodów, że nie mogli wiedzieć jak zachowa się zamawiający, w sytuacji unieważnienia przetargu nr (...). Oczywistym skutkiem działania w postaci uzgodnienia przez powodów warunków składanych ofert było „wykluczenie” innych przedsiębiorców z konkurencji o wykonanie przedmiotowego zadania, jak również ze szkodą dla zamawiającego, ze względu na brak realnej możliwości wybrania najkorzystniejszej oferty. Rację miał zatem pozwany, że zachowanie powodów: (...) i (...) w przetargu nr (...) było wynikiem niedozwolonego porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji. Z powyższych względów zasadnie przyjął pozwany, że cel porozumienia powodów został osiągnięty, poprzez zawarcie (wskutek unieważnienia przetargu) w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy w dniu 14 czerwca 2016 roku nr (...). Z tym też dniem praktyka została zaniechana.

Z powyższych względów niezasadne okazały się zarzuty powodów, co do braku wnikliwego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, prowadzącego pozwanego do błędnego przekonania o istnieniu zmywu przetargowej. W świetle powyższego, zasadnie przyjął pozwany, że powodowie dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku transportu drogowego towarów, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu zorganizowanym w 2016 r. przez (...) S.A. pod nazwą „Świadczenie usług związanych z przewozem towarów (...) S.A. (...)” nr (...).

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

Wbrew twierdzeniom powodów zasadnie przyjął pozwany, że powodowie działali z powziętym z góry zamiarem oraz, że jest to naruszenie bardzo poważne, bowiem jest to zмова przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję, a w konsekwencji uzasadnione było przyjęcie kwoty wyjściowej będącej

podstawą dla ustalenia wysokości kary w przypadku obu powodów jako 1,1% obrotu. W doktrynie przyjmuje się bowiem trzy kategorie naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe, a także, że do naruszeń bardzo poważnych należą „(...) przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji (w tym porozumienia cenowe, zmywy przetargowe, podział rynku oraz kolektywne bojkoty), wertykalne porozumienia cenowe funkcjonujące w praktyce jako kartele, w których producenci pełnią funkcję "nadzorców" porozumienia, oraz przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku” ( J. Krüger, E. Wardęga, Komentarz do art.111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [w:] Stawicki A. (red.), Stawicki E. (red.), Baehr J., Błachucki M., Feliszewski T., Komorowska P., Krüger J., Kulczyk W., Kwieciński T., Prętki M., Radwański M., Turno B., Wardęga E., Wędrychowska-Karpińska A., Wiercińska-Krużewska A., Wierciński A., Witkowska A., Zawłocka-Turno A., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, WK, 2016). Nie sposób też odmówić racji pozwanemu w zakresie uwzględnienia okoliczności, że rynek krajowy rynek transportu drogowego jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców, a także to, że porozumienie zostało faktycznie wprowadzone w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu. Jak już wyżej o tym była mowa, powyższe pociągnęło również za sobą negatywne skutki dla zamawiającego, któremu w wyniku zachowania powodów objętego zarzutem w przetargu nr (...) nie udało się wyłonić wykonawcy usług przewozu towarów dla (...) i musiał skorzystać z rozwiązania awaryjnego, aby zabezpieczyć te usługi dla kopalni. W sposób prawidłowy pozwany uwzględnił również przy wymiarze kary wartość obrotu powoda (...) (k. 1320 akt adm.) związanego ze świadczeniem usług transportu na rynku krajowym w 2018 roku (w odróżnieniu od powoda (...), powód (...) nie dokonał takiego rozgraniczenia). Pozwany uwzględnił też okoliczność, że porozumienie trwało krócej niż rok i miało jednorazowy charakter. Nie było to zatem porozumienie długotrwałe. Należało też uwzględnić, że powodowie nie byli dotychczas ukarani za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. W ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności łagodzące. Mając zatem powyższe na względzie przyjąć należało, że nałożone przez pozwanego kary w wysokości 146.946,00 zł (...) i 17.403,00 zł (...) są adekwatne do przedmiotowego naruszenia. Zasadnie pozwany dokonał stosownego przełożenia natury naruszenia na wysokość nałożonych kar.

Powodowie nie wykazali zatem w żaden sposób, aby zachodziły jakiegokolwiek przesłanki skutkujące obniżeniem nałożonych przez pozwanego kar pieniężnych na powodów, w tym obniżeniem kary wobec powoda (...) do wysokości 50.000,00 zł (k. 127). Powodowie w toku niniejszego postępowania nie wykazali również, aby nałożone kary wpłynęły znacząco na ich sytuację finansową. W konsekwencji przyjąć należało, że kary wskazane w punkcie II.1 I II.2 zaskarżonej decyzji są adekwatne do zakresu stwierdzonego naruszenia, będą również odpowiednio odczuwalne, na tyle dolegliwe, aby spełniły swoje funkcje. Będą na tyle odczuwalne dla powodów, aby spełniły swoje funkcje represyjną i zapobiegawczą sprawiając, że powodowie, jako podmioty ukarane będą stosowały się do obowiązującego porządku prawnego, a także wychowawczą oddziałując zniechęcająco na innych przedsiębiorców do podejmowania działań niezgodnych z prawem.

Z powyższych względów, odwołania jako bezzasadne podlegały oddaleniu na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c.

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

Sędzia SO Jolanta Stasińska