

Sygn. akt XVII AmA 43/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia, 29 września 2015 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Hanna Kulesza

Protokolant: sekretarz sądowa Irmina Bartochowska

po rozpoznaniu 17 września 2015 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **P. S.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych: Ł. R., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania P. S. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r.

1. oddała odwołanie,
2. zasądza od powoda P. 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 43/14

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją nr (...) z 31 grudnia 2013 r. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) , uznał za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, poprzez zawarcie przez:

1. Ł. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) Firma Handlowo- Usługowa (...) w G.,
2. P. S. prowadzącego działalności gospodarczą pod nazwą (...) w L.,
3. (...) Sp. z o.o. w P.,
4. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp.k. w P.,

5. (...) Sp. z o.o. w P.,

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto P., czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta P., co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny

- i stwierdził jej zaniechanie stosowania z dniem 29 stycznia 2013 r.

W drugim punkcie decyzji na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów umorzył postępowanie antymonopolowe przeciwko H. S. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...) Firma Handlowo-Uslugowa w P. w sprawie podejrzenia zawarcia przez Ł. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) Firma Handlowo – Usługowa (...) w G., P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w L., (...) Sp. z o.o. w P., (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp. k. w P. oraz (...) Sp. z o.o. w P. porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto P., czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta P., co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W punkcie trzecim na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za stosowanie zakazanej praktyki określonej w punkcie pierwszym decyzji nałożył kary pieniężne na :

1. Ł. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) Firma Handlowo - Usługowa (...) w G., karę pieniężną w wysokości 3.794,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote), płatną do budżetu państwa
2. P. S. prowadzącego działalności gospodarczą pod nazwą (...) w L. karę pieniężną w wysokości 3. 259,00 zł (słownie: trzy tysiące dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych) płatną do budżetu państwa,
3. (...) Sp. z o.o. w P., karę pieniężną w wysokości 41.428,00 zł (słownie: czterdzieści jeden tysięcy czterysta dwadzieścia osiem złotych), płatną do budżetu państwa,
4. (...) Sp. z o.o. w P., karę pieniężną w wysokości 126.220,00 zł (słownie: sto dwadzieścia sześć tysięcy dwieście dwadzieścia złotych), płatną do budżetu państwa,
5. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Sp. k. w P., karę pieniężną w wysokości 3.152,00 zł (słownie trzy tysiące sto pięćdziesiąt dwa złote), płatną do budżetu państwa.

(decyzja k. 4-21 akt sądowych)

Od w/w decyzji P. S. prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą (...) (dalej: „powód”) wniósł odwołanie zaskarżając rozstrzygnięcie co do popełnionego czynu i wymiaru kary.

Decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że pomiędzy powodem (P. S.) a pozostałymi stronami postępowania, tj. (...) Sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. sp.k. i Ł. R. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez ww. podmioty warunków ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P.”, w celu podziału tego lokalnego rynku usług, poprzez nieuwzględnienie, iż:

1) powód mógł korzystać z potencjału podmiotów trzecich, stosownie do brzmienia art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych a tym samym jego działania były zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nie mogły nosić znamion niedozwolonych praktyk, czy porozumień w rozumieniu ww. ustawy,

2) działania powoda miały obiektywne uzasadnienie gospodarcze, w tym przede wszystkim ekonomiczne i nie było jego celem i skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji, gdyż wybór określonej części zamówienia (VIII), na którą powód złożył ofertę uzasadniony był przeniesieniem siedziby przedsiębiorcy (powoda), wynikającym z sytuacji rodzinnej powoda.

2. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez uznanie domniemanego naruszenia przepisów ww. za cyt. „bardzo poważne naruszenie”, a w efekcie określenie kwoty bazowej na poziomie (...) przychodu i nałożenie kary pieniężnej, która jest rażąco wysoka w stosunku do okoliczności sprawy;

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

4. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, w tym przede wszystkim art. 6-10 i art. 107 § 1 i 3 kpa oraz art. 227- 315 kpc w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez:

1) naruszenie zasady bezpośredniości w postępowaniu dowodowym,

2) niewydawanie w toku postępowania postanowień dowodowych, ja również brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione,

3) brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o wydanie orzeczenia co do istoty, zmieniającego decyzję w zakresie pkt I i III, stwierdzającego, że w niniejszej sprawie nie doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję bądź uchylenie przedmiotowej decyzji oraz umorzenie postępowania antymonopolowego, jako bezprzedmiotowego, ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie pkt III poprzez odstąpienie w całości od nakładania kary na powoda względnie jej znaczące obniżenie.

W każdym z tych przypadków wnosił także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych w tym opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołania powód podnosił, że złożył ofertę na część VIII zamówienia, którego zwycięzcą został podmiot oferujący na tę część niższą cenę a powód zajął drugą pozycję. Z powyższego faktu powód wywodzi, że nie mógł być uczestnikiem zarzucanej przez Prezesa UOKiK zмовы przetargowej. Podnosił ponadto, iż złożenie oferty właśnie na tę część zamówienia podyktowane była jedynie bliskością siedziby powoda oraz łatwością w realizacji. Powód wskazywał ponadto, że zaskarżona decyzja opiera się na uznaniu, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesa Zamówień Publicznych jest jedynym i niepodważalnym dowodem zawarcia porozumienia, podczas gdy powód nie był stroną tego postępowania.

(odwołanie k. 22-30 akt sądowych)

Odpowiadając na odwołanie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „pozwany”) wniósł o jego oddalenie w całości, w tym o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(odpowiedź na odwołanie k. 46-50 akt sądowych)

Zarządzeniem z 17 września 2015r. sąd na podstawie art. 219 kpc postanowił o połączeniu spraw o sygn.akt XVII AmA 43/14, XVII AmA 44/14, XVII AmA 45/14, XVII AmA 46/14, XVII AmA 47/14 do łącznego rozpoznania i oddzielnego rozstrzygnięcia.

(protokół rozprawy k.112 akt sądowych.)

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Bezsporne, jest że Ł. R. prowadzący przedsiębiorstwo o nazwie Firma Handlowo Usługowa (...), P. S. prowadzący przedsiębiorstwo o nazwie (...) są przedsiębiorcami wpisanymi do rejestru działalności gospodarczej, prowadzącymi działalność gospodarczą przy wykonywaniu prac w zakresie utrzymania i konserwacji zieleni.

Bezsporne jest, że (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w P. są podmiotami wpisanymi do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Bezsporne jest, że jednym wspólnikiem Spółki (...) sp. z o.o. jest H. S., natomiast wspólnikami Spółki (...) sp. z o.o. jest H. S. oraz A. S. (1), komandytariuszem Spółki (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa jest H. S. i A. S. (1) zaś jej komplementariuszem Spółka (...) sp. z o.o.

(dowód: wpis do CEIDG przedsiębiorcy Ł. R. k. 784 admin., wpis do CEIDG przedsiębiorcy P. S. k. 722 akt admin, odpis KRS Nr (...) k. 615-616 akt. admin , odpis KRS Nr (...) k. 693-695 akt admin., odpis KRS Nr (...) k. 648-650 akt admin.).

Zarząd Zieleni Miejskiej 19 października 2012r ogłosił przetarg o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 10 części. Poszczególne części obejmowały następujące rejony miasta P. tj. rejon 1 – G., rejon 2- D., rejon 3 Ś., rejon 4 P., rejon 5 W., rejon 6 Centrum (...), rejon 7 C., rejon 8 W., rejon 9 G., rejon 10 J.. Przedmiot zamówienia był realizowany w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2015r.

Zamawiający zastrzegł, że każdy z wykonawców (samodzielnie lub w konsorcjum) może złożyć ofertę częściową zgodnie z udzielonym zamówieniem, z zastrzeżeniem, że na nie więcej niż dwie części (rejony miasta) zamówienia, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych. Jako jedyne kryterium wyboru wykonawcy przyjęto cenę.

(dowód: ogłoszenie o udzielenie zamówienia (...) k. 52 akt admin, specyfikacji istotnych warunków zamówienia k. 68-109 akt admin)

Ł. R. złożył ofertę na część 1 zamówienia o wartości 996 004,18 oraz na część 2 zamówienia o wartości 1 122 893,04. (dowód: formularz ofertowy 746- 747 akt adm)

P. S. złożył ofertę na część 8 zamówienia o wartości 1 499 840, 78. (dowód: formularz ofertowy k. 709 akt admn).

(...) sp. z o.o. z siedzibą w P. złożyła ofertę na część 4 zamówienia o wartości 935 183,93 oraz na części 5 zamówienia o wartości 1 132 233,64 (dowód formularz ofertowy k. 573-574 akta admin).

(...) sp. z o.o. z siedzibą w P. złożyła ofertę na część 3 zamówienia o wartości 1 508 069,88 oraz na część 6 zamówienia 1 845 720,00 (dowód: formularz ofertowy k. 669-670 akt admin).

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K z siedzibą w P. złożyła ofertę na 9 część zamówienia o wartości 1 364 431,37 i na 10 część zamówienia o wartości 946 354, 91 (dowód: formularz ofertowy k. 618 -619 akt admin)

Wyżej wymienione oferty zostały złożone w jednogminutowych odstępach czasu tego samego dnia tj. 5 grudnia 2012 r. (dowód: dziennik korespondencji k. 1258 akt admin.).

Bezsporne jest, że pozostali uczestniczący w przetargu przedsiębiorcy złożyli oferty na poszczególne jego części tj.: P. K. na część 3 i 7, S. G. na część 1 i 6, M. N., na części 1 i 10, G. S. na część 3, J. Z. na część 2 i 8, (...) sp. z o.o. na część 4, A. L. na część 10, Zakład Usługowo – Handlowo (...) na część 1 i 4, (...) sp. z o.o. na część 9 i 10, (...) sp. z o.o. na część 4 i 5.

Zamawiający poinformował uczestników przetargu, że jako najkorzystniejszą ofertę na część 1 zamówienia wybrał ofertę Ł. R., na część 2 zamówienia wybrał ofertę Ł. R., na część 3 zamówienia wybrał ofertę (...) sp. z o.o., na część 4 zamówienia wybrał ofertę (...) Sp. z o.o. na część 5 zamówienia wybrał ofertę (...) sp. z o.o., na część 6 zamówienia wybrał ofertę (...) sp. z o.o. na część 7 zamówienia wybrał ofertę (...) P. K., na część 8 zamówienia wybrał ofertę (...) (...), na część 9 zamówienia wybrał ofertę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. komandytowa, na część 10 zamówienia wybrał ofertę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

(dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17 grudnia 2012r. k. 174-222 akt admin.)

Odwołanie od wyżej ustalonego wyniku przetargu złożył podmiot (...) sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 15.01.2013 r. o sygn. akt KIO 2865/12 nakazała unieważnienie wyboru oferty w zakresie części 4 zamówienia i odrzucenie oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w P..

(dowód: wyrok KIO k.5-14 akt admin).

H. S. w ramach działalności przedsiębiorstwa o nazwie (...) Firma Handlowo Usługowa w P. przygotował warunki ofert kosztorysowych do ww. przetargu na zlecenie Spółek: (...) sp. z o.o. (...) sp. z o.o. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz przedsiębiorców Ł. R. i P. S..

(dowód: protokół posiedzenia KIO k. 1624-615 akt admin. fakt przyznany)

Wypełnione przez pracowników firmy (...) Firma Handlowo – Usługowa należącej do H. S. i pod jego nadzorem formularze ofertowe przedsiębiorców: (...) sp. o.o. (...) sp. z o.o. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Ł. R. P. S., cechują się identycznością co do sposobu oznaczenia pól niewypełnionych, szaty graficznej tabel i sposobu wypełniania (rozmiar czcionki, zaciemnienie kolumn tabeli).

Oferty kosztorysowe przedsiębiorców (...) sp. z o.o. (...) sp. z o.o. (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Ł. R., P. S., zawierały ten sam błąd rachunkowy, polegający na nieprawidłowym obliczaniu ceny netto i podatku VAT tj. podatek VAT został naliczony od ceny brutto.

Ofertę w imieniu (...) sp. z o.o. podpisał Prezes Zarządu J. M., w imieniu (...) sp. o.o. Prezes Zarządu A. S. (1), w imieniu (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej Prezes Zarządu (...) sp. z o.o. A. S. (1) oraz P. S. i Ł. R. jako indywidualni przedsiębiorcy.

(dowód: formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) sp. z o.o. k. 573- 593 akt admin., ,formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.K. k. 618 – 647 akt admin., formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) sp. z o.o. k. 669-685,k.1255-1256 akt admin., formularz ofertowy i kosztorys ofertowy przedsiębiorcy P. S. k. 709-721akt admin., przedsiębiorca Ł. R. 746 -766 akt admin).

Zbieżność ofert kosztorysowych dotyczyła przewidywanego wzrostu cen w poszczególnych latach obowiązywania. W kosztorysach ofertowych przyjęto zasadę, że wzrost cen na poszczególne rejon na dany następny rok będzie wynosić w przybliżeniu od 0% do 1%. Jedynie (...) sp. z o.o. wykazała, że w drugim roku wykonania zamówienia ceny podniosła w ramach trzeciej części zamówienia o 3% a w ramach szóstej części zamówienia o 8%.

(dowód: formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) sp. z o.o. k. 573- 593 akt admin., „formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.K. k. 618 – 647 akt admin., formularz ofertowy i kosztorys ofertowy (...) sp. z o.o. k. 669-685,k.1255-1256 akt admin., formularz ofertowy i kosztorys ofertowy przedsiębiorcy P. S. k. 709-721akt admin., przedsiębiorca Ł. R. 746 -766 akt admin).

H. S. (właściciel przedsiębiorstwa (...) Firma Handlowo – Usługowa) w celu potwierdzenia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia udzielił referencji oraz udostępnił swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadań w ramach ogłoszonego przetargu jeżeli zamawiający dokona wyboru ofert: (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej, oraz Ł. R., nie zobowiązując się do uczestniczenia przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

(dowód: zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia k. 601, k. 667, k. 771 akt admin.) .

P. S. wykonał na rzecz przedsiębiorstwa (...) prace z zakresu konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej w dzielnicy (...) miasta P., w latach 2010-211 r.

(dowód: referencje udzielone P. S. przez H. S. k. 743-744 akt admin).

Bezsporne jest, że oferty wykonawców (...) sp. z o.o. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i (...) sp. z o.o. posiadają ten sam adres korespondencyjny, numer faksu, w tym wspólny adres elektroniczny (...) posiada spółka (...) sp. z o.o. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, zaś (...) sp. z o.o. posiada adres elektronicznej (...)

Bezsporne jest, że H. S. posiadała adres do korespondencji (...)

Zamawiający unieważnił wybór z 17 grudnia 2012 r. i odrzucił oferty złożone przez (...) sp. z o.o. Ł. R., P. S., (...) sp. z o.o., (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialności Sp. K., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., na część 1, 2, 3, 4, 5, 6 ,9 i 10 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(dowód: protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego k. 154,1182 akt admin.),

Po ponownym wyborze przetarg na część pierwszą zamówienia wygrała oferta wykonawcy M. N., na część drugą zamówienia wygrała oferta wykonawcy (...) (...), na część trzecią zamówienia wygrała oferta wykonawcy P. K., na część czwarta zamówienia wygrała oferta (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., na część szóstą wygrała oferta wykonawcy S. G., na część ósmą wygrała oferta wykonawcy (...) (...), na część dziesiątą wygrała oferta wykonawcy A. L.. Przetarg w części piątej i dziewiątej zamówienia został unieważniony z powodu braku ofert.

(dowód: k. 154-155 akt admin)

Postanowieniem z 6 maja 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez H. S., Ł. R. i P. S. porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części” określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

(dowód: postanowienie Prezesa UOKiK znak (...) k. 1, k. 1213 akt admin.).

Postanowieniem z 6 maja 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawiadomił H. S., Ł. R. i P. S., że w poczet materiały dowodowego w sprawie przyjmuje, zebrane materiały w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym pod sygnaturą (...).

(dowód: postanowienie Prezesa UOKiK znak: (...) k. 3 akt admin.).

Postanowieniem z 14 listopada 2013r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 123 § kpa w zw. z art 83 i art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 zez zm) zmienił postanowienie z 6 maja 2013 r. w ten sposób, że wszczął z urzędu postępowanie w związku z podejrzeniem zawarcia przez: H. S., Ł. R., P. S., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w P. porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części” określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

(dowód: postanowienie Prezesa UOKiK zank (...) k. 1283-1284 akt admin.)

Pismem z 2 grudnia 2013 r. P. S. podnosił, że w roku 2012r. nie osiągnął przychodu z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej, natomiast osiągnął przychód w wysokości objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

(dowód: pismo przedsiębiorcy P. S. k. 1350-1351, k. 1238-1242 akt admin).

Pismem z 29 listopada 2013 r. Ł. R. podnosił, że osiągnął całkowity przychód w roku 2012 w wysokości (...) zł w tym z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej (...) zł

(dowód: pismo przedsiębiorcy Ł. R. k.1352-1357 akt admin).

Pismem z 29 listopada 2013 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. twierdziła, że osiągnęła przychód za 2012 r. w wysokości objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, z czego około (...) % pochodziła z ze świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej.

(dowód: pismo (...) sp. z o.o. k. 1365-1366 akt admin.).

Pismem z 29 listopada 2013r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.K twierdziła, że w roku 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości (...) oraz że nie świadczyła we wskazanym roku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zielenie miejskiej i nie osiągnęła przychodu z tego tytułu.

(dowód: pismo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. k.1369-1371 akt admin.)

Pismem z 29 listopada 2013r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością twierdziła, że w roku 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości (...) z czego (...) całkowitego przychodu pochodziło z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zielenie miejskiej.

(dowód: pismo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością . k.1372-1373 akt admin, k. 1377 akt admin.)

Postanowieniem z 4 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w poczet materiału dowodowego zaliczył kopię dokumentów zebranych w aktach odwoławczych przekazanych przez Prezesa KIO (sygn. KIO 2865/12) na okoliczność złożenia przez uczestników postępowania nie kolidujących ze sobą warunków ofert w postępowaniu przetargowym w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej.

(dowód: postanowienia Prezesa UOKiK znak (...) k. 1379 akt admin. pismo Prezesa KIO wraz dokumentacją w niej zawartą k. 1380- 1697)

Zawiadomieniem z dnia 4 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK powiadomił uczestników postępowania na podstawie art. 10 § 1 kpa o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie i prawie do zapoznania się z jego wynikami, w terminie 7 dni od daty doręczenia pisma .

Z prawa tego skorzystał Ł. R., oraz H. S., (...) sp. z o.o. (...) sp. z o.o. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.

(dowód: pismo przedsiębiorcy Ł. R. k. 1712-1717 akta admin, pismo Spółek k. 1718-1722 akt admin).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji (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.

Praktyka, którą pozwany uznał za ograniczającą konkurencję dotyczyła zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem przez uczestników porozumienia do przetargu nieograniczonego w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z „konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej na terenie miasta P.- 10 części.”

Przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy okik 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 okik spod zakazu , o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy okik (bagatelność na rynku właściwym) które to wyłączenie jest przewidziane dla innych form antykonkurencyjnego porozumienia. Jest to jedno z najbardziej szkodliwych niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych występujących w obrocie gospodarczym.

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. Uzgodnienia tego typu godzą w istotę instytucji przetargu, który – z punktu widzenia rozwoju konkurencji – jest jedną z najbardziej korzystnych form wyłaniania kontrahentów. Taki sposób wyboru dostawcy pożądaných świadczeń usług gwarantuje bowiem uzyskanie przez zamawiającego towaru najwyższej jakości po najniższej możliwej cenie, której wysokość wynika z realiów danego rynku właściwego. Warunkiem zapewnienia efektywności procedury przetargowej jest zachowanie konkurencji pomiędzy oferentami. Cel przetargu może zostać zrealizowany wyłącznie w przypadku gdy dochodzi do współzawodnictwa. W sytuacji zaś, gdy oferenci podejmują ze sobą współpracę, postępowanie przetargowe nie może być efektywne. Zaistnienie zmowy przetargowej prowadzi bowiem do wyboru oferty, której warunki nie zostały określone na podstawie oceny realiów rynkowych i walorów jakościowych oferowanej usługi/produktu, ale ustalone sztucznie w drodze ustaleń pomiędzy oferentami. Wyłoniona w ten sposób oferta w przeważającej ilości przypadków, będzie więc – z racji ceny nieopartej na ocenie rynku

- niekorzystna dla zamawiającego. Stosowanie tej praktyki poza dotkliwymi skutkami dla zamawiającego, może wpłynąć również na szersze grono podmiotów, w tym konsumentów, gdyż niejednokrotnie może ona prowadzić do uzyskania celowego podziału danego rynku właściwego, korzystnego dla podmiotów związanych porozumieniem, a w rezultacie powyższego do uzyskania pozycji dominującej na określonych terenach przez konkretnych przedsiębiorców, co wyłącza skuteczną konkurencję na tym obszarze.

Wykazanie zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. W przeważającej ilości przypadków podmioty dokonujące uzgodnienia, z uwagi na świadomość bezprawności swoich działań, starają się zachować swoje działania w tajemnicy. W związku z powyższym w doktrynie i orzecnictwie przyjmuje się obniżone standardy dowodowe dla tej kategorii spraw – jako dopuszczalne uznaje się dowodzenia na podstawie dowodów pośrednich (por. m in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 roku, III SK 6/06, Legalis nr 88623). W praktyce przeprowadzenie tego typu dowodu sprowadza się do zastosowania tzw. domniemań faktycznych, tj. wywodzenia określonych faktów z innych ustalonych dowodów. Ustalenie faktu w drodze domniemania faktycznego jest możliwe, o ile spełnione są łącznie następujące przesłanki: (i) udowodnienie faktów ubocznych stanowiących logiczne przesłanki faktu głównego, (ii) zastosowanie reguł logicznego rozumowania, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, przy jednoczesnym uwzględnieniu całości okoliczności faktycznych danej sprawy (por. Komentarz do art. 231 k.p.c., red. A. Zieliński, Legalis wersja elektroniczna).

Celem wzruszenia domniemania faktycznego strona je kwestionująca musi wykazać nieprawidłowość rozumowania, które doprowadziło do ustalenia faktu domniemanego, tj. wnioskowania z faktów ubocznych o fakcie głównym. Ta nieprawidłowość może polegać na tym, że fakt przyjęty przez sąd za podstawę wnioskowania o innym fakcie nie został ustalony, albo też na tym, że fakty składające się na podstawę domniemania faktycznego nie uzasadniają, w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego, wyprowadzonego z niej wniosku (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 30.3.2000 r., III CKN 811/98, Legalis nr 362265).

W ustalonym stanie faktycznym bezsporne było, że zarówno powód jak i zainteresowani są odrębnymi przedsiębiorcami, którzy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własne ryzyko, złożyli oferty przetargowe na to samo ogłoszenie przetargowe. Bezspornym jest, że zgodnie z warunkami zamawiającego, oferenci mogli złożyć ofertę na wykonanie nie więcej niż dwóch części przedmiotu zamówienia. Każda z części zamówienia odpowiadała wskazanemu przez zamawiającego rejonowi miasta P.. Bezsporne jest również, że spółki : (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (wszystkie z siedzibą w P.) wchodzi w skład grupy kapitałowej należącej do H. S., natomiast pozostali dwaj uczestnicy w tym powód to indywidualni przedsiębiorcy.

Powód w złożonym odwołaniu nie kwestionował ustaleń faktycznych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia organu antymonopolowego, tylko wynikający z tych faktów wniosek o istnieniu zakazanego porozumienia, wyprowadzony przez Prezesa w zaskarżonej decyzji. Należy zauważyć, że w postępowaniu administracyjnym powód nie podważał przydatności oraz wiarygodności zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jak również sam nie proponował dowodów na odparcie tezy postawionej w postanowieniu o wszczęciu postępowania administracyjnego. Z inicjatywą dowodową nie wystąpił także w postępowaniu sądowym.

Istota rozstrzygnięcia sprowadza się do oceny czy zachowanie powoda i zainteresowanych daje podstawę do wyprowadzenia wniosku, iż pomiędzy nimi doszło do zawarcia zmowy przetargowej oraz wymaga odpowiedzi na pytanie, czy zbieżność działań przedsiębiorców (powoda i zainteresowanych) można obiektywnie wytłumaczyć w jakikolwiek inny sposób niż uzgodnieniem warunków składanych ofert.

W uzasadnieniu odwołania powód podnosił, iż złożenie przez niego oferty na VIII część zamówienia miało obiektywne uzasadnienie, po pierwsze wynikające z podziału rynku przez samego zamawiającego oraz ze względu na bliskość jego siedziby. Powód podnosił także, że współpraca przedsiębiorców w ramach postępowania przetargowego jest dozwolona i dopuszczalna w świetle przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

W ocenie Sądu twierdzenia powoda oraz pozostałych przedsiębiorców , którym zostało zarzucone zawarcie porozumienia, o niezależnym przygotowaniu ofert przetargowych i wyborze rejonu przetargu pozostają w sprzeczności ze zgromadzonym materiałem dowodowym i nie zostały obiektywnie uzasadnione.

Należy bowiem zauważyć , że zawarcie przedmiotowego porozumienia ograniczającego konkurencję zostało stwierdzone na podstawie szeregu ustalonych w postępowaniu administracyjnym i nie kwestionowanych przez strony okoliczności faktycznych , w tym:

- złożenie ofert na niepokrywające się części zamówienia
- taka sama szata graficzna składanych ofert
- niemal identyczny wzrost cen w formularzach ofertowych na poszczególne lata obowiązywania umowy
- występowanie identycznych cen jednostkowych w wielu pozycjach kosztorysów
- występowanie w ofertach identycznych błędów , polegających na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT
- wskazanie w ofertach tych samych osób , które miały odpowiadać za realizację zamówienia
- powiązania istniejące między przedsiębiorcami
- złożenie ofert w jednogminutowych odstępach czasu

Powyższe ustalenia zostały potwierdzone także w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą przez H. S. – właściciela grupy kapitałowej (...), który oświadczył , że wszystkie oferty zostały sporządzone przez te same osoby pod jego nadzorem. (vide protokół rozprawy przed KIO , który został włączony do materiału dowodowego).

Zawarcie porozumienia nie przeczą także okoliczności , że oferty (w tym oferta powoda) zostały złożone przez uczestników zarzucanego porozumienia na rejon najbliższe ich siedzibom , ponieważ oczywistym jest , że miało to na celu minimalizowanie kosztów.

Powód podnosił , że współpraca między przedsiębiorcami polegająca na udzieleniu referencji innym przedsiębiorcom, uczestnikom zarzucanego porozumienia, czy też zobowiązanie się do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia (poradnictwo) ma swoje źródło w art. 26 ust. 2 b ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.2013.907) a zatem nie jest niedozwolona .

W ocenie Sądu nie jest trafna argumentacja powoda mająca na celu podważenie zawartych w zaskarżonej decyzji ustaleń co do zawarcia przez powoda i zainteresowanych niedozwolonego porozumienia. Treść art. 26 ust.2b ustawy p.z.p wskazuje, że wykonawca składając ofertę może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

H. S. jako indywidualny przedsiębiorca udzielił potencjału wiedzy i doświadczenia uczestnikom porozumienia, tyle że w zakresie przygotowania formularzy ofertowych do przetargu i co istotniejsze kosztorysów będących kalkulacją oferowanej ceny, a nie wiedzy i doświadczenia przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, o czym świadczy sama treść zobowiązania. Stąd też formularze ofertowe, formularze kosztorysowe uczestników porozumienia są niemalże identyczne, a stojący na czele grupy A. S. (2) w ramach indywidualnego przedsiębiorstwa mógł skoordynować warunki ofert oraz wybór części zamówienia, na które uczestnicy tj. spółki z Grupy (...) i pozostali przedsiębiorcy składali swoje

indywidualne oferty. Znając oferowane przez siebie ceny, przedsiębiorcy nie przystępowali do tych samych części zamówienia tzn. nie konkurowali ze sobą, zwiększając w ten sposób swoje szanse na wygranę określonych części zamówienia.

W świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazaniem jest taka wymiana informacji gospodarczych, która ma na celu lub wywołuje skutek w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Należy zatem stwierdzić, iż uczestnicy porozumienia rezygnując z konkurowania między sobą wpłynęli na zachowanie rynkowe. Tak określonego celu działania uczestników niedozwolonego porozumienia nie niweczy okoliczność, że ostatecznie na skutek odrzucenia przez zamawiającego ofert powoda i zainteresowanych oraz wyroku Komisji Izby Odwoławczej, przetarg wygrały oferty z wyższą ceną.

Ustawa okik służy ochronie mechanizmu konkurencji a nie partykularnych interesów spółek powiązanych ze sobą osobowo, czy też przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie w trybie przetargu. Do przedmiotowego porozumienia doszło nie tylko pomiędzy spółkami ale także dwoma niezależnymi przedsiębiorcami, którym wsparcia co do wykorzystania potencjału (wiedzy i doświadczenia) udzielił stojący na czele grupy H. S.. To co powód uznaje za dozwoloną współpracę, przez udostępnienie potencjału (wiedzy i doświadczenia) przez tego przedsiębiorcę, jest w ocenie sądu zakazanym porozumieniem o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Opisanymi wyżej działaniami powód i inni przedsiębiorcy wymienieni w decyzji wyłączyli konkurencję między sobą dążąc do zdominowania większej części zamówienia i ograniczyli możliwość konkurowania pozostałym wykonawcom przystępującym do przetargu.

Współpraca gospodarcza między przedsiębiorcami nie jest oczywiście zakazana, jednak w przedmiotowym przypadku skoro przedsiębiorcy, którym H. S. udzielił swoich zasobów przystępowali do tego samego przetargu i oferty ich na poszczególne części zamówienia nie pokrywały się, należało stwierdzić, że celem takiej współpracy była pewność, że przedsiębiorcy ci nie będą konkurowali ze spółkami z grupy (...), co zostało wprost przyznane przez pełnomocnika spółki (...) Sp. z o.o. w spr. o sygn. Akt XVIIAMa 45/14 (k.28 akt sąd.)

Wykazana synchronizacja działań przedsiębiorców tj. złożenie ofert na niepokrywające się części zamówienia, identyczna szata graficzna formularzy ofertowych, niemal identyczny wzrost cen jednostkowych w wielu pozycjach formularzy kosztorysowych, te same błędy w ofertach dotyczące cen netto i podatku VAT, powiązania gospodarcze z H. S. (właścicielem grupy (...)), zlecenia przygotowania oferty pod nadzorem H. S., niemal równoczesne złożenie ofert przez uczestników zarzuconego porozumienia- prowadzą do wniosku, że nie są to zdarzenia współistniejące w tym samym czasie bez określonego celu tj. przez przypadek. Wręcz przeciwnie, świadczą o tym, że powód i zainteresowani nie przygotowali ofert - szczególnie co do wyboru części przedmiotu zamówienia - w sposób samodzielny z poszanowaniem reguł rynku konkurencyjnego. Powód wraz z zainteresowanymi zrezygnowali z konkurencji między sobą ograniczając ją w stosunku do pozostałych uczestników przetargu, gdzie stan niepewności co do ilości złożonych ofert na poszczególne części zamówienia i warunków ofert istniał.

W ocenie Sądu wszystkie wskazane wyżej, ustalone w postępowaniu administracyjnym okoliczności, brane łącznie pod uwagę, zostały prawidłowo zakwalifikowane przez Prezesa UOKiK, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, jako zawarcie przez powoda i zainteresowanych porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w postępowaniu przetargowym celem dokonania podziału rynku. Porozumienie zostało zrealizowane w momencie złożenia przez jego uczestników ofert zamawiającemu, chociaż z uwagi na unieważnienie wyboru ofert nie wystąpiły jego skutki.

Oceniając nałożenie na powoda na podstawie art. 106 ust1 pkt1 ustawy okik kary pieniężnej Sąd stwierdza, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do odstąpienia od jej nałożenia bądź obniżenia jej wymiaru. W ocenie Sądu kara nałożona na powoda uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podkreślić bowiem należy, że nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów ustawy

antymonopolowej przez przedsiębiorców , a także do stosowania się przez nich do treści orzeczeń organów antymonopolowych.

W ocenie sądu wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 uokik. Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, że w stosunku do powoda występują okoliczności które przemawiały za jej zmniejszeniem tj. niewielki udział w 2012 roku przychodu z rynku właściwego (świadczenia usług związanych konserwacją i utrzymaniem zielenie miejskiej) w ogólnym przychodzie powoda, w związku z czym kara pieniężna wyliczona na podstawie kwoty bazowej ustalonej w wysokości (...) przychodu, została obniżona o(...) % . Wymierzona kara stanowi jedynie (...) przychodu oraz (...) % kary maksymalnej do nałożenia której uprawniony był Prezes UOKiK. Ustalony wymiar kary na poziomie 3.259zł spełni zdaniem Sądu swoją funkcję represyjną i prewencyjną, zważywszy że zmowa przetargowa należy do cięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Sąd na podstawie art. 479^{31a} § 1 kpc oddalił odwołanie ponieważ nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 98 kpc obciążając nimi w całości powoda, stosownie do wyniku sporu. 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