

Sygn. akt *XVII AmA 24/16*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lipca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	<i>SSO Małgorzata Perdion-Kalicka</i>
Protokolant –	st.sekr.sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 13 lipca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **S. G.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanego M. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania S. G. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 30 grudnia 2015 r. Nr (...)

1. oddała odwołanie;

2. zasądza od S. G. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1440 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt *XVII AmA 24/16*

UZASADNIENIE

Decyzją z 30 grudnia 2015 r., o nr (...), wydaną po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, zawarcie przez:

- S. G., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa (...) S. G. w Z. i

- M. (...)sp. z o.o. z siedzibą w M. (dalej: Spółka M. (...)),

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień

publicznych na dostawę pieczywa warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, i nakazał zaniechania jej stosowania.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik nałożył kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji decyzji w wysokości

- 1) 21 322,00 zł – na S. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa (...) w Z.,
- 2) 109 127,00 zł– na M. (...) sp. z o.o. z siedzibą w M..

III. na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 uokik oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 uokik, obciążył wymienionych przedsiębiorców kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości po 30,90 zł.

(decyzja, k. 3-30).

Odwołanie od tej decyzji wniosła S. G., wykonująca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Produkcyjno Usługowa (...) S. G. w Z., którym zaskarżyła tę decyzję w całości, zarzucając jej naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik w związku z art. 6 KC poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w szczególności polegające na przyjęciu, że w postępowaniach przetargowych wskazanych w treści decyzji nr (...) przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pomiędzy odwołującą się a M. (...)Sp. z o. o. doszło do uzgodnień warunków składanych ofert oraz innych zachowań ograniczających bądź mających na celu ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych, podczas gdy takie działania bądź zaniechania (ograniczające bądź naruszające konkurencję) nie miały miejsca a wskazane w decyzji przez Prezesa Ochrony Konkurencji i Konsumentów okoliczności i wątpliwości, nie stanowią dowodów pośrednich na ich potwierdzenie. Powyższe odnosi się w szczególności do podanych poniżej błędnych ustaleń w stanie faktycznym sprawy czy też twierdzeń opartych na wadliwym wnioskowaniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sprowadzających się do:

- uznania, że uzgodnionym zachowaniem przez odwołującą się z M. (...) Sp. z o. o. w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Publiczną Szkołę Publiczną im. J. O. w K. był celowy brak odwołania się od wyniku postępowania, podczas gdy było to jedno z pierwszych postępowań przetargowych w których odwołująca się brała udział (od momentu założenia działalności gospodarczej, tj. od dnia 28 listopada 2013 r. - otwarcie ofert w tym postępowaniu nastąpiło w dniu 19 grudnia 2013 r.) i nie miała jeszcze zarówno ani doświadczenia w postępowaniach przetargowych ani też tym bardziej na początku działalności liczyła się z kosztami jej prowadzenia a wg jej wiedzy koszty odwołania się od decyzji organizatora przetargu są znaczne (ok. 10.000 złotych). Nieracjonalne jest więc twierdzenie Prezesa UOKiK, że brak wniesienia odwołania mogło czy miało związek z jakimś uzgodnieniem z M. (...) Sp. z o. o. zmierzającym do wybrania oferty tej spółki jako najkorzystniejszej. Brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że takie działanie wynikało z innych niż podane powyżej przez odwołującą się przyczyn - racjonalnych i tłumaczących odstąpienie odwołującej się od złożenia wówczas przedmiotowego odwołania;
- stwierdzenia, że przyczyny zdrowotne, które doprowadziły do braku zawarcia umowy przez odwołującą się w przetargach wskazanych przez Prezesa UOKiK są niewiarygodne a każdorazowa rezygnacja z zawarcia umowy przez odwołującą się była nieuzasadniona, podczas gdy Prezes Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ogóle nie wzywał odwołującej się do przedłożenia jakichkolwiek dokumentów związanych z jej stanem zdrowia i odnoszących się do takich okoliczności. Nie można więc w żaden sposób przyjąć, że Prezes UOKiK wyjaśnił okoliczności faktyczne związane ze stanem zdrowia odwołującej się. Tym samym więc, Prezes UOKiK nie miał podstaw do przyjęcia, że przyczyny wskazane przez odwołującą się są nieuzasadnione, nieracjonalne czy niewytłumaczalne w inny sposób niż poprzez zmwę przetargową. Skoro więc Prezes UOKiK nie przeprowadził jakiegokolwiek postępowania dowodowego w zakresie ustalenia faktów będących podstawą złożonych przez odwołującą się oświadczeń - to jego wnioski są oparte na okolicznościach, które nie mogą stanowić dowodów pośrednich na istnienie zmywy przetargowej. Stąd spostrzeżenia i wnioski wskazane w przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK nie zasługują na uwzględnienie,

gdyż nie można przyjąć, że faktem czy dowodem pośrednim może być przedstawiona okoliczność przez Prezesa UOKiK tylko z tego względu, że Prezes UOKiK nadał jej takie znaczenie. Skoro Prezes UOKiK nie przeprowadził dotychczas jakichkolwiek czynności mających na celu weryfikację przedstawionych przez odwołującą się faktów i nie zebrał dowodów weryfikujących przedstawionych przez nią twierdzeń, to tym samym nie miał podstaw do uznania i wnioskowania o faktach z których wywodzi dalej idące skutki prawne w zakresie istnienia rzekomej z umowy przetargowej. W takiej sytuacji Prezes UOKiK zamiast weryfikacji składanych w postępowaniach przetargowych oświadczeń odwołującej się np. „tworzy” czy też „przyjmuje” w swych rozważaniach jakie problemy zdrowotne dają podstawę do uzasadnionej rezygnacji z zawarcia umowy a jakie nie, kreując jakieś nienormatywne definicje „przejściowych problemów zdrowotnych”;

- nie złożenia odwołania przez S. G. w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Publiczną Szkołę Podstawową w K., które to stanowić ma o istnienia uzgodnienia takiego zachowania z M. (...) Sp. z o. o., podczas gdy Prezes Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ustalił jakiegokolwiek elementu stanu faktycznego, poza faktem braku złożenia odwołania z którego wynikałoby, że nie odwołanie się przez S. G. od rozstrzygnięcia zapadłego w tym postępowaniu miało jakikolwiek związek z jakimś uzgodnieniem treści ofert z M. (...) Sp. z o. o. czy innego zachowania naruszającego bądź zagrażającego naruszeniu bądź ograniczeniu konkurencji na danym rynku właściwym. Znową nie można uznać, że wnioskowanie Prezesa UOKiK prowadzi do jakichś dowodów pośrednich na których oprócz można decyzję administracyjną, szczególnie że nie było przeprowadzonego jakiegokolwiek dowodu z przesłuchania strony odwołującej się czy świadków. Zaznaczyć należy, że wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia które zapada w postępowaniu przetargowym, to nie tylko konieczność jego merytorycznego przygotowania, ale także poniesienie znacznej opłaty - ok. 7.500 złotych czy 10.000 złotych. Prowadząc działalność gospodarczą odwołując się nie zawsze dysponuje takimi środkami pieniężnymi (nie wspominając już o konieczności opłacenia np. o pomocy prawnej adwokata), nie można mu jednak z tego tytułu czynić zarzutu istnienia uzgodnienia z innym przedsiębiorcom;

- uznania, że nie załączenie do oferty dowodu opłacenia składki na polisy ubezpieczenia (w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zakład Opieki Zdrowotnej w B.) świadczy o „podobieństwie” oferty powódki i oferty M. (...) Sp. z o. o., co wskazywać ma na wspólne uzgadnianie ich treści, podczas gdy brak w ofercie powódki tego dowodu wynikał tylko i wyłącznie z tego, że dowód ten znajdował się w dokumentacji księgowej prowadzonej dla niej w związku z jej działalnością gospodarczą i w okresie sporządzania dokumentacji przetargowej, najprawdopodobniej przygotowując dokumentację powódka nie załączyła jej przypadkowo do treści oferty. Takie okoliczności nie stanowią o istnieniu jakiegoś porozumienia którego celem lub skutkiem byłoby ograniczenie konkurencji. Jeśli taki brak wystąpił też w ofercie M. (...) Sp. z o. o. to z przyczyn nieznanych powódce, nie można jednak zakładać, że każda zbieżność „braku” która pojawia się w ofertach odwołującej się i M. (...) Sp. z o. o. jest zumą przetargową, szczególnie nie przeprowadzono zaś przesłuchania strony odwołującej w celu ustalenia tych okoliczności;

- uznaniu, że postępowaniach przetargowych, w których ani oferta odwołującej się ani też konkurencyjna oferta M. (...) Sp. z o. o. nie zostały ostatecznie wybrane, istniała zuma przetargowa, w związku z czym postępowania przetargowe faktycznie spowodowały naruszenie konkurencji, podczas gdy wniosek taki jest nieracjonalny, odrzucenie oferty powódki i M. (...) Sp. z o. o. nie mogło spowodować naruszenia konkurencji czy jej zagrożenie;

- stwierdzenia, że składane przez powódkę wyjaśnienia w postępowaniu prowadzonym przez Areszt Śledczy w K. świadczą o możliwości istnienia uzgodnień z M. (...) Sp. z o. o. w sytuacji, w której Prezes Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie dokonał jakichkolwiek ustaleń, które byłyby rzeczywistą weryfikacją treści tych oświadczeń. Nie można więc przyjąć, że samo „podobieństwo treściowe” czyni wyjaśnienia te niewiarygodnymi czy w jakikolwiek sposób wskazującymi na istnienie uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami, skoro Prezes UOKiK np. nie sprawdził czy taki wzór referencji w rzeczywistości nie znajduje się w Internecie. Wskazując na podobieństwa treści wyjaśnień złożonych przez powódkę oraz M. (...) Sp. z o. o., nie przesłuchał jakichkolwiek osób odpowiedzialnych za sporządzenie dokumentacji ofertowej, jak również nie przesłuchał odwołującej się bądź Pana A. D.;

- ustalenia, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Ł. nie było podpisu powódki i że istnieje jakakolwiek tożsamość tego braku z tym, który zawierała oferta (...) Sp. z o. o., podczas gdy w

ocenie powódki nie jest to taki sam brak. W ofercie powódki podpis faktycznie był, ale jeśli był nieczytelny zamawiający miał prawo wezwać ją do uzupełnienia takiego braku, natomiast nie jest to to samo co brak podpisu wszystkich osób uprawnionych do reprezentacji w spółce z o. o., na czym polega „tożsamość” tego braku - nie wiadomo;

- bezpodstawnego stwierdzenia, że pomiędzy S. G. a M. (...) Sp. z o. o. dochodziło do wymiany jakichś informacji z uwagi na podanie tego samego numeru faksu, podczas gdy w rzeczywistości podstawowymi środkami komunikacji z zamawiającym był poczta mailowa oraz kontakt telefoniczny, a faks właściwie nie było wykorzystywany do kontaktu z zamawiającym. Prezes UOKiK nie wskazał jak i na czym miałyby polegać współpraca między przedsiębiorcami w zakresie korzystania z tego środka łączności, tj. jak możliwa byłaby wymiana informacji między przedsiębiorcami, skoro zasadniczo pracują w różnych dniach w systemie zmianowym;

- bezzasadne ustalenie, że pełnomocnictwo udzielone A. D. do podpisywania ofert oznacza, że wpłynął on na treść tych ofert w sposób wskazany przez Prezesa Ochrony Konkurencji i Konsumentów, podczas gdy okoliczności takie są jedynie wnioskowaniem nie popartym żadną, uzasadnioną nawet pośrednim dowodem, okolicznością. Możliwość podpisywania dokumentów powódki do postępowań przetargowych nie oznacza jeszcze jakiegokolwiek faktycznego wpływu na treść oferty, jest to prawna możliwość podpisania, nie przejrzenia czy zweryfikowania niezależnie przygotowanej oferty. Dodatkowo takie wnioskovanie (o możliwości znajomości treści ofert i wpływaniu na ich treść) zakłada istnienie pewnej kolejności zarówno sporządzania ofert jak i dostępu do nich przez A. D. a następnie możliwości wpływu na ich treść - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji w swoich twierdzeniach, choć taki wniosek implikuje, w żaden sposób go nie uzasadnia, a tym bardziej nie udowadnia;

- ustalenia, że odwołująca się tylko w następstwie uzyskania informacji o wynikach postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Dom Pomocy Społecznej w S., tj. że M. (...)przesłał kolejno najkorzystniejszą ofertę, na skutek otrzymania przez M. (...) Sp. z o. o. pocztą elektroniczną protokołu z otwarcia ofert (w dniu 19 maja 2014 r.) z dniem 21 maja 2014 r. miała do niej dostęp czy wiedzę o jej treści, podczas gdy są to okoliczności niepowiązane w żaden sposób z treścią złożonego oświadczenia, których Prezes UOKiK nawet nie próbuje weryfikować ich na tym tle;

2) art. 106 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 3 uokik poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w sprawie istniały porozumienia ograniczające konkurencję i wskazany przez Prezesa UOKiK stopień ich naruszeń czyni zasadną karę wymierzoną przez ten organ administracji, podczas gdy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zebrał całościowo w postępowaniu administracyjnym materiału dowodowego, który stanowiłby wiarygodną podstawę do przedstawionej uznaniowości wymierzenia kary w wysokości 21.322 złotych - uznaniowość Prezesa UOKiK winna uwzględniać wszelkie argumenty i okoliczności, które winny się znaleźć w treści decyzji a których to brak.

W związku ze stawianymi zarzutami strona powodowa wносиła o uchylenie decyzji Prezesa UOKiK nr (...) z 30 grudnia 2015 r. oraz stwierdzenie, że nie doszło do zawarcia przez S. G. i (...)sp. z o.o. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowym dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych. Powódka wniosła również o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania procesowego. (odwołanie, k. 31-46).

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych. (odpowiedź na odwołanie, k. 103-106).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

S. G. jest przedsiębiorcą, wykonującym od 28 listopada 2013 r. działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Usługowa (...) S. G., obejmującą, między innymi, sprzedaż hurtową zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt, wytwarzanie produktów przemiału zbóż, produkcję pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek, sprzedaż hurtową cukru, czekolady, wyrobów ciastkarskich i ciastek, transport drogowy towarów, przy czym działalność ta obejmuje obszar całego kraju. Główne miejsce wykonywania przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej znajduje się w M. pod adresem Z. (...), zaś dodatkowe miejsca wykonywania działalności zlokalizowane są pod adresami: 1) (...), (...)-(...) B., 2) M. (...), (...)-(...) C. oraz 3) M. (...), (...)-(...) C..

dowód: okoliczności bezsporne; wydruk z CEIDG, k. 11 akt admin.; Odpowiedź S. G. na wezwanie z dnia 6 marca 2015 r., k. 692-696 akt admin.

(...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. prowadzi na terenie całego kraju działalność gospodarczą obejmującą, między innymi, sprzedaż hurtową zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt, wytwarzanie produktów przemiału zbóż, produkcję pieczywa, świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek, sprzedaż hurtową cukru, czekolady, wyrobów ciastkarskich i ciastek, transport drogowy towarów. Spółka wykonuje działalność pod adresem M. (...), (...)-(...) C., natomiast należący do niej zakład produkcyjny (tj. piekarnia) znajduje się w miejscowości (...). Wspólnikami Spółki są A. D. posiadający 60 udziałów i S. D. posiadająca 40 udziałów. W okresie bezpośrednio poprzedzającym wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji z 30 grudnia 2015 r. nr (...), zgodnie z odpisem aktualnym KRS według stanu na dzień 4 listopada 2015 r., jedynym członkiem zarządu Spółki była S. D.. W tym samym odpisie KRS brak jest wpisów dotyczących prokurenta, natomiast w okresie wcześniejszym, zgodnie z odpisem KRS według stanu na dzień 4 sierpnia 2014 r., jedynym członkiem zarządu spółki był S. D., a jej prokurentem samoistnym A. D..

dowód: okoliczności bezsporne, Informacja z KRS Spółki, k. 13-19 akt admin.; Odpowiedź na wezwanie z dnia 6 marca 2015 r., k. 687-691 akt admin.

Od końca 2013 r. przedsiębiorcy S. G. oraz M. (...) Sp. z o.o. w M. uczestniczyli w następujących postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na dostawy pieczywa, w których składali oferty indywidualnie:

- 1) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Sukcesywna dostawa artykułów żywnościowych w 2014 r. na potrzeby stołówki szkolnej w Publicznej Szkole Podstawowej im. J. O. w K.” (znak postępowania: (...).(…)/ (...)), przeprowadzonym przez Publiczną Szkołę Podstawową im. J. O. w K.
- 2) postępowaniu o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę artykułów żywnościowych, przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej (...) w T.;
- 3) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Zakup wraz z dostawą artykułów żywnościowych w roku 2014” (znak postępowania: (...) (...)), przeprowadzonym przez (...) Park (...) w W.;
- 4) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Dostawy pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich na potrzeby Domu Pomocy Społecznej w S.” (znak postępowania: ZP.II. (...)), przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w S.;
- 5) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę artykułów żywnościowych (znak postępowania: (...)), przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Ł.;
- 6) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy pieczywa pszennego, zwykłego i bułki tartej, przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w K. (znak postępowania: (...))
- 7) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa pieczywa do Magazynu (...) w B.”, przeprowadzonym przez Zespół (...) w B.;
- 8) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa i wyrobów cukierniczych, przeprowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr (...) (znak postępowania: (...));
- 9) postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa, przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w T.;
- 10) postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa produktów spożywczych do stołówki szkolnej”, przeprowadzonym przez Zespół (...) w C..

Odnosnie do powyzej wymienionych postepowan przetargowych Sąd Okręgowy dokonął następujących ustaleń:

Ad. 1)

W dniu 11 grudnia 2013 r. Publiczna Szkoła Podstawowa im. J. O. w K. ogłosiła w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...) -2013, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Sukcesywna dostawa artykułów żywnościowych w 2014 r. na potrzeby stołówki szkolnej w Publicznej Szkole Podstawowej im. J. O. w K.”, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało podzielone na 9 części, dotyczących artykułów spożywczych różnego rodzaju, a część nr 1 dotyczyła pieczywa. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była najniższa cena.

Dnia 19 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a bezpośrednio przed tym podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W zakresie części nr 1 zamówienia - „Pieczywo” była to kwota 9.166,40 zł, a oferty złożyły w tym zakresie trzy podmioty, oferujące następujące ceny brutto:

- 4 089,80 zł -S. G.

- 4 877,20 zł - M. (...)

- 8 538,00 zł - Sklep (...).

Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę, w zakresie części nr 1, uznał ofertę złożoną przez Spółkę M. (...), a ofertę S. G. odrzucił z uwagi na błędy w obliczeniu ceny w formularzu ofertowym i formularzu cenowym. Błąd ten polegał na nieprawidłowym zsumowaniu 6 cen cząstkowych wprowadzonych przez S. G. do formularza przygotowanego przez zamawiającego. W formularzu zostały wpisane następujące produkty i całkowite ceny za dostawy tych produktów: 1) chleb - cena 2856,00 zł, 2) bułka tarta – 95,00 zł, 3) bułka – 13,60 zł, 4) pączek - 403,20 zł, 5) bułka z serem 392,00 zł, 6) bułka z jagodami – 330,40 zł. Prawidłowo zsumowana wartość tych produktów wynosiła 4090,20 zł, natomiast S. G. wprowadziła w ofercie cenę 4089,80 zł, zatem różnica pomiędzy ceną prawidłowo obliczoną, a ceną wskazaną w ofercie wynosiła 40 groszy i nie miała wpływu na konkurencyjność tej oferty, nie wpływała na pozycje ofert w klasyfikacji.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o tych okolicznościach pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. Przedsiębiorca S. G. nie zgłosiła protestu wobec odrzucenia jej oferty, w szczególności nie skorzystała z prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od tej czynności zamawiającego, o czym została pouczona.

Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została zawarta pomiędzy zamawiającym a Spółką M. (...) 2 stycznia 2014 r.

dowód: Ogłoszenie o zamówieniu, k. 23-29 akt admin.; SIWZ, k. 30-36 akt admin.; Protokół z dnia 05.12.2013 r. rozszerezenia cenowego, k. 38-39 akt admin.; Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 40-47 akt admin.; Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 48-53 akt admin.; potwierdzenie otrzymania przez S. G. informacji o wyniku przetargu, k. 55 akt admin.; Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – dostawy, k. 56-60 akt admin.; Umowa nr (...), k. 61-64 akt admin.; dokumentacja ofertowa S. G., k. 66-79 akt admin.; dokumentacja ofertowa Spółki M. (...), k. 65, 80-99 akt admin.

Ad. 2)

W dniu 14 stycznia 2014 r. Dom Pomocy Społecznej (...) w T. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...) (...) postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę artykułów żywnościowych, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało podzielone na 7 pakietów, dotyczących artykułów spożywczych różnego rodzaju, a pakiet nr 1 dotyczył dostawy pieczywa. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena. Dnia 23 stycznia 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a bezpośrednio przed tym podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia – 171.919,05 zł oraz jego poszczególnych części, a w przypadku pieczywa – 22.007,96 zł. Oferty w przetargu złożyło 5 przedsiębiorców. Najniższą cenę za pieczywo

zaoferowała S. G. (14.841,74 zł brutto), a drugą w kolejności najniższą cenę zaoferowała Spółka M. (...)(16.402,35 zł brutto). Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę S. G.. W dniu 31 stycznia 2014 r. S. G. przesłała zamawiającemu pismo, w którym oznajmiła, że: „Z uwagi na zaistniałą sytuację, że mój stan zdrowia na ten czas nie pozwala chwilowo prowadzić działalności więc jestem zmuszona odstąpić od podpisania umowy. Przepraszam.” W tych okolicznościach zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej z pozostałych ofert, tj. oferty złożonej przez Spółkę M. (...), z którą 10 lutego 2014 r. podpisano umowę.

dowód: Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy, k. 712-719 akt admin.; SIWZ z załącznikami, k. 720-736 akt admin.; Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 738-746 akt admin.; dokumentacja ofertowa Spółki(...), k. 747-761 akt admin.; dokumentacja ofertowa S. G., k. 762-771 akt admin.; Powiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 772-773 akt admin.; pismo S. G. z 31.01.2014 r., k. 774 akt admin.; Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 778 akt admin.; Umowa nr (...), k. 779-781 akt admin.; Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – dostawy, k. 782-783 akt admin.

Ad. 3)

W dniu 4 marca 2014 r. (...) Park (...) w W. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup wraz z dostawą artykułów żywnościowych w roku 2014”, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało podzielone na 12 części, a część nr I dotyczyła pieczywa. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena. Dnia 14 marca 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, co poprzedzone zostało podaniem kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia – 63.742,83 zł. W zakresie części I – pieczywo swoje oferty złożyło dwóch przedsiębiorców, mianowicie, S. G. oraz Spółka M. (...)

W obydwu ofertach zamawiający dokonał korekty oczywistych omyłek rachunkowych, tj. w ofercie S. G. cenę brutto 33 568,00 zł zastąpiono kwotą 33 626,50 zł, zaś w ofercie M. (...) cenę brutto 38 718,00 zł zastąpiono kwotą 38 645,20 zł, na co wykonawcy wyrazili zgodę. Omyłki te nie miały wpływu na konkurencyjność ofert, nie wpływały na pozycje ofert w klasyfikacji. Wobec tego w ww. postępowaniu zostały złożone dwie ważne oferty, w których zaproponowano następujące ceny brutto: 33 626,50 zł (oferta S. G.) i 38 645,20 zł (oferta Spółki M. (...))

Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez S. G., o czym zawiadomił ją pismem z 27 marca 2014 r. Następnie, 28 marca 2014 r. i 3 kwietnia 2014 r., zamawiający przesłał S. G. wiadomości e-mail z prośbą o kontakt telefoniczny w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z informacją, że brak kontaktu będzie równoznaczny z odstąpieniem od zawarcia umowy. W związku z brakiem reakcji S. G. w dniu 3 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty M. (...)i zawarł umowę z tym wykonawcą.

Pismem z 16 kwietnia i 9 lipca 2014 r. Spółka M. (...) poinformowała zamawiającego, że S. G., w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy S. G.

dowód: Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – dostawy, k. 104-108, 232-247 akt admin.; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 109, 137-142 akt admin.; wydruki wiadomości e-mail z 28.03.2014 r. i 3.04.2014 r., k. 110, 135-136 akt admin.; Ogłoszenie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, k. 114-120 i 152-155 akt admin.; Protokoły postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 123-133, 156-168, 186-191 akt admin.; pisma zamawiającego z 21.03.2014 r. oraz wiadomości e-mail i pisma dotyczące korekty formularzy ofertowych, k. 170-185 akt admin.; SIWZ z załącznikami, k. 201-231 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 248-267 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 268-292 akt admin.; pisma Spółki(...)do zamawiającego z 16.04.2014 r. i 9.07.2014 r., k. 295-296 akt admin.

Ad. 4)

W dniu 30 kwietnia 2014 r. Dom Pomocy Społecznej w S. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawy pieczywa, świeżych wyrobów piekarskich i ciastkarskich na potrzeby Domu Pomocy Społecznej w S.”, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była najniższa cena. Dnia 12 maja 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, co poprzedzone zostało podaniem kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 20.050,92 zł. Oferty w przetargu złożyło 3 przedsiębiorców. Najniższą cenę za pieczywo zaoferowała S. G. (18.096,00 zł brutto), a drugą w kolejności najniższą cenę zaoferowała Spółka M. (...)(20.312,20 zł brutto). Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę S. G., o czym zawiadomił ją pismem z 12 maja 2014 r., wyznaczając jednocześnie termin podpisania umowy na 22 maja 2014 r.

W dniu 16 maja 2014 r. Spółka Młyn (...) przesłał zamawiającemu pocztą elektroniczną prośbę o przesłanie szczegółowych wyników przetargu. W odpowiedzi, 19 maja 2014 r. zamawiający przesłał Spółce M. (...) pocztą elektroniczną protokół z otwarcia ofert.

W dniu 21 maja 2014 r. S. G. przesłała zamawiającemu wiadomość e-mail o następującej treści: „Ja jako właścicielka S. G. firmy (...) bardzo przepraszam, ale nie mogę podpisać umowy na dostawę pieczywa z uwagi na nieprzewidziany stan mojego zdrowia”.

Pismem z 22 maja 2014 r. zamawiający wezwał S. G. do podpisania umowy na dostawę pieczywa, w odpowiedzi na co, otrzymał od niej 4 czerwca 2014 r. wiadomości e-mail o treści: „Bardzo mi przykro, ale nie mogę podpisać z Państwem umowy na dostawę pieczywa, ponieważ odpadło mi kilka przetargów na Państwa trasie i dowóz do Państwa nie będzie dla mnie opłacalny.”

W tych okolicznościach zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, tj. ofertę złożoną przez Spółkę M. (...) oraz zwiększył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do kwoty odpowiadającej cenie zaoferowanej przez tego wykonawcę (20.312,20 zł). W dniu 20 czerwca 2014 r. pomiędzy zamawiającym a Spółką M. (...) doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z 20 czerwca 2014 r. M. (...) poinformował zamawiającego, że S. G., w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy S. G. Pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. zamawiający nie wyraził zgody na powyższe i poinformował, że będzie dokonywał wpłat jedynie dostawcy wyłonionemu w postępowaniu przetargowym.

dowód: Ogłoszenia o zamówieniu, k. 300-301, 303-306 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 307-321 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 322-342 akt admin.; Protokół z otwarcia ofert, k. 394-395 akt admin.; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 400-401, 403-404, 419, 423-425 akt admin.; Zawiadomienie o wyznaczeniu terminu podpisania umowy, k. 402, 420 akt admin.; Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 405-410 akt admin.; wydruk wiadomości e-mail z prośbą Spółki M. (...) o przesłanie wyników przetargu i odpowiedź zamawiającego, k. 411-412 akt admin.; wydruki wiadomości e-mail S. G. z 21.05.2014 r. i 4.06.2014 r., k. 415 i 418 akt admin.; wezwanie zamawiającego z 22.05.2014 r. do podpisania umowy, k. 416-417 akt admin.; Umowa Nr (...), k. 426-431 akt admin.; Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, k. 433-434 akt admin.; Zawiadomienie Spółki M. (...) z 20.06.2014 r., k. 435 akt admin. i odpowiedź na nie zamawiającego z 27.06.2014 r., k. 436 akt admin.

Ad. 5)

W dniu 5 maja 2014 r. Dom Pomocy Społecznej im. A. C. w Ł. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę artykułów żywnościowych, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało podzielone na 9 grup, a grupa I dotyczyła pieczywa. Zamawiający nie wymagał

wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była najniższa cena. Dnia 13 czerwca 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a bezpośrednio przed tym podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (22.934,65 zł). Oferty złożyły w tym zakresie trzy podmioty, oferujące następujące ceny brutto:

- 14 458,86 zł - S. G.

- 14 691,86 zł - M. (...)

- 22 603,35 zł – Piekarnia (...)J. Ł..

W dniu 16 czerwca 2014 r. zamawiający wezwał S. G. i Spółkę M. (...), do uzupełnienia stwierdzonych braków dokumentacji przetargowej, które polegały na niezamieszczeniu na jednym z załączników pieczętki lub nazwy przedsiębiorcy. Braki te zostały uzupełnione.

Dnia 24 czerwca 2014 r. zamawiający za najkorzystniejszą ofertę, w zakresie części nr 1, uznał ofertę złożoną przez S. G., oraz poinformował wykonawców o wynikach przetargu. W piśmie skierowanym do S. G. zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na 1 lipca 2014 r. Zamawiający w pismach do wykonawców zwrócił się ponadto z prośbą o potwierdzenie otrzymania pisma. Spółka M. (...)potwierdziła odbiór pisma wiadomością e-mail z dnia 25 czerwca 2015r., natomiast S. G. nie odpowiedziała na ww. prośbę zamawiającego, pomimo jej ponowienia w dniu 25 czerwca 2015 r.

W związku z niestawieniem się S. G. w terminie wyznaczonym na zawarcie umowy, zamawiający wezwał ją pismem z 1 lipca 2014 r. do wyjaśnienia przyczyn nieobecności oraz poinformował, że brak odpowiedzi do dnia 2 lipca 2014 r. potraktowany zostanie jako odstąpienie od zawarcia umowy. S. G. nie odpowiedziała na wezwanie zamawiającego.

W tych okolicznościach 2 lipca 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Spółki (...), a 8 lipca 2014 r. została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z 3 lipca 2014 r. Spółka M. (...)poinformowała zamawiającego, że S. G., w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z ww. postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy S. G..

dowód: SIWZ z załącznikami, k. 444-468 akt admin.; Ogłoszenie o zamówieniu, k. 469-475 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 482-496 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy SpółkiM. (...), k. 497-517 akt admin.; Protokół z otwarcia ofert, k. 518-519 akt admin.; wezwania zamawiającego do uzupełnienia braków dokumentacji przetargowej wraz z odpowiedziami wykonawców, k. 520-528 akt admin.; Protokół z posiedzenia komisji przetargowej, k. 529-530 akt admin.; Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 540-546, 548-549 akt admin.; wydruki wiadomości e-mail z 25.06.2014 r., k. 547, 550-551 akt admin.; pismo zamawiającego z 1.07.2014 r., k. 552-553 akt admin.; Zawiadomienia o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 557-565 akt admin.; Zawiadomienie Spółki M. (...)z 3.07.2014 r., k. 570 akt admin.; Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – dostawy, k. 572-576 akt admin.; Umowa dostawy nr (...), k. 577-581 akt admin.

Ad. 6)

W dniu 14 sierpnia 2014 r. Areszt Śledczy w K. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pieczywa pszennego, zwykłego i bułki tartej, w trybie przetargu ograniczonego. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 6.000 zł. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena.

Zamawiający dokonał otwarcia ofert 2 września 2014 r. w obecności przedstawiciela Spółki M. (...) - A. R., który wcześniej tego samego dnia złożył w siedzibie zamawiającego oferty dwóch przedsiębiorców – wymienionej Spółki oraz S. G.. Oferty w przetargu złożyło 5 przedsiębiorców. Najniższą cenę zaoferowała S. G. (123.532,50 zł brutto), a drugą w kolejności najniższą cenę zaoferowała SpółkaM. (...) (125.490,75 zł brutto).

Z uwagi na to, że przedsiębiorcy S. G. i Spółka M. (...)w swoich ofertach podali ten sam numeru faksu oraz przedstawili referencje od różnych podmiotów tej samej treści, pismem z 3 września 2014 r. zamawiający wezwał tych przedsiębiorców do wyjaśnienia istniejących między nimi powiązań. W odpowiedzi przedsiębiorcy przedstawili wyjaśnienia o identycznej treści.

W dniu 22 września 2014 r. zamawiający ogłosił wyniki przetargu – jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez PPUH (...) Z. R. (proponowana cena 127.853,25 zł brutto).

Spółka M. (...)została wykluczona z postępowania przetargowego z uwagi na przedłożenie nieczytelnej kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, co według zamawiającego oznaczało, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione. Natomiast oferta S. G. została odrzucona, gdyż zamawiający uznał, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadniając swą decyzję zamawiający wskazał na powiązania rodzinne S. G. i wspólników M. (...), tj. A. D. i S. D. oraz na podobieństwa w obydwu ofertach.

Zamawiający zawiadomił Prezesa UOKiK pismem z 29 września 2014 r. o podejrzeniu stosowania przez S. G. i Spółkę M. (...)praktyk ograniczających konkurencję, poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający wskazał, że analiza wniosków o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu oraz złożonych ofert ujawniła powiązania pomiędzy S. G. i M. (...)uzasadniające podejrzenie istnienia zмовы przetargowej polegającej na wcześniejszym uzgodnieniu cen oraz procedury postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty, polegającej na rezygnacji przez jednego z oferentów z podpisania umowy na korzyść drugiego. Zamawiający wymienił następujące okoliczności, uzasadniające podejrzenie istnienia zмовы przetargowej: 1) złożenie w siedzibie Aresztu Śledczego w K. ofert obydwu przedsiębiorców przez tę samą osobę – pracownika M. (...) A. R., 2) więzy rodzinne między S. G. a wspólnikami M. (...)– A. D. (brat) i S. D.(matka), 3) liczne elementy wspólne ofert (identyczne przygotowanie kopert, w których złożono oferty, referencje tożsamej treści, posługiwanie się tym samym numerem faks), 4) wskazanie przez S. G. przy rejestracji działalności gospodarczej w danych kontaktowych adresu (...), używanego również przez M. (...), 5) złożenie przez ww. przedsiębiorców, na wezwanie zamawiającego, niemal identycznych wyjaśnień.

dowód: Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, k. 613-615 akt admin.; Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, k. 616 akt admin.; pismo S. G. z 4.09.2014 r., k. 617 akt admin.; Wezwanie do złożenia wyjaśnień, k. 618 akt admin.; pismo Spółki M. (...)z 4.09.2014 r., k. 619 akt admin.; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 621-624 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 652-629, 637-641 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 629-636 akt admin.

Ad. 7)

W dniu 3 października 2014 r. Zespół (...) w B. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...) -2014, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa pieczywa do Magazynu (...) w B.”, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Ustalonym kryterium oceny ofert była najniższa cena. Dnia 15 października 2014 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a bezpośrednio przed tym podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia – 38.104,50 zł. Oferty w przetargu złożyło 5 przedsiębiorców. Najniższą cenę za pieczywo zaoferowała Spółka M. (...)(34.193,25 zł brutto), a drugą w kolejności najniższą cenę zaoferowała S. G. (35.799,75 zł brutto).

Pismami z dnia 16 października 2014 r. zamawiający wezwał S. G. oraz SpółkęM. (...)do uzupełnienia dokumentacji ofertowych o opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 38.000 zł. Przedsiębiorcy uzupełnili swoje oferty o wymagany dokument. Następnie zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Spółki M. (...), o czym zawiadomił wykonawców pismami z 22 października 2014 r.

Pismem z 31 października 2014 r. zamawiający przesłał Spółce M. (...)dwa egzemplarze umowy w sprawie zamówienia publicznego i wezwał tego wykonawcę do podpisania oraz odesłania egzemplarza tej umowy zamawiającemu do 6

listopada 2014 r. W odpowiedzi, tego samego dnia, Spółka M. (...)przesłała zamawiającemu wiadomość e-mail, w której wskazano, że Spółka z przyczyn ekonomicznych nie może podpisać umowy, gdyż niespodziewanie „odpadły” jej dwa inne przetargi na trasie przy której usytuowana jest siedziba zamawiającego i z tego względu Spółka M. (...)jest zmuszona zlikwidować tę trasę oraz nie jest w stanie podpisać umowy. W tych okolicznościach 3 listopada 2014 r. zamawiający wybrał ofertę S. G., z którą zawarto umowę 10 listopada 2014 r.

dowód: dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 786-801, 898-899 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 802-821 akt admin.; SIWZ z załącznikami, k. 827-845 akt admin.; Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy, k. 848-852 akt admin.; Protokół z otwarcia ofert, k. 853-854 akt admin.; pisma zamawiającego z 16.10.2014 r. wraz z uzupełnieniem braków przez wykonawców, k. 862-865, 870-874 akt admin.; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 876 akt admin.; pismo zamawiającego z 31.10.2014 r., k. 885 akt admin.; wydruk wiadomości e-mail z 31.10.2014 r., k. 887 akt admin.; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 888 akt admin.; Umowa(...), k. 894-897 akt admin.; Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, k. 901-902 akt admin.; Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 903-

Ad. 8)

W dniu 7 października 2014 r. Jednostka Wojskowa Nr (...) ogłosiła w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa i wyrobów cukierniczych, w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części, obejmujące dostawy do magazynów położonych na terenie różnych jednostek wojskowych – w W., R., M., S., G. i O.. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1.400 zł na część pierwszą zamówienia i w wysokości 10.000 zł na część drugą zamówienia, a łączne wadium, jakie powinien wnieść wykonawca składający ofertę na obydwie części zamówienia wynosiło 11 400 zł. Ustalonym kryterium oceny ofert była cena.

Otwarcia ofert dokonano 14 listopada 2014 r. W postępowaniu oferty złożyło trzech przedsiębiorców, które zawierały następujące ceny brutto:

- 47 510,22 zł (zadanie 1) i 349 890,97 zł (zadanie 2) – Spółka M. (...)
- 54 653,01 zł (zadanie 1) i 400 545,11 zł (zadanie 2) – S. G.;
- 75 116,30 zł (zadanie 1) i 630 765,56 zł (zadanie 2) – (...) Spółdzielnia (...) w S..

W dniu otwarcia ofert Spółka M. (...)zwróciła się do zamawiającego z wnioskiem (przesłanym faksem) o przekazanie informacji z otwarcia ofert. Zamawiający udzielił takiej informacji tego samego dnia, przesyłając odpowiedź faksem. Następnie zamawiający wezwał S. G. i Spółkę M. (...)do uzupełnienia ofert o określone, brakujące dokumenty i złożenia wyjaśnień, co zostało dokonane przez wezwanych.

Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Spółki M. (...). O wynikach przetargu zamawiający poinformował wykonawców pismami z dnia 27 listopada 2014 r. Dodatkowo, odrębnym pismem z tego samego dnia (przesłanym także faksem) zamawiający wyznaczył Spółce M. (...)na 9 grudnia 2014 r. termin podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak we wskazanym terminie żaden przedstawiciel wykonawcy nie stawił się w wyznaczonym miejscu i nie skontaktował się z zamawiającym. Zamawiający wyznaczył kolejny, ostateczny, termin zawarcia umowy na dzień 12 grudnia 2014 r., o czym poinformował Spółkę M. (...)pismem z 10 grudnia 2014 r. wskazując jednocześnie, że brak potwierdzenia przybycia w ww. terminie zostanie uznany za odstąpienie od zawarcia umowy, a zamawiający będzie uprawniony do zachowania wniesionego wadium. Wykonawca nie stawił się w wyznaczonym terminie, a zamawiający otrzymał pismo podpisane przez Z. S., iż „Zarząd jest na dłuższym wyjeździe zagranicznym i wróci dopiero po okresie świątecznym”.

W tych okolicznościach 15 grudnia 2014 r. zamawiający wybrał najkorzystniejszą z pozostałych ofert, czyli ofertę S. G. oraz zatrzymał wadium wniesione przez Spółkę M. (...). W dniu 23 grudnia 2014 r. zamawiający zawarł z S. G. umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Dnia 3 stycznia 2015 r. do zamawiającego wpłynęła, za pośrednictwem poczty elektronicznej, anonimowa prośba o zweryfikowanie przedmiotowego przetargu ze względu na silne powiązania rodzinne przedsiębiorców.

Pismem z 12 stycznia 2015 r. zamawiający zawiadomił Prezesa UOKiK o podejrzeniu naruszenia przez S. G. i Spółkę (...) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W zawiadomieniu zamawiający przedstawił przebieg postępowania przetargowego i zwrócił uwagę na powiązania rodzinne pomiędzy przedsiębiorcami oraz podobieństwa w dokumentacjach ofertowych przedsiębiorców, jak: 1) ułożenie dokumentów wchodzących w skład ofert w podobnej kolejności, 2) wystawienie oświadczeń na potrzeby postępowania przetargowego w tej samej dacie, 3) wskazanie w ofertach tego samego numeru faks, 4) wystawienie gwarancji wadialnych przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe w tej samej dacie, 5) wystawienie zaświadczeń o stanie środków na rachunku bankowym przez ten sam bank i według stanu na ten sam dzień.

dowód: Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, k. 646-650 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 651-567 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 658-664 akt admin.; Zbiornicze zestawienie ofert, k. 665 akt admin.; Informacja o wynikach postępowania, k. 666-667, 674-675 akt admin.; Zaproszenia do podpisania umowy z 27.11.2014 r. i 10.12.2014 r., k. 668-669 akt admin.; Informacja dodatkowa z 15.12.2014 r., k. 670, 676 akt admin.; Zawiadomienie o zatrzymaniu wadium, k. 671 akt admin.; wydruk wiadomości e-mail z prośbą o zweryfikowanie przetargu, k. 673 akt admin.

Ad. 9)

W dniu 22 lipca 2015 r. Dom Pomocy Społecznej w T. ogłosił na swojej stronie internetowej postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pieczywa („Zapytanie ofertowe o wartości poniżej 30 000 EURO”), w trybie przetargu nieograniczonego. Ustalonym kryterium oceny ofert była najniższa cena. Zamówienie podzielono na trzy części: część I – dostawa pieczywa dla DPS w T., część II – dostawa pieczywa dla filii DPS w D. i część III – dostawa pieczywa dla filii DPS na ul. (...) w B..

Dnia 5 sierpnia 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, które złożyło pięciu przedsiębiorców, oferujących następujące ceny brutto:

- 41 517,65 zł – Spółka M. (...)
- 44 866,23 zł – S. G.;
- 46 754,77 zł – Z. P.U.H. (...);
- 46 923,20 zł – P.P.Z. K. sp.j.;
- 59 428,32 zł – Piekarnia – (...) sp.j.

Na dokumentach, obejmujących dokumentację ofertową S. G., swoje podpisy, z dopiskiem „z up.”, złożył A. D.. Do dokumentacji tej załączono pełnomocnictwo z podpisem notarialnie poświadczonym, udzielone przez S. G. A. D.. Zakres pełnomocnictwa obejmował, między innymi, podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach.

Po ogłoszeniu przez zamawiającego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty przedstawionej przez Spółkę M. (...), 7 sierpnia 2015 r. Spółka ta przesłała zamawiającemu pocztą elektroniczną wiadomość z informacją, że z przyczyn ekonomicznych odstępuje od podpisania umowy. W tych okolicznościach zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, czyli ofertę złożoną przez S. G..

Zamawiający wyjaśnił, że jego pracownik chcąc skontaktować się z S. G. w celu podpisania umowy, zadzwonił pod jeden z podanych przez nią numerów telefonu i dodzwonił się do Piekarni (...). Pracownik tej piekarni był zdezorientowany i nie chciał połączyć rozmowy z właścicielem piekarni. Pracownik zamawiającego zostawił swój numer telefonu, ale nikt się z nim nie skontaktował. Następnie zamawiający dokonał sprawdzenia powyższych firm w sieci Internet i ustalił, że należą do jednej rodziny. Znalazł on również artykuły, w których zostały opisane przypadki niewywiązywania się stron z zawartych umów na dostawy pieczywa. Z powyższych względów zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przetargu w części, w której wzięły w nim udział S. G. i Spółka M. (...).

dowód: pismo zamawiającego do UOKiK z 20.10.2015 r., k. 912 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 913-924 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 925-932 akt admin.; pełnomocnictwo udzielone A. D. przez S. G., k. 930-931 akt admin.; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 933 akt admin.; Informacja o unieważnieniu postępowania, k. 935 akt admin.; kserokopia notatki pracownika zamawiającego z przeprowadzonej rozmowy telefonicznej, k. 936 akt admin.; Informacja o wyborze dostawcy pieczywa, k. 938-939 akt admin.; wydruk wiadomości e-mail z 7.08.2015 r., k. 940 akt admin.; Informacja z otwarcia ofert, k. 942 akt admin.; Zapytanie ofertowe o wartości poniżej 30.000 EURO wraz z załącznikami, k. 944-952 akt admin.

Ad. 10)

W dniu 27 lipca 2015 r. Zespół (...) w C. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr (...)-(...), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa produktów spożywczych do stołówki szkolnej”, w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało podzielone na 12 części, dotyczących różnych produktów spożywczych, zaś pieczywa dotyczyła część 12 o nazwie „pieczywo, świeże wyroby piekarskie”. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium. Kryteriami, jakimi kierowano się przy wyborze oferty były: cena ofertowa brutto (waga kryterium – 95%) i termin płatności (waga kryterium – 5%). W postępowaniu przetargowym oferty złożyło czterech przedsiębiorców, a przyznano im następującą liczbę punktów:

- 100 punktów – Spółka M. (...)
- 94,28 punktów – S. G.,
- 64,88 punktów – (...) Spółdzielnia (...),
- 54,55 punktów – P.P.U.H. (...).

Na dokumentach, obejmujących dokumentację ofertową S. G., swoje podpisy, z dopiskiem „z up.”, złożył A. D.. Do dokumentacji tej załączono pełnomocnictwo z podpisem notarialnie poświadczonym, udzielone przez S. G. A. D.. Zakres pełnomocnictwa obejmował, między innymi, podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach.

Oferty złożone przez Spółkę M. (...)i S. G.zawierały dwie kolejno najniższe ceny (odpowiednio - 23 061,30 zł i 24 538,35 zł). Obie oferty zawierały taki sam termin płatności, wynoszący 60 dni.

Pismami z 12 sierpnia 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze - w zakresie części 12 zamówienia - oferty Spółki M. (...), a wraz z pismem z 25 sierpnia 2015 r. przesłał tej Spółce umowę w sprawie zamówienia publicznego z prośbą o jej podpisanie i odesłanie zamawiającemu, które zostały doręczone adresatowi 28 sierpnia 2015r.

W dniu 15 września 2015 r. Spółka M. (...)poinformował zamawiającego, za pośrednictwem poczty elektronicznej, że z przyczyn ekonomicznych nie podpisze umowy na dostawy pieczywa.

W tych okolicznościach zamawiający wybrał najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, czyli ofertę S. G., z którą zawarto umowę 21 września 2015 r.

dowód: SIWZ wraz z załącznikami, k. 955-1002 akt admin.; Ogłoszenie o zamówieniu, k. 1003-1011 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy Spółki M. (...), k. 1012-1028 akt admin.; dokumentacja ofertowa wykonawcy S. G., k. 1029-1042 akt admin.; pełnomocnictwo udzielone A. D. przez S. G., k. 1039-1040 akt admin.; Zawiadomienie o wynikach przetargu, k. 1045-1050, 1063-1068 akt admin.; pismo zamawiającego z 25.08.2015 r., k. 1051-1052 akt admin.; wydruk wiadomości e-mail z 15.09.2015 r., k. 1053 akt admin.; Umowa w sprawie dostawy produktów spożywczych do stołówki szkolnej, k. 1059-1062 akt admin.

W zakresie dokumentacji ofertowej, złożonej przez S. G. i Spółkę M. (...)w toku wyżej wymienionych postępowań przetargowych, występują następujące podobieństwa:

- na załącznikach nr 1 do ofert złożonych przez ww. przedsiębiorców w postępowaniu przeprowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej w Ł. brak było pieczętki lub nazwy przedsiębiorcy - załącznik dołączony przez S. G. zawierał jedynie nieczytelny podpis, a załącznik dołączony przez Spółkę M. (...)zawierał jedynie podpis i pieczętkę prokurenta (A. D.); na wezwanie zamawiającego wykonawcy przedstawili poprawione załączniki;
- w przetargu zorganizowanym przez Zakład Opieki Zdrowotnej w B. przedsiębiorcy nie załączyli do swoich ofert dowodu opłacenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 38.000 zł, który to brak uzupełnili po wezwaniu przez zamawiającego;
- przedsiębiorcy udzielali podobnych lub identycznych odpowiedzi na wezwania zamawiających – w przetargu przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w K. (k. 617 i 619 akt admin.), czy Jednostkę Wojskową Nr (...) - w tym przypadku pisma przedsiębiorców były identyczne pod względem treści i formy (k. 708c, 708m, 708z);
- dokumenty wchodzące w skład ofert przedsiębiorców (tj. formularze ofertowe, arkusze asortymentowo-cenowe, oświadczenia i inne) oznaczone były takimi samymi datami w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez: Jednostkę Wojskową Nr (...), Zespół (...) w B., (...) Park (...) w W., Publiczną Szkołę Podstawową w K. oraz Domy Pomocy Społecznej w Ł., S. i K., co obrazuje poniższe zestawienie opracowane przez Prezesa UOKiK (str. 20 uzasadnienia decyzji):

L.p.	Zamawiający	Daty zamieszczone na dokumentacji ofertowej obydwu przedsiębiorców	Data ogłoszenia przetargu	Termin składania ofert
1.	JW Nr (...)	15.10.2014 r.	07.10.2014 r.	14.11.2014 r.
2.	ZOZ B.	06.10.2014 r.	03.10.2014 r.	15.10.2014 r.
3.	DPS Ł.	09.06.2014 r.	05.05.2014 r.	13.06.2014 r.
4.	DPS S.	05.05.2014 r.	30.04.2014 r.	12.05.2014 r.
5.	(...) W.	06.03.2014 r.	04.03.2014 r.	14.03.2014 r.
6.	DPS T.	15.01.2014 r.	14.01.2014 r.	23.01.2014 r.

7.	PSP K.	12.12.2013 r.	11.12.2014 r.	19.12.2013 r.
----	--------	---------------	---------------	---------------

W zakresie składania przez S. G. i Spółkę M. (...) dokumentów ofertowych w toku wyżej wymienionych postępowań przetargowych należy odnotować, że w większości przypadków dokumenty te były składane za pośrednictwem operatora pocztowego - (...) S.A., a w jednym postępowaniu zostały one złożone w siedzibie zamawiającego. W tym zakresie ustalono, że:

- przy składaniu ofert za pośrednictwem (...) przedsiębiorcy w większości sytuacji nadawali przesyłki zawierające dokumentację przetargową w tych samych urzędach pocztowych, tj. w Urzędzie (...) (...) lub w Urzędzie (...) T., które położone są w odległości kilku kilometrów od miejsc wykonywania działalności przez przedsiębiorców;
- w niektórych przypadkach przesyłki pocztowe posiadały podobne numery, na podstawie których (w oparciu o system śledzenia przesyłek (...)) ustalono, że były nadawane w tych samych dniach o tej samej godzinie – miało to miejsce np. w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez Dom Pomocy Społecznej w Ł., (...) Park (...) w W. i Zakład Opieki Zdrowotnej w B. (k. 1116-1131 akt admin.);
- w zakresie przetargu przeprowadzonego przez Dom Pomocy Społecznej w Ł. przesyłki obydwu przedsiębiorców zostały nadane w Urzędzie (...) (...); przesyłka z ofertą Spółki M. (...) miała nr (...), a przesyłka S. G. miała nr (...); przesyłki zostały przedzielone zaledwie sześcioma innymi przesyłkami; obie przesyłki zostały nadane 9 czerwca 2014 r., o godzinie 15⁽¹⁸⁾;
- w zakresie przetargu przeprowadzonego przez (...) Park (...) w W. przesyłki zawierające dokumentację ofertową zostały nadane w Urzędzie (...) (...) i miały podobne numery: (...) i (...), zostały nadane 6 marca 2014 r., o godzinie 14²⁸. Natomiast przesyłki, zawierające uzupełnienia dokumentacji ofertowych, zostały nadane w Urzędzie (...) T. 21 marca 2014 r. o godzinie 13²⁸ i miały podobne numery, tj. (...) i (...), a więc zostały przedzielone tylko sześcioma innymi przesyłkami;
- w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez Zakład Opieki Zdrowotnej w B. przesyłki zawierające dokumentację ofertową przedsiębiorców zostały nadane w Urzędzie (...) w T. 21 października 2014 r., w odstępie jednej minuty (o godzinie 14⁵⁹ i 15⁰⁰); przesyłki te miały numery (...) oraz (...) i zostały przedzielone sześcioma innymi przesyłkami;
- w postępowaniu przeprowadzonym przez Areszt Śledczy w K. przedsiębiorcy złożyli oferty przetargowe w siedzibie zamawiającego tego samego dnia, tj. 16 września 2014 r. i za pośrednictwem tej samej osoby - A. R. (k. 614 i 620 akt admin.).

Pomiędzy przedsiębiorcami S. G. i Spółką M. (...) występują następujące powiązania (odpowiedź Spółki na wezwanie z dnia 6 marca 2015 r., k. 687-691 akt admin.; odpowiedź S. G. na wezwanie z dnia 6 marca 2015 r., k. 692-696 akt admin.):

- przedsiębiorcy ci korzystają z tego samego zakładu produkcyjnego (tj. piekarni), stanowiącej własność Spółki M. (...), a z której S. G. korzystała na podstawie umowy z dnia 28 listopada 2013 r.; piekarnia ta ma duże moce produkcyjne i z tego względu istnieje możliwość korzystania z niej niezależnie (oddzielnie) przez różne podmioty; korzystanie z piekarni przez przedsiębiorców odbywa się w systemie zmianowym, by nie dochodziło do kolizji w ich działalności;
- S. G. korzystała ze środków transportu będących własnością S. D. na podstawie umowy użyczenia z 2 stycznia 2014 r. (k. 1109-1109 akt admin.); S. D. jest zaś współnikiem i członkiem zarządu Spółki M. (...)

- S. G. korzystała z pracowników zatrudnionych przez S. D. (członka zarządu Spółki M. (...), wykonującą jednocześnie odrębną działalność gospodarczą) i nie korzystała z pracowników zatrudnionych przez Spółkę M. (...)
- Spółka M. (...)do 10 lipca 2014 r. miała własnych pracowników, zaś po tym okresie korzystała z pracowników zatrudnionych przez S. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno Usługowa (...) S. D.;
- Spółka M. (...)wskazała, że jej oferty były składane w siedzibach zamawiających przez pracownika R. M., przy czym ta sama osoba została wskazana w dokumencie „ Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia”, będącego częścią dokumentacji ofertowej złożonej przez S. G. w ww. postępowaniu przetargowym Jednostki Wojskowej Nr (...) i Domu (...). Jako podstawa dysponowania wymienioną osobą została wskazana w tym dokumencie umowa o pracę (k. 1111 akt admin.);
- środki łączności nie pozostają w wyłącznej dyspozycji każdego z przedsiębiorców, którzy korzystają z nich wspólnie; z tych środków łączności korzystają także przedsiębiorcy S. D. i S. D.; na wspólne korzystanie ze środków łączności wskazuje analiza ofert składanych przez strony postępowania: S. G. w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w 2014 r. podawała w swoich ofertach numer faksu, na który zamawiający mieli przysyłać korespondencję: (...), natomiast w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych w 2015 r. (organizowanych przez Zespół (...) w C. i Dom Pomocy Społecznej w T.) podawała faks o numerze (...). Pierwszy z wymienionych numerów znajduje się na pieczęcie Spółki M. (...), używanej na dokumentacji ofertowej składanej przez tego przedsiębiorcę w każdym z analizowanych przetargów, natomiast drugi numer był podawany we wszystkich ofertach Spółki M. (...)złożonych w 2014 r., jako numer do kontaktu; natomiast w przetargach przeprowadzonych w 2015 r. Spółka M. (...)podawała inny numer faks – (...) (k. 913 i 1012 akt admin.);
- przy zgłoszeniu rozpoczęcia działalności gospodarczej przez S. G. (27 listopada 2013 r.) wskazała ona adres poczty elektronicznej (...), którym Spółka M. (...)posługuje się w kontaktach z zamawiającymi. Dane w tym zakresie zostały zmienione w CEIDG kilka dni po zgłoszeniu rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej, tj. 2 grudnia 2013 r., poprzez usunięcie tego adresu e-mail z pola dotyczącego danych kontaktowych (k. 642-644 akt admin.);
- bezpośrednio po zakończeniu kilku z analizowanych przetargów, w których zamówienie publiczne ostatecznie zostało udzielone Spółce M. (...), wykonawca ten przysyłał zamawiającemu informację o tym, że S. G., w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, przejęła ogół praw i obowiązków związanych z postępowaniem przetargowym, a zamawiający ma dokonywać wszelkich wpłat wynikających z tego zamówienia na rachunek bankowy firmy S. G.. Według wyjaśnień Spółki, przeniosła ona na S. G. ogół praw i obowiązków na podstawie umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. i była to właściwie jedynie cesja wierzytelności, która przysługiwała Spółce M. (...)od zamawiających z tytułu dokonywanych dostaw pieczywa. S. G. posiadała bowiem wcześniej wymagalne wierzytelności względem Spółki M. (...) (np. płaciła długi Spółki dochodzone w postępowaniach egzekucyjnych), w związku z czym nabywała wierzytelności do wysokości zapłaconych należności. S. G. wyjaśniła, że niekiedy udzielała Spółce M. (...)wsparcia finansowego;
- pomiędzy S. G. a wspólnikami Spółki M. (...), osobami wchodzącymi w skład zarządu i prokurentem tej Spółki występuje stosunek pokrewieństwa I i II stopnia, mianowicie: S. G. jest córką S. D. (byłego członka zarządu Spółki M. (...)) i S. D. (aktualnego - w dacie wydania zaskarżonej decyzji członka - zarządu Spółki M. (...)oraz wspólnika tej spółki). S. G. jest także siostrą A. D., będącego większościovym udziałowcem Spółki M. (...)i jego byłym prokurentem samoistnym.

Postanowieniem z 6 marca 2015 r., o Nr (...), Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez S. G., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Usługowa (...) S. G. wZ.i (...)sp. z o.o. praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw pieczywa dla

podmiotów instytucjonalnych, polegającej na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na dostawę pieczywa, warunków składanych ofert oraz innych zachowań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dowód: Zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, k. 679-686 akt admin.)

W roku 2014 r. przedsiębiorca S. G. uzyskała przychód w wysokości (...) (dowód: zeznanie PIT-36 za rok podatkowy 2014 i PIT/B, k. 1077-1079 akt admin.), a Spółka M. (...) uzyskała przychód w wysokości (...) zł (dowód: zeznanie CIT-8 za rok podatkowy 2014, k. 1080-1081 akt admin.).

Pismem z 14 grudnia 2015 r. Prezes UOKiK zawiadomił przedsiębiorców o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie oraz pouczył ich o możliwości zapoznania się z tym materiałem (dowód: k. 1144-1145 akt admin.).

W dniu 30 grudnia 2015 r. Prezes UOKiK wydał decyzję Nr (...), która została zaskarżona w ramach niniejszego postępowania sądowego.

Sąd Oddalił wniosek powódki o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, z ograniczeniem do przesłuchania strony powodowej, ponieważ – po pierwsze - przeprowadzenie tego dowodu było zbędne z uwagi na to, że zebrany materiał dowodowy był wystarczający do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Po drugie - zgodnie z art. 299 k.p.c., jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. Wskazany przepis nadaje dowodowi z przesłuchania stron charakter posiłkowy, subsydiarny. Oczywistym jest przecież, że strony są zainteresowane rozstrzygnięciem sprawy na ich korzyść, co deprecjonuje wartość omawianego dowodu. Z tego względu, dowód ten powinien być przeprowadzany tylko wówczas, gdy nie można istotnych dla sprawy okoliczności wyjaśnić innymi dowodami, co w rozpatrywanym przypadku nie miało miejsca.

Ustalony powyżej stan faktyczny był bezsporny między stronami. Strony różniły się tylko w ocenie poczynionych wyżej ustaleń faktycznych. Zdaniem Prezesa UOKiK, fakty te dawały podstawy do uznania, że działania przedsiębiorców w trakcie postępowań przetargowych były skoordynowane i były przejawem zmywy przetargowej, natomiast powódka te same zdarzenia interpretowała z gołą odmiennie, zaprzeczając istnieniu między przedsiębiorcami jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego konkurencję.

W ocenie Sądu Okręgowego, dokonane w sprawie ustalenia faktyczne w sposób nie budzący wątpliwości wskazują na niedozwolone współdziałanie w postępowaniach przetargowych przedsiębiorców: S. G. i Spółki M. (...), którzy są ze sobą powiązani gospodarczo, organizacyjnie oraz rodzinnie i współpracowali ze sobą przy sporządzaniu i składaniu ofert, znając przy tym wzajemnie ich treść, jak również dokonywali ze sobą uzgodnień w zakresie doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, w szczególności poprzez zastosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Mechanizm ten został wykorzystany w przetargach przeprowadzonych przez: Domy Pomocy Społecznej w Ł., S. i T. oraz (...) Park (...) w W., Zespół (...) w C., Dom Pomocy Społecznej w T., Jednostkę Wojskową Nr (...) i Zespół (...) w B.. Jego istota przejawiała się w tym, że oferty składane przez S. G. i Spółkę M. (...) były zróżnicowane pod względem ceny po to, by po otwarciu ofert (czyli wtedy, gdy przedsiębiorcy mieli już wiedzę o tym, że ich oferty zostały sklasyfikowane na pierwszym i drugim miejscu), oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę, była wycofywana. W postępowaniach przeprowadzonych przez czterech pierwszych z wymienionych zamawiających, ofertami zawierającymi niższą cenę były oferty S. G. i to ona zrezygnowała z uczestnictwa w przetargu, by dać możliwość wygrania go Spółce M. (...), której oferta była następną w zestawieniu ofert pod względem zaproponowanej ceny. Analogiczny schemat zastosowano w przetargach ogłoszonych przez kolejnych czterech zamawiających, przy czym najkorzystniejszą ofertę złożyła w nich Spółka M. (...), która wycofała się z przetargu na korzyść S. G.. W tym zakresie należy odnotować, że odstąpienie od przetargu przejawiało się albo poprzez wyraźną odmowę podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę (przetargi zorganizowane przez Zespół (...) w C., Dom Pomocy Społecznej w T., Jednostkę Wojskową Nr (...), Zespół (...) w B.,

Dom Pomocy Społecznej w S., Dom Pomocy Społecznej w T.), albo poprzez ignorowanie wezwań zamawiających do podpisania umowy w wyznaczonym czasie i miejscu (przetargi (...) Parku (...) w W. i Domu Pomocy Społecznej w Ł.). Jeśli chodzi o pierwszy sposób wycofania się z przetargu, to znamienne jest to, że w ramach uzasadnienia odstąpienia od podpisania umowy podawano podobne, powtarzalne i lapidarnie sformułowane przyczyny rezygnacji, takie jak: względy ekonomiczne (podniesione przez Spółkę M. (...)w przetargu ZOO w C. oraz DPS w T.), nieobecność organu Spółki (zarządu) spowodowana dłuższym wyjazdem zagranicznym (motyw wskazany przez Spółkę M. (...)w przetargu Jednostki Wojskowej nr (...)), problemy zdrowotne (na które powoływała się S. G. w przetargu DPS w S. i DPS w T.), czy „odpadnięcie innych przetargów” na trasie, przy której swą siedzibę ma zamawiający (przyczyna podana przez S. G. w przetargu (...) w S., a przez Spółkę M. (...)w przetargu ZOZ w B.). W ocenie Sądu, analiza materiału dowodowego sprawy upoważnia do wniosku, że te - sformułowane w sposób bardzo ogólnikowy - motywy rezygnacji z podpisania umowy, nie były wiarygodne, a ocena dokonana w tym zakresie przez Prezesa UOKiK była jak najbardziej trafna i Sąd w całości ją podziela. Słusznie zauważył pozwany, że wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę (a co istotne – w niniejszej sprawie nie była to sytuacja jednorazowa, lecz wystąpiła kilkakrotnie), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach zmowy przetargowej. Za nieracjonalne należy uznać zachowanie przedsiębiorcy, polegające na angażowaniu czasu i środków na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym tylko po to, aby następnie w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zrezygnował on z zawarcia umowy i realizacji zamówienia. Względy logiki i doświadczenia życiowego przemawiają zatem za uznaniem tego rodzaju zachowania za stanowiące podstawę domniemania o istnieniu zmowy przetargowej. Odmowa zawarcia przez przedsiębiorcę umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkująca pozbawieniem się możliwości realizacji zamówienia o znacznej wartości i jednocześnie umożliwienie zamawiającemu zatrzymania wadium o znacznej wysokości (11.400 zł), należałoby ocenić jednoznacznie w kategoriach działania na własną szkodę (działanie Spółki M. (...)w przetargu zorganizowanym przez Jednostkę Wojskową nr (...)). Ocena tego zachowania jest jednak zgoła inna, jeśli przyjąć istnienie niedozwolonego porozumienia pomiędzy wskazaną Spółką a S. G., zmierzającego do doprowadzenia do wyboru droższej oferty tej drugiej, gdyż w takim przypadku zachowanie Spółki M. (...)jawi się jako w pełni racjonalne. Rezygnacja z przetargu kosztem utraty wadium ma zatem racjonalne i logiczne uzasadnienie i nie wyklucza samo w sobie zmowy przetargowej a wręcz odwrotnie, bo w okolicznościach niniejszej sprawy wzmacnia argumentację o istnieniu porozumienia. Jeśli bowiem rezygnacja kosztem utraty wadium następuje w sytuacji, gdy kolejnym oferentem z szansą na wygranie przetargu jest jeden z umawiających się przedsiębiorców, to korzyść z rezygnacji jest oczywista.

Rację ma pozwany, że dowód na istnienie uzgodnionych praktyk może zostać obalony, przez wykazanie przez przedsiębiorców, w oparciu o racjonalne przesłanki, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być dostatecznie wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk. W niniejszej sprawie, ani S. G., ani Spółka M. (...), nie sprostali jednak temu zadaniu. Natomiast ustosunkowując się tym zakresie do zarzutu powódki, w ramach którego wskazano na błędne ustalenia organu, co do stanu zdrowia powódki (tj. uznanie tej przyczyny wycofania oferty za niewiarygodną) z uwagi na niewezwanie jej do przedłożenia jakichkolwiek dokumentów związanych z jej stanem zdrowia, to należy zauważyć, że zarządzeniem z 11 maja 2018 r. Sąd Okręgowy wezwał powódkę do przedstawienia dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu jako dowód, a nie załączonych do niego, w tym zaświadczenia lekarskiego (k. 113). Zarządzenie zostało doręczone stronie 24 maja 2018 r. i nie zostało przez nią wykonane. Tym samym, zdaniem Sądu, twierdzenie S. G., iż względy zdrowotne stanowiły uzasadnioną przyczynę rezygnacji z udziału w wygranym przez nią przetargu, należy uznać za gołosłowne. Na to, iż dana okoliczność nie mogła zostać uznana za wiarygodny motyw odstąpienia od podpisania umowy z zamawiającym wskazuje również niekonsekwencja w stanowisku S. G. prezentowanym w przetargu zorganizowanym przez Dom Pomocy Społecznej w S.. Strona powodowa przedstawiła bowiem w tym przypadku zamawiającemu dwie różne przyczyny rezygnacji z zawarcia umowy i realizacji zamówienia, mianowicie, jako pierwszą przyczynę 21 maja 2014 r. podała „nieprzewidziany stan zdrowia” (k. 415 akt admin.), podczas gdy 4 czerwca 2014 r. powołała się na „odpadnięcie innych przetargów” na trasie, przy której swą siedzibę ma zamawiający, co powoduje nieopłacalność dowozu pieczywa temu ostatniemu (k. 418 akt admin.).

Jeśli zaś chodzi o przetarg zorganizowany przez ww. zamawiającego, tj. Dom Pomocy Społecznej w S., to za nietrafny należy uznać ostatni z zarzutów odwołania, sformułowany w ramach ogólnego zarzutu dokonania błędnych ustaleń faktycznych. W ocenie Sądu, organ antymonopolowy zasadnie założył, że S. G. odstąpiła od zawarcia umowy w danym przetargu dopiero 21 maja 2014 r., czyli wówczas, gdy uzyskała już pewność co do tego, że kolejną najkorzystniejszą ofertą, która może zostać wybrana, jest oferta Spółki M. (...). Nie nastąpiło to niezwłocznie po otrzymaniu przez powódkę od zamawiającego pisma z 12 maja 2014 r., informującego o wyborze jej oferty (w piśmie tym nie wskazano informacji o cenach oferowanych przez pozostałych wykonawców), lecz dopiero po wysłaniu przez zamawiającego - 19 maja 2014 r. - Spółce M. (...), na jej wniosek, wiadomości o szczegółowych wynikach przetargu, w tym także o cenach zaproponowanych w poszczególnych ofertach. Sekwencja kolejnych zdarzeń wskazuje zatem na przepływ informacji o wynikach przetargu i koordynację, będących ich następstwem, zachowań pomiędzy pozornie konkurującymi między sobą przedsiębiorcami – S. G. i Spółką M. (...).

Co do zarzutów odwołania, w ramach których wskazano na nieprawidłową ocenę zachowania powódki, polegającą na przyjęciu celowego braku odwołania się od wyników przetargu przeprowadzonego przez Publiczną Szkołę Podstawową w K. i nieprzeprowadzenie w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu z przesłuchania powódki czy świadków, to zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwsze, należy odnotować, że okoliczność niewniesienia przez S. G. odwołania, czy niezaprotestowania w inny sposób, wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty powódki tylko z tego powodu, że pomyliła się ona w kalkulacji ceny o 40 groszy (co z reguły jest traktowane przez zamawiających w kategorii oczywistej omyłki i podlega poprawieniu), miała dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy znaczenie posiłkowe, a nie pierwszorzędne. Faktycznie, znaczne koszty odwołania od decyzji zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej, mogą stanowić dla przedsiębiorcy znaczną barierę. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, wskazujących na niedozwoloną współpracę S. G. i Spółki M. (...) w ramach pozostałych postępowań przetargowych, istnieją podstawy by przypuszczać, że odrzucenie oferty powódki przez Publiczną Szkołę Podstawową w K. było po myśli tej pierwszej, gdyż ostatecznie umożliwiło wybór oferty Spółki M. (...). W przeciwnym razie, należałoby oczekiwać, że powódka nawet jeśli nie odwoła się od decyzji zamawiającego do KIO z uwagi na wysokie koszty, to jednak w jakiś choćby nieformalny, sposób zaprotestuje wobec jego decyzji, co często jest spotykane w praktyce przetargowej. Nadto, powoływanie w odwołaniu od decyzji organu regulacyjnego zarzutów naruszenia przepisów prawa postępowania administracyjnego, jest co od zasady nieskuteczne w postępowaniu przed tutejszym Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż sąd ten rozpoznaje sprawę jako sąd I instancji, w oparciu o materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym oraz zaoferowany przez strony, zgodnie z regułą ciężaru dowodu. Oznacza to bezpodstawność zarzutu, wskazującego na nieprawidłowości w zakresie postępowania dowodowego prowadzonego przez organ antymonopolowy.

Jeśli chodzi o dalsze, wyżej ustalone przez Sąd okoliczności, wskazujące na istnienie pomiędzy S. G. a Spółką M. (...) zakazanego porozumienia, to dotyczą one współpracy tych przedsiębiorców przy opracowywaniu ofert przetargowych i ich składaniu oraz istniejących między tymi przedsiębiorcami powiązań natury rodzinnej, gospodarczej, czy organizacyjnej. Tak samo ocenił te okoliczności również pozwany.

W tym kontekście szczególne znaczenie ma udzielenie przez powódkę A. D. (będącemu bratem powódki i większościowym udziałowcem Spółki M. (...)) oraz prokurentem samoistnym tej Spółki do końca 2014 r., podpisującym na tej podstawie dokumentację ofertową składaną przez Spółkę w przetargach) pełnomocnictwa, którego zakres obejmował w szczególności podpisywanie ofert, potwierdzanie dokumentów oraz zawieranie umów w przetargach. W przetargach, zorganizowanych przez Zespół (...) w C. oraz (...) w T., w których uczestniczyła zarówno powódka, jak i Spółka M. (...), A. D. podpisał dokumentację ofertową S. G., tj. złożył swój podpis na formularzu oferty oraz na każdym dokumencie wchodzącym w skład wskazanej dokumentacji. Tym samym – wbrew zarzutom podniesionym w tym zakresie w odwołaniu – w pełni uzasadnione jest przyjęcie, że A. D. znał treść ofert powódki, a w konsekwencji, wiedzę w tym zakresie miała również konkurencyjna Spółka M. (...). Rację ma pozwany, że udzielając przedmiotowego pełnomocnictwa i umożliwiając A. D. zapoznanie się z dokumentacją ofertową, powódka nie tylko nie dochowała staranności w celu utrzymania w tajemnicy treści jej oferty - zwłaszcza w zakresie informacji o oferowanych cenach, kluczowej z punktu widzenia prawidłowego działania mechanizmu konkurencji – lecz wprost stworzyła warunki

do udostępnienia i wymiany tych informacji z pozornie konkurencyjnym przedsiębiorcą. Zdaniem Sądu, jedynym racjonalnym wytłumaczeniem takiego zachowania powódki jest istnienie pomiędzy wskazanymi przedsiębiorcami niedozwolonego porozumienia, godzącego w konkurencję. W przeciwnym razie, zachowanie to należałoby ocenić jako ewidentne działanie na własną szkodę, skoro wobec ujawnienia warunków swojej oferty konkurentowi, powódka narażała się na ryzyko przegrania przetargu.

Zdaniem Sądu, wbrew stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, na fakt istnienia porozumienia wskazują także podobieństwa, dotyczące dokumentacji ofertowej składanej w poszczególnych przetargach przez S. G. i Spółkę M. (...), w tym przykładowo: podobna treść lub braki dokumentacji (np. podanie tego samego numeru fax lub referencji od różnych podmiotów tej samej treści – przetarg Aresztu Śledczego w K.; nie załączenie do oferty dowodu opłacenia składki OC w przetargu ZOZ w B.), podobna treść składanych wyjaśnień lub oświadczeń, używanie podobnych sformułowań i powoływanie tych samych argumentów (np. wyjaśnienia złożone w przetargu zorganizowanym przez Areszt Śledczy w K., czy uzasadnienie odstąpienia od zawarcia umowy z powodu „odpadnięcia innych przetargów”), opatrzenie ofert i załączonych do nich oświadczeń tą samą datą w przypadku siedmiu przetargów. Na koordynację zachowań przedsiębiorców wskazuje także okoliczność, że oferty przedsiębiorców były dostarczane zamawiającemu z reguły za pośrednictwem (...) w tych samych placówkach pocztowych, tego samego dnia i w tym samym czasie, a poszczególne przesyłki miały podobne numery. Fakty te były wystarczające do przyjęcia, że potencjalni konkurenci, czyli S. G. i Spółka M. (...), współpracowali ze sobą przy składaniu ofert w poszczególnych przetargach. Nie było zatem potrzeby ustalania – czego oczekiwała powódka - jakie przesyłki zostały nadane pomiędzy przesyłkami zawierającymi dokumentację przetargową wymienionych przedsiębiorców oraz czy były to ich przesyłki.

W opinii Sądu Okręgowego, nie sposób zgodzić się ze stroną powodową, że wniosek o zawarciu przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia wynikał z błędnych ustaleń faktycznych lub z twierdzeń opartych na wadliwym wnioskowaniu Prezesa UOKiK.

Wprawdzie dowody, na których najpierw Prezes, a następnie Sąd oparł swe ustalenia są dowodami pośrednimi, jednak nie oznacza to, że są one mniej wiarygodne niż dowody bezpośrednie. Doświadczenia wynikające z rozpoznawania spraw antymonopolowych oraz zasady logiki pozwalają przyjąć, że szczególny i zazwyczaj sekretny charakter porozumień antykonkurencyjnych oznacza, że brak jest dowodów bezpośrednich, gdyż większość uzgodnień pomiędzy porozumiewającymi się stronami zapada w formie ustnej. Dlatego ustalenia faktyczne często oparte są na domniemaniach faktycznych i dowodach pośrednich.

Domniemania faktyczne, zgodnie z art. 231 k.p.c., pozwalają na uznanie za ustalone faktów mających istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli taki wniosek można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Na dopuszczalność możliwości ustalenia naruszenia reguł konkurencji na podstawie domniemań faktycznych wskazywał natomiast zarówno Sąd Najwyższy (wyrok z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt II SK 6/06), jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn. C-204/00 P, wyrok z 27 września 2007r, sygn. T-44/02 OP - treść orzeczeń jest dostępna na stronie internetowej <http://curia.europa.eu>).

Wprawdzie możliwe jest, że część z uwzględnionych w konkretnej sprawie okoliczności ocenionych samodzielnie, w oderwaniu od reszty materiału dowodowego, nie mogłaby stanowić wystarczającego dowodu na istnienie uzgodnionych zachowań, jednak przy badaniu istnienia nielegalnego porozumienia między przedsiębiorcami należy uwzględnić łącznie wszystkie zebrane w sprawie dowody i ustalone poszlaki. Takie wszechstronne spojrzenie na cały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, którego poszczególne elementy wzajemnie się uzupełniają i wzmacniają swą moc, pozwala bowiem na poczynienie konkluzji o istnieniu zмовы przetargowej.

Powyżej przedstawione dowody pozwalały, zdaniem Sądu, ustalić z pełnym przekonaniem, że pomiędzy S. G. a Spółką M. (...) istniała praktyka, polegająca na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych warunków składanych ofert, jak i innych zachowań, zmierzających do doprowadzenia do wyboru przez zamawiających oferty tego z tych dwóch przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Wniosek taki

jest wynikiem dedukcji, wywiedzionym z ustalonych wyżej okoliczności, nie w oparciu o pojedyncze dowody lecz w oparciu o cały szereg dowodów.

Niewątpliwe fakty takie jak: zastosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert w przetargach (tj. rezygnacja z przetargów przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana po to, by przetarg wygrał, będący na drugim miejscu pod względem ceny, drugi z umawiających się przedsiębiorców), współpraca przy sporządzaniu i składaniu ofert, czy kontakty między przedsiębiorcami, wynikające z ustalonych relacji osobistych, gospodarczych oraz organizacyjnych dowodzą tego, że nastąpiła koordynacja zachowań przedsiębiorców, która nie może być uzasadniona niczym innym, jak znową przetargową. Ujawnione zachowania przedsiębiorców, w opinii Sądu, świadczą o istnieniu między nimi niejawnego porozumienia, w którym zostały ustalone wspólnie zasady udziału w analizowanych przetargach oraz reakcji na wygranie przetargu w zależności od tego, czy szanse na jego wygranie miał jeden z umawiających się przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Jednocześnie, według Sądu, nie istniały inne wiarygodne i logiczne wytłumaczenia lub powody, dla których powyższe fakty należało interpretować inaczej, niż jako wolę ustalenia zasad uczestnictwa w przetargach i rezygnacji z udziału w nich.

Sąd pragnie przy tym podkreślić, że nie neguje prawa przedsiębiorców do kontaktów, a nawet do współpracy, zaś więzy pokrewieństwa także nie stanowią same przez się dowodu na zawarcie porozumienia i nie są zakazane. Niemniej jednak zachowania przedsiębiorców, jakie zaistniały w niniejszej sprawie i istniejące relacje między przedsiębiorcami, tylko wzmacniają argumentację, wynikającą już z samej analizy zachowań podczas przetargów. Wskazane powiązania łącznie z innymi dowodami tworzą logiczną całość, dotyczącą relacji przedsiębiorców, które jednoznacznie wskazują, że zawarli oni porozumienie przetargowe.

Okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalają więc na przyjęcie, że opisane zachowania S. G. i Spółki M. (...)związane z wymienionymi postępowaniami przetargowymi, były wynikiem samodzielnej decyzji każdego z przedsiębiorców, a nie wynikiem zawarcia porozumienia. Zdaniem Sądu, absolutnie nieprawdopodobnym jest, aby decyzje odrębnych, samodzielnych podmiotów gospodarczych, działających na tym samym rynku zbiegły się w tak nieprawdopodobny sposób, że w tym samym czasie i miejscu składali oferty przetargowe, dotknięte tymi samymi brakami i by decyzje o wycofywaniu ofert podejmowali tylko w specyficznych układach wyników przetargu – jeśli nie zaistniały żadne inne zewnętrzne zjawiska, które koordynację zachowań by usprawiedliwiały. Skoro więc wskazani przedsiębiorcy działali w określony wyżej sposób bez żadnego racjonalnego wytłumaczenia, to logiczne jest, że zachowanie to musiało być wynikiem skorelowanych działań tych przedsiębiorców.

Sąd zważył, co następuje.

Odwołanie strony powodowej nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż Prezes UOKiK prawidłowo zakwalifikował zachowania przedsiębiorców: S. G. i Spółki M. (...), jako świadczące o zawarciu zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „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.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje w powołanym przepisie zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zmowy przetargowe mogą przybierać różne formy, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości zamawianego towaru lub usługi. Zmowy przetargowe mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja w przetargu funkcjonowała prawidłowo. Niezależnie od rodzaju porozumienia może ono dojść do skutku jedynie w stosunkach między samodzielnymi przedsiębiorcami, którzy dobrowolnie, świadomie do niego przystąpili, dla osiągnięcia zakazanego ustawą celu,

wymierzonego przeciwko innym uczestnikom obrotu. Efektem takich działań jest zniekształcenie lub wyeliminowanie relacji konkurencyjnych na rynku właściwym.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego stron, gdyż istotny dla możliwości stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia jest cel (przedmiot) porozumienia, a nie cel (zamiar) jego stron. Również doktryna wskazuje, iż tak rozumiany „przedmiot porozumienia” odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od „celu” ich działania, a więc istnieje nawet wówczas, gdy strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań. Oczywiście jest przy tym, że w wypadku takich porozumień zakazanych ze względu na cel nie ma znaczenia rzeczywisty skutek, czy też kwestia odczuwalności wpływu porozumienia na konkurencję na rynku właściwym.

Zasadniczo konkurencja oznacza swobodne działania wszystkich przedsiębiorców, ograniczone jedynie normami prawa. Oznacza to, że oczywiście możliwa jest współpraca pomiędzy przedsiębiorcami (zarówno tymi, którzy konkurują ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu), w tym także dopuszczalne jest zawieranie między nimi porozumień, ale tylko takich, które nie naruszają przepisów prawa, w tym zwłaszcza prawa konkurencji.

Porozumienie zawarte przez S. G. i Spółkę M. (...)w ramach przetargów, których dotyczy niniejsza sprawa, także niewątpliwie ograniczało konkurencję cenową pomiędzy nimi, jako oferentami, ale także narażało na uszczerbek finanse publiczne, którymi zarządzali zamawiający.

Dla zbadania, czy na danym rynku doszło do naruszenia reguł konkurencji, konieczne jest określenie tego rynku, w sposób określony w art. 4 pkt 9 uokik. Pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Sąd Okręgowy uznał, dzieląc w tym zakresie ustalenia Prezesa UOKiK, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, jest krajowy rynek hurtowych dostaw pieczywa dla podmiotów instytucjonalnych. Ustalenie to nie było kwestionowane przez powódkę.

Dowiedziany w niniejszej sprawie fakt zawarcia przez S. G. i Spółkę M. (...)porozumienia ograniczającego konkurencję, co do zachowania w toku przetargów, jednoznacznie przesądza uznanie, że przedsiębiorcy ci naruszyli reguły konkurencji na wyżej opisanym rynku właściwym. Przy czym antykonkurencyjny cel porozumienia tego porozumienia był jednoznaczny, skoro przedsiębiorcy w sposób nieuzasadniony rezygnowali z rywalizacji o udzielenie zamówienia (poprzez odstępowanie od podjęcia określonych czynności w toku przetargów), aby doprowadzić do wyboru oferty tego z nich, który w danym przetargu zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Z racji tego, że przedsiębiorcy składali pozornie niezależne, bo odrębne oferty w jednym postępowaniu przetargowym, mogli manipulować wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Praktyka taka skutkowałą wprowadzeniem zamawiającego w błąd, co do istniejącego stanu konkurencji, gdyż konkurencja ta była pozorna i umożliwiała uczestnikom tego postępowania będącym w zмовie uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, niż w przypadku niezakłóconej konkurencji.

W tych okolicznościach nałożenie na umawiających się przedsiębiorców kary było uzasadnione i znajdowało podstawę prawną w treści art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, który stanowi, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy. Wprawdzie nałożenie kary, o jakiej mowa w powołanym przepisie, ma charakter fakultatywny, to jednak okoliczności sprawy przemawiały za jej zastosowaniem. W szczególności prawidłowo ustalona przez organ umyślność działania przedsiębiorców miała w tym aspekcie szczególne znaczenie. Strony porozumienia, jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, musieli mieć bowiem świadomość naruszania swoim zachowaniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję i to w typowej postaci, wprost przewidzianej w ustawie antymonopolowej, jaką jest zмова przetargowa. Przy braku

przypadkowości w działaniach przedsiębiorców, jakie miały miejsce w opisywanych postępowaniach przetargowych, zachowanie przedsiębiorców jednoznacznie wskazywało na zamierzoną koordynację postępowania w konkretnych przetargach, co jednoznacznie wskazuje na umyślny charakter.

W ocenie Sądu, nałożona na S. G. kara w wysokości 21.322 zł (stanowiąca 50% maksymalnego dopuszczalnego wymiaru kary) jest karą adekwatną do stopnia naruszenia interesu publicznego, gdyż zmywy przetargowe stanowią bardzo poważne ograniczenia konkurencji i są dla niej bardzo szkodliwe. Przy czym z uwagi na to, że porozumienie zawarte między przedsiębiorcami nie eliminowało zupełnie konkurencji, gdyż na rynku, na którym zostało zawarte nie występują znaczące bariery wejścia na rynek, kara nie została ustalona na wysokim poziomie. Z drugiej jednak strony, organ antymonopolowy trafnie uwzględnił okoliczność faktycznego wprowadzenia porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, jak również negatywne skutki dla uczestników rynku – organizatorów przetargów. Zasadne było zwiększenie kwoty bazowej kary o 50% z uwagi na długotrwały okres naruszenia, gdyż porozumienie, którego dotyczy zaskarżona decyzja miało charakter ciągły i funkcjonowało od grudnia 2013 r. i nie zostało zaprzestane do czasu wydania tej decyzji. Prezes trafnie uznał, że w sprawie nie występują okoliczności łagodzące, które pozwoliłyby na zmniejszenie wymiaru kary orzeczonej wobec powódki. Zasadnie też organ przyjął, jako okoliczność obciążającą, umyślność działania przedsiębiorcy.

Zważywszy na fakt, że kara ma spełniać funkcje prewencyjno-wychowawcze, powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z tych względów kara zastosowana wobec powódki nie mogła zostać wymierzona w symbolicznej wysokości. Jednocześnie potencjał ekonomiczny strony powodowej wskazuje, że jest to kara do udźwignięcia i nie stanowi niemożliwego dla niej wydatku finansowego, w szczególności nie niesie też ze sobą ryzyka wyeliminowania jej z obrotu gospodarczego. Mając na uwadze wszystkie powyżej wymienione okoliczności Sąd uznał, że kara wymierzona S. G. zaskarżoną decyzją jest adekwatna do wagi stwierdzonego naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Z tych wszystkich względów, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na postawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c., oddalił wniesione przez stronę powodową odwołanie, wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c., obciążając nimi w całości stronę powodową, stosownie do wyniku sporu, na podstawie 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. Na koszty należne, wygrywającemu sprawę, Prezesowi UOKiK złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 1440 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w związku z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych (decydującą datą o zastosowaniu rozporządzenia w jego pierwotnej treści była data wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, która w ocenie Sądu oznacza zakończenie postępowania w danej instancji - tu odpowiednio zakończenie postępowania administracyjnego i rozpoczęcie postępowania sądowego).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka