

UZASADNIENIE

Decyzją RLU Nr (...) z 24 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKIK):

I. na podstawie art. 11 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 ze zm.) (dalej u.o.k.i.k.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko M. P. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B., (...) J. S. i wspólnicy Spółka Jawna z (...) w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O.,

uznał za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na zawarciu przez w/w przedsiębiorców - porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru odpadów komunalnych w mieście B., polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu 24 października 2011 r. organizowanym przez (...) sp. z o.o. w B., warunków składanych ofert poprzez niezłożenie wraz z ofertą a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego, co spowodowało przyjęcie przez zamawiającego najwyższej oferty spośród ofert złożonych przez w/w przedsiębiorców,

co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 22 listopada 2011 r.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. nałożył na:

1. (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. karę pieniężną w wysokości 474 401 zł,
2. (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. karę pieniężną w wysokości 373 545 zł,
3. (...) J. S. i wspólnicy Spółka Jawna z (...) w B. karę pieniężną w wysokości 12 768 zł,
4. M. P. karę pieniężną w wysokości 814 zł,

w związku z dopuszczeniem się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Od przedmiotowej Decyzji odwołanie wnieśli:

- a) **(...) Sp. z o.o.** z siedzibą w B. (obecnie w upadłości likwidacyjnej) (sygn. akt **XVII AmA 102/14**),
- b) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. (obecnie (...) sp. z o.o. w restrukturyzacji w O.) (sygn. akt **XVII AmA 103/14**),
- c) **(...) J. S. i Wspólnicy** spółka jawna z siedzibą w B. (obecnie (...) Sp. z o.o. w restrukturyzacji w O.) (sygn. akt **XVII AmA 104/14**),
- d) **M. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B. (sygn. akt **XVII AmA 105/14**).

Sąd postanowił połączyć sprawy o sygnaturach XVII AmA 105/14, XVII AmA 104/14, XVII AmA 103/14 do wspólnego rozpoznania ze sprawą XVII AmA 102/14 i dalej prowadzić je pod sygnaturą XVII AmA 102/14.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w B. (obecnie w upadłości likwidacyjnej) w swoim odwołaniu wniósł o uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, ewentualnie z ostrożności procesowej o zmianę zaskarżonej Decyzji i orzeczenie co istoty sprawy w zakresie pkt II ppkt 2 poprzez obniżenie kary pieniężnej o kwotę odpowiadającą 0,1% przychodu powoda. Powód wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i dokumentów.

Zaskarżonej Decyzji zarzucił:

I. naruszenie prawa materialnego tj.:

1. art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. przez jego wadliwe zastosowanie w stosunku do powoda i przyjęcie:

- że powód uczestniczył w porozumieniu mającym na celu uzgodnienie warunków składania ofert w postępowaniu przetargowym (...) z dnia 24.10.2011 r.

- że porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami miało charakter działania umyślnego- kierunkowego, zaś jego cel był realny do osiągnięcia i miał na celu ograniczenie konkurencji, w sytuacji gdy z dokumentów postępowania wynika, iż działanie powoda nie mogło dążyć do osiągnięcia celu „zabezpieczenia oferty (...)”,

2. art. 106 u.o.k.i.k. poprzez jego wadliwe zastosowanie skutkujące nałożeniem na powoda kary pieniężnej, jak również przez wadliwe uznanie, iż działanie powoda miało charakter kwalifikowany (umyślny) wobec czego nałożoną karę pieniężną podwyższono o 20%,

3. art. 106 u.o.k.i.k. poprzez jego wadliwe zastosowanie skutkujące nałożeniem na powoda kary pieniężnej w sytuacji, w której Prezes UOKiK nie powinien stosować art. 6 ustawy,

4. art. 111 u.o.k.i.k. poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem uwzględnienia okoliczności dających podstawę do ustalenia kary w dolnej jej granicy.

II. naruszenie przepisów postępowania:

1. art. 233 k.p.c. w związku z art. 84 u.o.k.i.k. przez wadliwą i dowolną ocenę materiału dowodowego, w szczególności przez dokonanie oceny dowodów wyłącznie pośrednich skutkującą przyjęciem następujących ustaleń faktycznych w zakresie:

- działania powoda w ramach porozumienia z przedsiębiorcami (...) i (...), celem którego było zabezpieczenie oferty (...), co miało skutkować osiągnięciem najwyższej ceny w postępowaniu przetargowym z 24.10.2011 r.,

- błędnym ustaleniu, że działania powoda mogło spowodować osiągnięcie celu w postaci „zabezpieczenia oferty (...)”, a tym samym było działaniem dążącym do naruszenia konkurencji.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w O. (obecnie (...) Sp. z o.o. w restrukturyzacji w O.) w swoim odwołaniu wniósł o uchylenie Decyzji jako nieprawidłowej oraz umorzenie postępowania, bądź o zmianę Decyzji poprzez orzeczenie, że powód nie stosował zarzucanej mu przez Prezesa UOKiK praktyki ograniczającej konkurencję, względnie jej zmianę poprzez obniżenie nałożonej kary pieniężnej. Precyzując powód wskazał, iż wnosi o zmianę Decyzji w ten sposób, że nie stwierdza się stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., polegającej na uzgodnieniu przez odwołującego z M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. oraz (...) J. S. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w B. przystępującymi do przetargu zorganizowanego przez (...) w dniu 24 października 2011 r. warunków składanych ofert poprzez niezłożenie wraz z ofertą, a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, co spowodowało przyjęcie przez Zamawiającego oferty najwyższej spośród złożonych przez ww. przedsiębiorców tj. oferty odwołującego. Z ostrożności, w razie nieuwzględnienia tego wniosku powód podał konkretnie, iż wnosi o uchylenie punktu II podpunktu 1 sentencji Decyzji, względnie o jego zmianę poprzez obniżenie nałożonej kary pieniężnej, jak też o zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto powód wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, znajdujących się w aktach sprawy prowadzonej przez Prezesa UOKiK na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań strony, tj. wiceprezesa zarządu powoda R. M. na okoliczność sporządzenia oferty w przetargu zorganizowanym przez (...) w B. z dnia 24 października 2011 r. oraz nie zawarcia porozumienia

ograniczającego konkurencję, przyczyn podwyższenia ceny w kolejnych przetargach, przyczyn nieodwoływania się do KIO od rozstrzygnięć Zamawiającego.

Zaskarżonej Decyzji zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez powoda porozumienia ograniczającego konkurencję z M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. oraz (...) J. S. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w B., w oparciu o fakt złożenia kompletnej, spełniającej warunki określone przez Zamawiającego oferty w przetargu zorganizowanym przez (...) Sp. z o.o. w B. z dnia 24 października 2011 r., który to wniosek przeczy zasadom logiki i doświadczenia życiowego;

b) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez przekroczenie przez Prezesa UOKiK granic swobodnej oceny dowodów i sprzeczność istotnych ustaleń Prezesa UOKiK z materiałem dowodowym zgromadzonym w postępowaniu antymonopolowym polegającą na ustaleniu, że powód zawarł z M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. oraz (...) J. S. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w B. porozumienie ograniczające konkurencję, w oparciu o istnienie powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy powodem a tymi przedsiębiorcami, co w żaden sposób nie dowodzi tezy o zawarciu jakiegokolwiek porozumienia;

c) art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez włączenie do materiału dowodowego zeznań złożonych w innym postępowaniu antymonopolowym i oparcie na nich rozstrzygnięcia, przez co Prezes UOKiK naruszył zasadę bezpośredniości przeprowadzenia dowodu;

2) naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. w zw. z art. 4 pkt 5 lit. b) u.o.k.i.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Prezesa UOKiK i błędne uznanie, że powód zawarł porozumienie z M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. oraz (...) J. S. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w B., którego celem było ograniczenie konkurencji polegające na uzgodnieniu z tymi przedsiębiorcami warunków ofert składanych w postępowaniu zorganizowanym przez (...) Sp. z o.o. w B. z dnia 24 października 2011 r., poprzez niezłożenie wraz z ofertą, a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, co spowodowało przyjęcie przez Zamawiającego najwyższej oferty, tj. oferty powoda;

b) art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Prezesa UOKiK i nieuprawnione nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości 474.401 zł;

3) z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów, naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. w zw. z art. 111 u.o.k.i.k. poprzez nałożenie przez Prezesa UOKiK na powoda kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia interesu publicznego, okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów u.o.k.i.k.

(...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w B. (obecnie (...) Sp. z o.o. w restrukturyzacji w O.) podniósł, iż odwołanie od Decyzji wnosi w części dotyczącej (...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna stwierdzającej popełnienie przez powoda czynu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. i stwierdzającej zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 22 listopada 2011 r. (punkt I sentencji Decyzji w zakresie dotyczącym powoda) oraz nakładającej na powoda karę pieniężną w wysokości 12.768 zł (punkt II ppkt 3 sentencji Decyzji w całości). Powód wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania przez Sąd i zmianę Decyzji w zaskarżonej części dotyczącej powoda, tj. zarzucającej w punkcie I sentencji zawarcie przez powoda porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. i stwierdzającej zaniechanie stosowania praktyki naruszającej konkurencję z dniem 22 listopada 2011 r. oraz nakładającej nań w punkcie II podpunkcie 3 sentencji karę pieniężną w wysokości 12.768 złotych poprzez stwierdzenie, że powód nie stosował

zarzucanej mu przez Prezesa UOKiK praktyki naruszającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., względnie o uchylenie zaskarżonej Decyzji w tej części;

2) z ostrożności, w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, uchylenie punktu II podpunktu 3 sentencji Decyzji w całości, względnie o jego zmianę poprzez obniżenie nałożonej kary pieniężnej;

3) dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy prowadzonej przez Prezesa UOKiK, w tym wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

4) dopuszczenie dowodu z wszystkich dokumentów, w tym utajnionych przez Prezesa UOKiK, znajdujących się w aktach sprawy prowadzonej przez Prezesa UOKiK na okoliczność braku zawarcia przez powoda jakiegokolwiek porozumienia z pozostałymi adresatami kwestionowanej Decyzji mającego na celu zakłócenie konkurencji poprzez uzgadnianie warunków składanej oferty, niezgadniania z adresatami kwestionowanej Decyzji warunków ofert składanych w analizowanym postępowaniu, nieotrzymania jakiegokolwiek ekwiwalentu za rzekomo „świadome wycofanie się” powoda z przetargu, a także na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania;

5) odtajnienie na zasadzie 479³³ § 2 k.p.c. przez Sąd wszystkich dokumentów, co do których Prezes UOKiK ograniczył prawo do wglądu stronom z uwagi na konieczność merytorycznego odniesienia się do tej dokumentacji;

6) zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Powód zarzucił Decyzji naruszenie:

1) przepisów postępowania:

a) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez nieuprawnione przyjęcie przez Prezesa UOKiK domniemania faktycznego dotyczącego rzekomego zawarcia przez powoda porozumienia mającego na celu ustalanie warunków składanych ofert poprzez niezłożenie wraz z ofertą a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych w przetargu, podczas gdy zebrany materiał dowodowy, reguły doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania nie pozwalały na jego zastosowanie w niniejszym przypadku i nie uzasadniały oparcia rozstrzygnięcia na nieustalonych w toku postępowania dowodowych faktach, zaś niezależnie od tego okoliczności, na które powołuje się Prezes UOKiK (w szczególności fakt odrzucenia oferty powoda w analizowanym przetargu, podwyższenia cen w przetargach zorganizowanych po unieważnieniu pierwotnego postępowania, nieuzupełnienie dokumentów/niezłożenie wyjaśnień w innym przetargu, istnienie powiązań kapitałowych i osobowych, tożsamość miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, rzekoma tożsamość charakteru pisma osoby wypełniającej ofertę powoda i ofertę M. P. oraz spółki (...) sp. z o.o.) nie miały nawet swoistej zdolności wykazania tezy (stworzenia domniemania) o zawarciu jakiegokolwiek antykonkurencyjnego porozumienia przez powoda, zaś zawarcie porozumienia nie zostało w jakikolwiek sposób udowodnione powodowi, co stanowi naruszenie ciążące na Prezesie UOKiK obowiązku dowodowego;

b) art. 54 ust. 1 u.o.k.i.k. w zw. z art. 60 ust. 1 i ust. 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i.k. poprzez przyjęcie przez Prezesa UOKiK za ustalony fakt wymagającego wiadomości specjalnych w postaci rzekomej tożsamości pisma osoby wypełniającej ofertę powoda z dnia 21 października 2011 r., ofertę M. P. z dnia 21 października 2011 r. (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)) oraz ofertę spółki (...) sp. z o.o. i niedopuszczenia na tę okoliczność dowodu z opinii biegłego oraz nieprzeprowadzenia rozprawy administracyjnej w tym celu, co stanowi rażące przekroczenie zasad prowadzenia postępowania dowodowego;

c) art. 52 ust. 1 i ust. 2 u.o.k.i.k. i art. 60 ust. 1 i ust. 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i.k. oraz art. 299 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez pominięcie wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka (R. C.) zgłoszonego przez powoda, a także niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony odwołującej się na okoliczność braku zawarcia jakiegokolwiek porozumienia z

jakimkolwiek podmiotem, ukierunkowanego na zakłócenie konkurencji i w konsekwencji nieprzeprowadzenie rozprawy administracyjnej w celu przeprowadzenia tych dowodów;

d) art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez oparcie się przez Prezesa UOKiK na protokole zeznań złożonych w innym toczącym się postępowaniu w sytuacji, gdy dla uwzględnienia przy odtwarzaniu stanu faktycznego sprawy zeznań osoby musiałyby być one zgodnie z zasadą bezpośredniości przeprowadzone przed Prezesem UOKiK w toczącej się sprawie, które to zachowanie narusza zasadę bezpośredniości przeprowadzania dowodów;

e) art. 233 § 1 i § 2 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. poprzez przekroczenie przez Prezesa UOKiK zasady swobodnej oceny dowodów i dowolną ich ocenę, a także zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i ustalenie, że powód zawarł antykonkurencyjne porozumienie polegające na uzgadnianiu warunków złożonej w analizowanym postępowaniu przetargowym oferty poprzez świadome, celowe niezłożenie wraz z ofertą a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych w przetargu, podczas gdy materiał zgromadzony w sprawie nie dawał podstawy do takiej konstatacji i zawarcie porozumienia nie zostało udowodnione;

f) art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. w zw. z art. 7 k.p.a. i art. 11 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i.k. poprzez nieuwzględnienie w uzasadnieniu przyczyn, dla których Prezes UOKiK nie przyznał wiarygodności dowodowej i mocy dowodowej części dokumentacji zgromadzonej w sprawie, a także nie odniesienie się w uzasadnieniu Decyzji do konkretnych dowodów z dokumentów przeprowadzonych w sprawie;

2) przepisów prawa materialnego:

a) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. w zw. z art. 4 pkt 5 lit. b) u.o.k.i.k. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przez Prezesa UOKiK i błędne uznanie, że powód zawarł porozumienie, o którym mowa w tym przepisie, tj. porozumienie, którego celem i skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób na rynku właściwym konkurencji, polegające na uzgadnianiu przez powoda warunków składanych ofert;

b) art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości 12.768 złotych podczas gdy stan faktyczny w sprawie uniemożliwiał przypisanie powodowi faktu zawarcia jakiegokolwiek porozumienia mającego na celu, bądź którego skutkiem miałyby być ograniczenie, wyłączenie bądź wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym;

c) z ostrożności, w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów, art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. i art. 111 u.o.k.i.k. przez nałożenie przez Prezesa UOKiK na powoda kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia interesu publicznego i bez uwzględnienia okoliczności sprawy.

M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B. w swoim odwołaniu, zaskarżając Decyzję w całości wniósł o jej uchylenie w całości i zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k. przez naruszenie zasad logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego i dokonanie dowolnej oceny materiału dowodowego poprzez uznanie, że zebrany materiał dowodowy uzasadnia przyjęcie, iż powód oraz (...) sp. z o.o. w B., (...) J. S. i Wspólnicy sp. j. w B., (...) sp. z o.o. w O. zawarli w związku z ich uczestnictwem w przetargu z dnia 24.10.2011 r. organizowanym przez (...) Sp. z o.o. w B. porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. i w następstwie powyższego wydanie Decyzji, której dotyczy odwołanie;

2. naruszenie art. 106 u.o.k.i.k. poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej w sytuacji, gdy brak jest podstaw do przyjęcia, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do jej nałożenia.

Pozwany Prezes UOKiK złożył odpowiedzi na odwołania powodów, w których wniósł o oddalenie odwołań oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych. Jeśli chodzi o dodatkowe

wnioski zamieszczone w odwołaniu (...) J. S. i Wspólnicy sp. j., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., pozwany wniósł też o ich oddalenie.

W reakcji na stanowisko pozwanego, (...) wniósł o pominięcie odpowiedzi Prezesa UOKiK na odwołania powodów jako złożone na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot- osobę pełniącą funkcję Prezesa UOKiK- powołany na stanowisko z rażącym naruszeniem prawa.

Na rozprawie toczącej się w sprawie z odwołania (...) J. S. i Wspólnicy sp. j., w dniu 27 sierpnia 2015 r., (...) Sp. z o.o. sp.k. jako przekształcony ze spółki (...) Sp. z o.o. i przejmujący spółkę (...) J. S. i Wspólnicy sp. j., wskazując na utratę bytu prawnego przez (...) podniósł, iż Decyzja powinna być uchylona a postępowanie umorzone.

Na rozprawie w dniu 28 stycznia 2016 r. (...) Sp. z o.o. sp.k. podniósł, iż nigdy nie twierdził, że skutkiem procesowym winno być umorzenie postępowania sądowego. Wskazał, iż z uwagi na przejęcie (...) przez (...) powinno dojść do uchylenia Decyzji i umorzenia postępowania, ponieważ nie ma strony, zaś decyzja jeszcze nie zaczęła wywoływać skutków prawnych.

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

M. P. prowadził działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. P. z siedzibą w B. na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta B. pod nr (...). Zgodnie z wpisem do ewidencji przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m.in. gospodarowanie odpadami (zbieranie i obróbka) (k. 358-366 akt adm.).

Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo- Handlowe (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. przy ul. (...), zmieniło nazwę na (...) Sp. z o.o., (dalej (...)), wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Zgodnie z wpisem do ewidencji przedmiotem działalności przedsiębiorcy są m.in. usługi odbioru i odzysku, obróbki, przetwarzania odpadów itp. Spółka posiada własną instalację do odzyskiwania odpadów zakwalifikowaną jako (...) Instalacja Przetwarzania (...). Spółka działa głównie na terenie miasta B. i jego okolicach. Aktualnie Spółka znajduje się w upadłości likwidacyjnej i jest reprezentowana przez Syndyka Masy Upadłości (k. 338-342 akt adm., k. 34-37, 490-494 akt sąd.).

(...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w B. (adres siedziby taki sam, jak (...)- ul. (...) w B.), (dalej (...)), wpisany był do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Zgodnie z wpisem do ewidencji przedmiotem działalności przedsiębiorcy było m.in. zbieranie, usuwanie odpadów. (...) działał głównie na terenie miasta B.. Spółka rozpoczęła działalność w 2007 r. jako (...) M.T. i Wspólnicy spółka jawna, następnie w 2009 r. zmieniła nazwę na (...) L. M. i Wspólnicy spółka jawna, by w sierpniu 2011 r. znowu zmienić nazwę na (...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna (k. 230-235 akt adm.). (...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna została przejęta przez (...) Sp. z o.o. w O. na podstawie uchwały o połączeniu podjętej przez Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników (...) Sp. z o.o. w dniu 21 maja 2014 r. oraz wszystkich wspólników (...) J. S. i Wspólnicy spółka jawna w dniu 21 maja 2014 r. (k. 77- 81 akt sąd.).

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. (dalej (...)), był wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Zgodnie z wpisem do ewidencji przedmiotem działalności przedsiębiorcy było m.in. zbieranie, obróbka, usuwanie, przetwarzanie odpadów. Spółka posiadała własne wysypisko i instalację do odzyskiwania odpadów komunalnych zakwalifikowaną jako (...) Instalacja Przetwarzania (...). Spółka działała w województwie (...) (O., C., S., W.), (...) (B., Ł.) i (...) - (...) (O.) (k. 321-328 akt adm.). (...) Sp. z o.o. w O. została przekształcona w spółkę komandytową pod firmą (...) sp. z o.o. sp.k. w O. - wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...) - na podstawie uchwały o przekształceniu spółki podjętej 11 lutego 2015 r. (k. 121- 123 akt sąd.). Następnie (...)sp. z o.o. sp.k. w O. na podstawie uchwały wszystkich wspólników z 14 czerwca 2018 r. przekształciła się w spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością pod firmą (...) Sp. z o.o. wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...), która obecnie znajduje się w restrukturyzacji (k. 437- 440 akt sąd.).

Skład organów zarządzających przedsiębiorców w 2011r.:

1. (...) działalność gospodarcza prowadzona od 2001 r. przez osobę fizyczną M. P. jednoosobowo. Decyzje dotyczące działalności podejmował właściciel **(k. 357 akt adm.- tajemnica przedsiębiorcy)**.

2. (...) - od 2009 r. do 16 czerwca 2011 r. jedynym udziałowcem spółki był L. M.. W czerwcu 2011 r. nowym, jedynym udziałowcem spółki został (...), który 16 czerwca 2011 r. odkupił 100% udziałów od L. M.. Nie uległa zmianie umowa spółki. W 2011 r. w okresie, którego dotyczy niniejsza sprawa (październik 2011r.) funkcję Prezesa Zarządu (...) jednoosobowo pełnił M. P.. Nie powołano rady nadzorczej w spółce. Spółka ma siedzibę przy ul. (...) w B., która jest jej własnością. Decyzje w sprawach strategii marketingowych podejmowali do czerwca 2011 r. L. M., a po przejęciu 100% udziałów w spółce przez (...), dalej L. M. jako konsultant i M. P. -Prezes Zarządu oraz dwaj pracownicy: B. P. dyrektor logistyki i N. S. kierownik działu marketingu, decyzje podejmowano na spotkaniach roboczych (k. 83-88, 338-343, 1193-1212, k. 1229 akt adm.).

3. (...) - L. M. i D. M. figurowali jako wspólnicy tej spółki do czasu ich wykreślenia z KRS w dniu 25 sierpnia 2011 r. Po nich wspólnikami spółki zostali J. S. (2) oraz (...). W 2011 r. na mocy udzielonego pełnomocnictwa R. C. prowadził wszystkie sprawy spółki, w tym dotyczące postępowań przetargowych. Spółka zajmowała jeden pokój biurowy, który był wynajmowany od spółki (...) (k. 77-81, 1228, 1232 akt adm.).

4. (...) według stanu z KRS na dzień 27.07.2011 r. wspólnikami spółki byli J. S. (2) i J. S. (3). J. S. (2) miał 90% udziałów, a J. S. (3) 10% udziałów w tej spółce. Zarząd składał się z dwóch osób: Prezesa Zarządu J. S. (2) i Wiceprezesa R. M.. Prokurentem spółki była M. S.. Do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony był jednoosobowo Prezes Zarządu bądź dwóch członków zarządu, albo członek zarządu łącznie z prokurentem. W spółce nie powołano organu nadzoru. Władzami spółki stosownie do zapisów Umowy spółki były w 2011 r. zgromadzenie wspólników i zarząd. Decyzje odnośnie strategii marketingowej podejmował w tym okresie zarząd spółki w trakcie spotkań z kierownikami jednostek organizacyjnych (k. 69- 75 akt adm., k. 1186-1192 akt adm.).

W spółce (...) jedynym udziałowcem od 16.06.2011 r. była spółka (...) Sp. z o.o., która posiadała 100% udziałów. Żaden przedstawiciel (...) nie zasiadał we władzach (...). Spółki te nie łączyły żadne dodatkowe umowy współpracy w zakresie prowadzenia wspólnej działalności gospodarczej na rynku odbioru odpadów komunalnych w mieście B. czy obowiązek konsultacji podejmowanych decyzji dotyczących przystępowania do przetargów. Po przejęciu udziałów przez (...) w (...) były udziałowcem L. M. był konsultantem (...) w sprawach prowadzenia działalności gospodarczej (k.1193-1212, 1229 akt adm.).

W spółce (...) Prezesem Zarządu był J. S. (2) będący równocześnie (...) spółki jawnej (...). (...) była też jednym ze wspólników (...) (k. 69-82 akt adm.).

L. M. do 15 czerwca 2011 r. jedyny udziałowiec (...), był równocześnie (...) spółki jawnej (...) (k.77-82, 1193-1212 akt adm.).

M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. P. był równocześnie Prezesem Zarządu (...) (k. 83-88 akt adm.). (...) nie był powiązany kapitałowo z (...) **(k. 357 akt adm.- tajemnica przedsiębiorcy)**.

(...) i (...) mieli siedziby pod tym samym adresem - (...), (...)-(...) B..

Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone przez (...) sp. z o.o. w B. (dalej (...)) w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń, jak też podane do wiadomości publicznej wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) na stronie internetowej (...) w dniu 14 października 2011 r. (k. 1241-1244 akt adm.).

24 października 2011 r. (...) rozstrzygnęło przetarg nieograniczony na wywóz nieczystości stałych z terenu osiedli (...).

Jak wynika z SIWZ z 12 października 2011 r. przedmiotem tego zamówienia był wywóz nieczystości stałych z ustawionych na terenie osiedli (...) 33 kontenerów typu KP 7, 22 zestawów do selektywnej zbiórki surowców wtórnych, 1 kontenera do wywozu nieczystości gabarytowych z punktów ustalonych przez Zamawiającego przynajmniej jeden raz w tygodniu, kontenery miał zapewnić wykonawca. Termin realizacji zamówienia - rozpoczęcie 1 listopada 2011 r. - zakończenie 31 października 2012 r.

Wykonawcy mieli spełniać m.in. następujące warunki:

- a) posiadać aktualne zezwolenie na wywóz nieczystości stałych z terenu miasta B. wydane przez Urząd Miejski w B.,
- b) prowadzić nieodpłatną, selektywną zbiórkę surowców wtórnych (szkło, papier, plastik),
- c) nie podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2010r. Nr 113 poz. 759 j.t.),
- d) posiadać doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- e) znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia,
- f) w dniu składania zamówienia wykonawca musiał być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę w wysokości co najmniej 250 tys. zł.

W rozdz. IV SIWZ podano, co musi zawierać oferta oraz jakie informacje w postaci oświadczeń i dokumentów mają dostarczyć oferenci. Pkt 3.3 stanowił, że przedsiębiorca ma wraz ofertą dostarczyć: Aktualne zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (...) potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne (...), wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, (zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 obowiązującego w tym czasie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz.U. z 2009 r. nr 226, poz. 1817). Natomiast pkt 3.9. stanowił, że przedsiębiorca wraz ze składaną ofertą miał dostarczyć: Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert (zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 ww. rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r.).

W rozdziale X ust. 1 SIWZ podano m.in., że oferty należy złożyć do 24 października 2011 r. do godz. 10:00, a otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godz. 10:10, natomiast Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert poda kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W rozdziale XI SIWZ podano m.in. ilość mieszkańców w zasobach (...) od dnia 01.11.2011 r. oraz, że do porównania ofert zamawiający przyjmie cenę brutto.

W rozdziale XII SIWZ podano, że kryterium jaki będzie się kierował Zamawiający jest cena ofertowa - 100% (dowód: SIWZ k. 48-54 akt adm.)

M. P., (...), (...) i (...) złożyły swoje oferty w postaci dokumentów w przetargu ogłoszonym przez (...) (k. 42-47, 56, 102-295, 1241-1247 akt adm.).

Wraz ze złożonymi ofertami, stosownie do wymagań SIWZ, przedsiębiorcy przedstawili informacje i dowody w zakresie oferowanej ceny, referencje, ubezpieczenia i wymagane zaświadczenia. W przypadku dwóch firm (...) i

(...), ten drugi wystawił przedsiębiorcy (...) zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów w celu realizacji przedmiotu zamówienia (k. 102- 295, 145 akt adm.).

Oferty cenowe przedstawiały się następująco. Najwyższą ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Usługowo - (...) sp. z o.o., następną ofertą była oferta (...) sp. z o.o., później oferta (...), która była nieznacznie niższa aniżeli oferta (...). W dalszej kolejności były oferty (...), (...) i M. P. (wysokość cen ofertowych (...), (...), (...) i (...) podana na k. 1623 akt adm. objęta jest **tajemnicą przedsiębiorstwa**).

Oferta M. P. była datowana na 21 października 2011r. i została podpisana przez właściciela tj. M. P., który potwierdził za zgodność z oryginałem dokumenty załączone do oferty. Standardowy druk oferty został wypełniony ręcznie. Oferta po lewej stronie została oznaczona miejscowością i datą: B. 2011-10-21 (pismo odręczne). Wraz z ofertą złożono: wypis z ewidencji działalności gospodarczej, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów z terenu miasta B., zaświadczenie z 21 października 2011 r. o niezaleganiu w zapłacie podatków według stanu na 21 października 2011 r., oświadczenie z 21 października 2011 r. o gotowości udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez (...) na rzecz M. P., rozszerzenie polisy ubezpieczeniowej do kwoty 250 tys. zł z 18 października 2011 r., opinię bankową (...) S.A., dokumenty finansowe (...) (bilans, opinię bankową, rachunek zysków i strat za okres 2008- 2010), do oferty nie załączono żadnych dokumentów finansowych M. P. oprócz dwóch polis (...). Przedsiębiorca przedstawił również referencje od (...), bowiem w okresie od 1 maja 2010 r. do 30 października 2011 r. firma ta miała podpisaną umowę z (...) na wywóz odpadów z jej zasobów (k. 102-182 akt adm.).

Wraz z ofertą nie złożono wymaganych w SIWZ dokumentów w postaci: zaświadczenia z ZUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert i aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Oferta (...) jest datowana na 24 października 2011 r. i została podpisana przez Prezesa Zarządu M. P.. Standardowy druk oferty został wypełniony ręcznie. Oferta po lewej stronie została oznaczona miejscowością i datą: (...).10.2011 r. (pismo odręczne). Załączniki do oferty zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez M. P.. Do oferty załączono m.in.: odpis z KRS, ubezpieczenie z TUiR (...), zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z 26 września 2011 r. według stanu na dzień 26 września 2011 r., zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne z 26 września 2011 r. według stanu na dzień 26 września 2011 r., zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta B., referencje od Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w B., dokumenty finansowe spółki za okres 2008- 2010 (k. 183-226 akt adm.).

Wraz z ofertą nie złożono wymaganej w SIWZ aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Oferta (...) nosi datę 21 października 2011 r. i została podpisana przez właściciela J. S. (2) i R. C. pełnomocnika spółki na mocy pełnomocnictwa z 6 września 2011 r. Standardowy druk oferty został wypełniony ręcznie. Oferta po lewej stronie została oznaczona miejscowością i datą: B. 2011-10-21 (pismo odręczne). Załączniki do oferty zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez J. S. (2) i R. C.. Do oferty załączono m.in.: odpis z KRS, ubezpieczenie w (...) Towarzystwie (...) oraz polisę rozszerzeniową do kwoty 250 tys. zł z 18 października 2011 r., zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach i niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne z 18 października 2011 r. i z 19 października 2011 r. według stanu na 18 października 2011 r. i 19 października 2011 r., opinię bankową (...) Banku, zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta B., referencje od Spółdzielni Mieszkaniowej im. (...) w B., Spółdzielni Mieszkaniowej w K., Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w B. i Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w B., dokumenty finansowe spółki (k. 227-263 akt adm.).

Nie złożono wymaganej w SIWZ aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Oferta (...) nosi datę 21 października 2011 r. i została podpisana przez J. S. (2) Prezesa Zarządu i Wiceprezesa R. M.. Standardowy druk oferty został wypełniony w całości na komputerze. Oferta po lewej stronie została oznaczona miejscowością i datą: O., 21 października 2011 r. Załączniki do oferty zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez J. S. (2) i R. M.. Do oferty załączono m.in.: odpis z KRS, ubezpieczenie z TUiR (...), zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z 11 sierpnia 2011 r. i opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne z dnia 10 sierpnia 2011 r., zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta B., zapytanie wraz z informacją z Krajowego Rejestru Karnego (zapytanie z 10 czerwca 2011 r. podpisane przez Prezesa Zarządu (...) J. S. (2) i Wiceprezesa R. M.), referencje od Urzędu Miejskiego w T., Urzędu Gminy D., dokumenty finansowe spółki (k. 264-295).

(...) na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 330 000 zł netto + 8% VAT, łącznie 356 400 zł brutto (k. 55 akt adm.). (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. z B. zostały odrzucone, ponieważ przekraczały kwotę przeznaczoną na wykonanie zadania przez zamawiającego (k. 725, 733 akt adm.).

Oferty M. P., (...) i (...) zawierały błędy formalne.

Do oferty M. P. nie dołączono aktualnego zaświadczenia z ZUS i aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, (...) i (...) - aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Dlatego też zamawiający zwrócił się do tych oferentów o ich uzupełnienie (k. 57, 60, 62 akt adm.). Oferta (...) uznana została za kompletną.

Wezwani przedsiębiorcy co do zasady uzupełnili braki formalne w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, jednakże dokumenty zawierały daty wystawienia po terminie składania ofert, co było niezgodne z SIWZ rozdz. IV pkt 3.3 i pkt 3.9 (k. 58-59, 61, 63-64 akt adm.). I tak:

1. w przypadku M. P. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne nosi datę 28 października 2011 r. i stwierdza stan na ten dzień (k. 59 akt adm.),

2. w przypadku (...) zapytanie o udzielenie informacji, o podmiocie zbiorowym złożone zostało do Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego działającego przy Sądzie Okręgowym w Białymstoku 2 listopada 2011 r. i z tą samą datą została wydana informacja o niefigurowaniu w kartotece KRK. Zapytanie podpisał R. C. (k. 61 akt adm.),

3. w przypadku (...) zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym złożone zostało do Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego działającego przy Sądzie Okręgowym w Białymstoku dnia 28 października 2011 r. i z datą 31 października 2011 r. została wydana informacja o niefigurowaniu w kartotece KRK. Zapytanie podpisał M. P. (k. 64 akt adm.).

Zamawiający zgodnie z art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) odrzucił oferty firm: M. P., (...) i (...) uznając, że doszło do zmowy cenowej ww. wykonawców w celu wyboru najdroższej z tych ofert. Najkorzystniejszą była oferta (...) z ceną najwyższą, mieszczącą się jednocześnie w granicy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający uznał, że jest to działanie na jego szkodę i unieważnił przetarg (k. 42-47, 725-734 akt adm.).

Wykluczeni przedsiębiorcy nie odwołali się od decyzji zamawiającego o wykluczeniu z przetargu, nie odwołali się także, w tym (...), od decyzji o unieważnieniu przetargu (okoliczność niesporna).

W związku z unieważnieniem 22 listopada 2011 r. przetargu z 24 października 2011 r. (...) ogłosił następny przetarg na wykonanie tego samego zamówienia. W przetargu tym wzięli udział następujący przedsiębiorcy:

- (...) sp. z o.o. B.

- (...) sp. z o.o. B.

- (...)

- M. P.

- (...) sp. z o.o.

- (...) s.j.

Wysokość cen ofertowych zaproponowanych przez (...), (...), M. P. i (...) (k. 701-702, 707-708, 711-712, 715-716, 717-718, 719-720, podana na k. 1623 akt adm. objęta jest **tajemnicą przedsiębiorstwa**) była około trzykrotnie wyższa od poprzednich cen ofertowych.

(...) przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 560 000 zł brutto. Zamawiający unieważnił przetarg z uwagi na to, że najniższa cena oferowana przez wykonawców przewyższała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (k. 697- 698, 735-741 akt adm.).

Kolejny przetarg na wykonanie tego samego zamówienia (...) ogłosił z dniem rozstrzygnięcia na 10 stycznia 2012 r. W przetargu wzięli udział następujący przedsiębiorcy:

- (...) sp. z o.o. B.

- (...) sp. z o.o.

- (...)

- (...)

- (...)

(wysokość cen ofertowych (...), (...) i (...) podana na k. 1623 akt adm. objęta jest **tajemnicą przedsiębiorstwa**).

(...) przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 763 992 zł brutto. Zamawiający pomimo tego, że najniższa ze złożonych ofert przewyższała kwotę przeznaczoną przez (...) na sfinansowanie Zamówienia wybrał ofertę (...), z którym 23 stycznia 2012 r. zawarł umowę na świadczenie usług (k. 791-799 akt adm.).

Wyżej wymieniane podmioty brały też udział w poniższych przetargach, w których odrzucono ich oferty lub unieważniono przetargi.

W przetargu nieograniczonym zorganizowanym przez Zarząd Mienia (...) sp. z o.o. w B. (dalej (...)) z 19 lipca 2011 r. na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją z nieruchomości zarządzanych przez (...) ze 127 miejsc wskazanych w zał. Nr 1 do SIWZ, pojemnikami typ (...), które zapewni wykonawca, brali udział następujący przedsiębiorcy:

- (...)

- (...)

- (...)

- konsorcjum (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w B.

(...) za najkorzystniejszą uznał ofertę (...), odrzucając ofertę (...) z powodu niezłożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny i wykluczył ofertę (...) z powodu nieuzupełnienia dokumentu w postaci aktualnego zezwolenia na odbiór i transport odpadów komunalnych wymaganego w rozdziale V SIWZ, natomiast oferta konsorcjum (...) jako najwyższa nie była brana pod uwagę. W dniu 11 sierpnia 2011 r. (...) poinformował

uczestników przetargu o jego rozstrzygnięciu i wybraniu najlepszej oferty tj. (...). W dniu 12 sierpnia 2011 r. konsorcjum (...) skierowało pismo do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W. o przeprowadzenie kontroli doraźnej przetargu oraz o wstrzymanie- do czasu zakończenia kontroli- podpisania przez Zamawiającego umowy z (...). Jednakże 17 sierpnia 2011 r. nastąpiło podpisanie przez (...) umowy z (...) na wywóz odpadów komunalnych z nieruchomości zarządzanych przez (...). Od tej decyzji Zamawiającego wykluczeni przedsiębiorcy- (...) i (...)- nie złożyli odwołań. Prezes UZP do dnia wydania zaskarżonej Decyzji nie odpowiedział na wniosek konsorcjum (...) (k. 818-1165, 1234 akt adm.).

Urząd Miejski w C. ogłosił postępowanie o zamówienie publiczne pn. „Odbiór odpadów posegregowanych z terenu miasta i gminy C.”. Ww. zamówienie zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego z wyznaczoną datą na 25 lipca 2011r. Przedmiotem zamówienia był odbiór odpadów posegregowanych - szkło i butelki PET (tworzywa sztuczne) z pojemników dostarczonych przez wykonawcę w terminie ustalonym w SIWZ. Przyjęte kryterium oceny ofert stanowiła najniższa cena. Termin wykonania zamówienia przypadła na 30 czerwca 2012 r. Warunki jakie musiał spełniać uczestnik postępowania (pkt VIII SIWZ) to m.in. posiadanie wiedzy i doświadczenia (k. 1250-1251 akt adm.). W terminie określonym przez Zamawiającego zgłosiło się 5 przedsiębiorców:

- (...) sp. z o.o. z B.

- (...)

- (...)

- (...) sp. z o.o. z B.

- (...)

(k. 1248-1274, 1329-1426 akt adm.)

W przypadku oferty (...) standardowy druk oferty został wypełniony ręcznie a miejscowość i data odręcznym pismem: B., 25.07.2011 r. (k. 1329 akt adm.).

Pismem z 4 sierpnia 2011 r. Urząd Miejski w C. wezwał spółkę (...) do uzupełnienia w terminie do 8 sierpnia 2011 r. godz. 13:00 dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. dostarczenie aktualnego dokumentu z właściwego rejestru (KRS-u) wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. (...) w złożonych dokumentach do powyższego przetargu, przedstawił odpis z KRS - u wg stanu na dzień 8.06.2010 r., czyli wystawiony ponad 12 miesięcy przed terminem przetargu. Pismem z 9 sierpnia 2011 r. Urząd Miejski w C. zawiadomił (...) o wykluczeniu z przetargu z powodu niezłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Następnie Urząd Miejski w C. zawiadomił pozostałych uczestników przetargu tj. (...) sp. z o.o., (...), (...) i A. o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. (...) sp. z o.o. i wykluczeniu z postępowania spółki (...). Wszystkie dokumenty złożone przez spółkę (...) w tym przetargu podpisał za zgodność oryginałem L. M., natomiast wszystkie dokumenty do tego przetargu złożone przez spółkę (...) podpisał za zgodność z oryginałem M. P. (k. 402, 1248-1426 akt adm.).

Dodatkowo ww. przedsiębiorcy wspólnie brali udział w szeregu przetargach w latach 2011-2012 (dane zawierające **tajemnicę przedsiębiorstwa** na k. 1621-1625 akt adm.):

- M. P. w latach 2011 - 2012 brał udział w 2 przetargach. Oba przetargi unieważniono. (k. 357 akt adm.- **tajemnica przedsiębiorcy**).
- (...) w latach 2011 i 2012 brał udział ogółem w 38 przetargach z których: w 10 przetargach wygrał, 21 nie wygrał i 7 przetargów unieważniono. W 15 przetargach oprócz (...) brały udział inne firmy i tak: w 11 przetargach startował także (...), a w 5 przetargach startował (...) i (...) (k. 344-354 akt adm.- **tajemnica przedsiębiorcy**).

- (...) w latach 2011 i 2012 brał udział ogółem w 8 przetargach z których: w 5 przetargach nie wygrał, 2 przetargi unieważniono i w jednym przypadku oferta została odrzucona. W 8 przetargach oprócz (...) brały udział ww. firmy i tak: w 6 przetargach startował (...) i (...) w 2 przetargach (...) (k. 318 akt adm.- **tajemnica przedsiębiorcy**);
- (...) w latach 2011 i 2012 brał udział w 54 przetargach z których: w 18 przetargach wygrał, 34 nie wygrał i 2 przetargi unieważniono. W 11 przetargach oprócz (...) brały udział ww. firmy i tak w 11 przetargach startował tylko (...), a w 6 spośród nich oprócz (...) startował (...) (k. 329-336 akt adm.- **tajemnica przedsiębiorcy**).

Przedsiębiorcy osiągnęli w 2012 r. przychody w wysokości:

1. (...) - przychód ogółem 25 940 619,37 zł (k. 786-787 akt adm.),
2. (...) przychód ogółem 32 944 497,25 zł (k. 789-790 akt adm.),
3. M. P. - przychód (k. 813-814 akt adm.- **tajemnica przedsiębiorcy**),
4. (...) - przychód - 886 698,67 zł (k. 815-817 akt adm.).

23 grudnia 2011 r. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynęło zawiadomienie od (...) sp. z o.o. w B. o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję w związku z organizowanym przez (...) przetargiem na wywóz nieczystości stałych w dniu 24 października 2011 r. (k. 42-97 akt adm.).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z tym zawiadomieniem wszczął w dniu 1 lutego 2012 r. postanowieniem nr 21/12 postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia czy działania przedsiębiorców, uczestniczących w przetargu zorganizowanym przez (...) na wywóz nieczystości stałych, tj.

1. M. P.,
2. P.P.U.H. (...) sp. z o.o. z B.,
3. (...) J. S. i Wspólnicy sp.j. z B.
4. (...) sp. z o.o. z O.,

mogą naruszać przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50 poz. 331 ze zm.), w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (k. 39 akt adm.).

Z uwagi na fakt, iż w ocenie Prezesa Urzędu zebrany w toku postępowania wyjaśniającego materiał dowodowy uzasadniał postawienie zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję postanowieniem nr 254/12 z dnia 28.12.2012 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez ww. uczestników przetargu organizowanego przez (...) porozumienia, w którym poprzez warunki składanych ofert oraz zachowanie w trakcie prowadzonego przetargu doprowadzili do wyboru przez zamawiającego najwyższej oferty (k. 2-4 akt adm.).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego M. P. podniósł, że stanowisko UOKiK uważa za nieuzasadnione. Odnosząc się do zarzutu złożenia nieaktualnych dokumentów uznał go za bezzasadny. Jego zdaniem procedura postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego dopuszcza możliwość uzupełnienia dokumentów, które powinny być załączone do oferty złożonej w postępowaniu przetargowym. W związku z tym, iż do oferty nie zostały dołączone niektóre załączniki, zamawiający wezwał do ich uzupełnienia wyznaczając stosowny termin. W wyznaczonym terminie dokumenty zostały uzupełnione. W ocenie (...) zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia jego oferty, bowiem przedłożone dokumenty potwierdzały stan wymagany na dzień składania ofert, a stwierdzenie iż były one nieaktualne, jest nieprawdziwe. Zakład Ubezpieczeń Społecznych potwierdził bowiem, że przedsiębiorca nie zalega z należnościami w stosunku do ZUS, zaś informacja z Krajowego Rejestru Karnego

wskazywała, że brak jest informacji na temat karalności, z tych względów przedsiębiorca uważa, że dokumenty zostały uzupełnione w sposób prawidłowy. (...) wskazał, że wszyscy przedsiębiorcy są niezależni w swoich działaniach na rynku, a analiza innych postępowań przetargowych dowodzi, iż przedsiębiorcy konkurują ze sobą. Podniósł również, że prowadzenie tożsamej działalności gospodarczej i na tym samym obszarze nie dowodzi istnienia zмовы, bowiem dwie inne firmy biorące udział w przetargu tj. (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w B., choć również prowadzą działalność w zakresie gospodarki odpadami i także na tym samym terenie, co firma (...), zostały wyłączone z kręgu przedsiębiorców podejrzanych o zмовę. W związku z powyższym wniósł o umorzenie postępowania (k. 11-12 akt adm.).

(...), uznając stanowisko UOKiK nieuzasadnione, w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego stwierdził, że w jego ocenie powiązania osobowe występujące pomiędzy przedsiębiorcami: M. P., PPUH (...) Sp. z o.o. w B., (...) J. S. i Wspólnicy z B. oraz (...) Sp. z o.o. w O. nie mogą wskazywać że ww. przedsiębiorcy jako uczestnicy przetargu organizowanego przez (...) mogli działać w porozumieniu. Dodatkowo (...) odwołał się do wcześniejszych przetargów wskazując, że ww. przedsiębiorcy uczestniczyli w innych przetargach konkurując ze sobą o udzielenie zamówienia, zatem tylko jeden przypadek nieuzupełnienia dokumentów w przetargu nie może być argumentem potwierdzającym zarzuty stawiane w niniejszym postępowaniu. W ocenie (...) data wystawienia dokumentu nie jest istotna, chodzi bowiem o potwierdzenie istnienia bądź nieistnienia pewnego stanu na dzień składania ofert. Jak wywiódł, ostatecznie Krajowy Rejestr Karny potwierdził niekaralność członków zarządu, co oznacza, że informacja o ich niekaralności znajdowała się w rejestrze także kilka dni wcześniej. Z tych względów Zamawiający powinien był uzupełnienie dokumentu uznać za skuteczne i uwzględnić ofertę Spółki w przetargu. Zamawiający jednak bezzasadnie uznał, że Spółka nie złożyła wymaganego dokumentu i błędnie ofertę odrzucił. Spółka podniosła również, że fakt posiadania tożsamego adresu co (...) oraz prowadzenia przez wszystkie ww. podmioty tożsamej działalności na tym samym terenie nie może potwierdzać zмовы cenowej, ponieważ przykładowo (...) Sp. z o.o. tylko w niewielkim stopniu podejmuje działalność na terenie B., tj. głównego miejsca działania pozostałych przedsiębiorców mających siedzibę w B.. Spółka poinformowała również, że w coraz większym stopniu angażuje się raczej w przetwarzanie odpadów komunalnych (w 2012 r. Spółka oddała do użytku nowoczesny zakład do przetwarzania odpadów komunalnych - Centrum Innowacyjnej (...) w S.), ograniczając swoją działalność w sferze odbioru odpadów komunalnych. (k. 9-10 akt adm.).

Z kolei (...) w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, również uznając stanowisko UOKiK za bezzasadne wskazał, iż nie działał w porozumieniu z innymi podmiotami biorącymi udział w postępowaniu przetargowym. W ocenie przedsiębiorcy powiązania osobowe, ten sam adres prowadzenia działalności, czy też tożsama rodzajowo działalność nie świadczą o ustalaniu warunków przetargu, w którym uczestniczyli przedsiębiorcy. W ocenie (...) nie przedstawiono żadnego dowodu, który potwierdziłby, iż przedsiębiorcy działali w sposób zaplanowany i celowy tak, by doprowadzić do wyboru najdroższej oferty (k. 13 i 18 akt adm.).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego (...) podniosła, iż nigdy nie ustalała z innymi podmiotami warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których występowała. Według niej stawiane zarzuty, iż w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez (...) Sp. z o.o. w B. doszło do manipulacji warunków ofert składanych przez (...) są bezpodstawne. W ocenie (...) powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy poszczególnymi podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniach z 19 lipca 2011 r. oraz 24 października 2011 r. nie przesądzają, iż podmioty te nie są niezależne w podejmowanych przez siebie działaniach gospodarczych. Zdaniem (...) zarządy spółek bądź osoby prowadzące działalność są w pełni niezależne, w związku z powyższym Spółka nie zgodziła się z zarzutem, iż pomiędzy wymienionymi podmiotami doszło do jakichkolwiek porozumień odnośnie warunków uczestnictwa w przetargu. (...) zauważyła, że w całym 2011 i 2012 r. (...) i firmy wskazane w zawiadomieniu stratowały w wielu przetargach, co świadczy o tym, iż decyzje o odrzuceniu konkretnych ofert miały charakter incydentalny i nie wynikały z jakiegokolwiek z góry powziętego zamiaru. Odnosząc się do konkretnych postępowań Spółka wskazała, iż w przetargu z dnia 24 października 2011 r. nr (...) prowadzonym przez (...) na wywóz nieczystości stałych z nieruchomości stanowiących własność (...) doszło do unieważnienia postępowania przetargowego. Spółka (...) złożyła wszelkie wymagane prawem dokumenty, jej oferta mieściła się w granicy kwoty przeznaczonej na realizację

zadania. Jednocześnie była to kwota najniższa spośród ofert, które nie zostały odrzucone, zatem niezrozumiałe jest jej zdaniem twierdzenie, iż w tej sytuacji miała miejsce jakakolwiek zmowa cenowa. Podsumowując (...) stwierdziła, iż brak jest jakichkolwiek dowodów świadczących, iż stosowano praktyki ograniczające konkurencję. Jeśli chodzi zaś o twierdzenie organu, że oferty złożone przez (...), (...) i (...) uzupełniono tym samym charakterem pisma, to nie można postawić takiej tezy bez ekspertyzy biegłego. W świetle powyższego, jak wskazała (...), żaden ze stawianych jej zarzutów nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych konkretnych postępowań (k. 14-16 akt adm.).

W toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorcy jako powody niezłożenia wymaganych w SIWZ dokumentów podali: błąd pracownika, dopuszczenie przez przepisy prawa możliwości uzupełnienia złożonych w przetargu ofert, bezzasadność nieuznania przez zamawiającego uzupełnionych dokumentów jako spełniających wymogi SIWZ (k. 1232, 1233 akt adm.). (...) i (...) wskazywali też na przyczyny znacznego wzrostu cen ofertowych zaproponowanych w następnym przetargu na wykonanie tego samego zamówienia z dniem rozstrzygnięcia 20 grudnia 2011 r. (k. 1186-1187, 1193-1194 akt adm.).

Do sprawy wpłynęło pismo Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego z 25 czerwca 2012 r., w którym wyjaśniono m.in., że nie ma możliwości sprawdzenia czy jakikolwiek podmiot zwracał się o informację z KRK, jeśli podmiot ten nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Rejestru (k. 310 akt adm.).

Postanowieniem z 29 kwietnia 2013 r. Prezes UOKiK zaliczył w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym całość materiału dowodowego zebranego w postępowaniu wyjaśniającym w sprawie wstępnego ustalenia czy działania przedsiębiorców, uczestniczących w przetargu zorganizowanym przez (...) na wywóz nieczystości stałych tj. M. P. (...) z B., P.P.U.H. (...) Sp. z o.o. z B., (...) J. S. i wspólnicy s.j. z B. i (...) sp. z o.o. z O., mogą naruszać przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy ((...)) (k. 37 akt adm.).

Postanowieniem z 3 lipca 2013 r. (k. 1177-1178 akt adm.) Prezes UOKiK ograniczył prawo wglądu do materiału dowodowego w postaci: załącznika do pisma (...) z dnia 29.06.2012 r. (k. 318 akt adm.), załącznika do pisma (...) z dnia 02.07.2012 r. (k. 329-336 akt adm.), załącznika do pisma (...) z dnia 02.07.2012 r. (k. 344-354 akt adm.) zawierających wykaz przetargów i cen ofertowych, w których uczestniczyły spółki w 2011 i 2012 r., jak też do pisma (...) z 10.08.2012 r., w którym jest mowa o przetargach i ofertach cenowych, w jakich brał udział w 2011 i 2012 r. (k. 357 akt adm.) i pisma (...) z dnia 14.06.2013 r., w którym jest mowa o wysokości przychodu za 2012 r. (k. 813-814 akt adm.).

Postanowieniem nr (...) z dnia 26.09.2013 r. włączono do materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu w niniejszej sprawie materiały uzyskane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu administracyjnym o sygnaturze akt (...), tj. protokół z odebrania wyjaśnień strony G. P.- Wiceprezesa Zarządu (...) Sp. z o.o. w B. w dniu 11.09.2013 r. (k.1601-1607 akt adm.).

10 grudnia 2013 r. organ wytworzył zbiorcze zestawienie przedstawiające udział przedsiębiorców w poszczególnych przetargach w 2011 i 2012 roku wraz z cenami ofertowymi (k. 1621-1625 akt adm.), które zawiera prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorców, wobec czego postanowieniem nr 340/13 z dnia 10.12.2013 r. ograniczono prawo wglądu do Załącznika z Notatki służbowej Nr 1 z dnia 10.12.2013 r. zawierającego przedmiotowe zestawienie (k. 1650 akt adm.).

Postanowieniami nr (...) z 10 grudnia 2013 r. (k. 1652-1658 akt adm.) ograniczono prawo wglądu do załączników do Notatek służbowych nr 2, 3, 4 i 5 zawierających szczegółowe informacje na temat uczestnictwa stron w przetargach w 2011 i 2012 r. wraz z cenami ofertowymi stosownie do postanowienia nr 182/13 z dnia 03.07.2013 r. (k. 1627-1631, 1633-1637, 1639-1643, 1645-1649 akt adm.).

Pismem z 10 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK zawiadomił przedsiębiorców o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o prawie wypowiedzenia się, co do zebranego materiału dowodowego (k. 1660-1663 akt adm.).

W dniu 24 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której stwierdził zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy M. P., (...), (...) i (...) w ramach przetargu (...) z 24.10.2011 r. (k. 1664-1700 akt adm.).

Powyższy stan faktyczny został ustalony przez Sąd w oparciu o dowody zgromadzone w toku postępowania administracyjnego i sądowego, których moc dowodowa nie była kwestionowana przez strony, oraz zeznania świadków R. M. (k. 508-510 akt sąd.) i L. K. (k. 168-170 akt sąd.). Zeznania świadków nie co do zasady i w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sporu budziły wątpliwości Sądu co do ich wiarygodności. Świadek L. K. opisała bowiem zakres swoich obowiązków służbowych oraz sposób postępowania przy przygotowywaniu dokumentacji niezbędnej do złożenia oferty w przetargu. Z kolei świadek R. M. wyjaśnił co należało do jego obowiązków, że dokumenty do przetargu przygotował zespół, ale ostateczna akceptacja oferty w tym ceny należała do Prezesa J. S. (2). Niestety z uwagi na znaczny upływ czasu świadek nie pamiętał żadnych szczegółów związanych z przygotowaniem samej oferty i zbieraniem niezbędnych dokumentów. Natomiast Sąd uznał za nieprawdziwe twierdzenia świadka odnośnie braku uzgodnień pomiędzy stronami odnośnie udziału w przetargu i uzgodnienia wspólnych działań. Z pozostałego materiału dowodowego i jego wszechstronnej oceny wynika bowiem, że do uzgodnień pomiędzy powodami doszło.

Przy ustalaniu stanu faktycznego Sąd pominął wyjaśnienia strony G. P.- Wiceprezesa Zarządu (...) Sp. z o.o. w B. złożone 11 września 2013 r. w toku postępowania administracyjnego o sygnaturze akt (...) (protokół z odebrania wyjaśnień k.1603-1607 akt adm.). Sąd uznał w tym wypadku, że nie może posiłkować się wskazanymi wyjaśnieniami złożonymi w ramach innego postępowania administracyjnego i dotyczącego innych zarzutów stawianych stronom, w szczególności, że nie wszyscy powodowie występowali w tamtej sprawie w charakterze stron.

Sąd na rozprawie w połączonych sprawach, w dniu 3 września 2015 r., dopuścił dowody z przesłuchania strony L. M. oraz z zeznań świadka M. P. na konkretne okoliczności, oddalając wnioski o ich przesłuchanie na pozostałe okoliczności, w związku z czym zostały zgłoszone zastrzeżenia. Tym niemniej dowody te nie zostały przeprowadzone z uwagi na niestawiennictwo ww. na kolejnej rozprawie w dniu 29 października 2015 r., wobec czego powodom został udzielony termin do 28.01.2016 r. na przeprowadzenie tych dowodów, przy czym L. M. oraz M. P. mieli zostać przesłuchani w charakterze stron. Jednakże na wyznaczony termin się nie stawili i w tej sytuacji Sąd pominął te dowody.

Sąd na rozprawie w sprawie z odwołania (...) (obecnie (...)), w dniu 27 sierpnia 2015 r., oddalił wniosek (...) (poprzednio (...)) o odtajnienie wszystkich dokumentów, co do których Prezes UOKIK ograniczył prawo wglądu, ponieważ nie doszło do zmiany okoliczności jakie legły u podstaw postanowień Prezesa UOKIK w przedmiocie ograniczenia wglądu. Materiały chronione w niniejszym postępowaniu zawierają wykaz przetargów, w których uczestniczyli przedsiębiorcy wraz z cenami ofertowymi, toteż ukazują strategię przetargową i politykę cenową przedsiębiorców. Nieujawniony natomiast innym podmiotom przychód M. P. dotyczy przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, który to przychód w przeciwieństwie do spółek prawa handlowego nie podlega ujawnieniu. Z powyższych względów materiały te zawierają tajemnice przedsiębiorców, które wymagają ochrony a jednocześnie ich nieujawnienie nie uniemożliwia obrony w postępowaniu, w którym zarzucono zmwę przetargową wyłącznie odnośnie jednego przetargu z 24 października 2011 r. Dokumentacja zaś dotycząca tego przetargu jest dostępna dla stron postępowania.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołania wszystkich powodów podlegały oddaleniu.

O możliwości zastosowania przez Prezesa UOKIK działań na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przesądzało w niniejszej sprawie istnienie interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.i.k. Jak wynika z powołanego przepisu ochronie podlega instytucja konkurencji, także jako proces lub mechanizm właściwy dla gospodarki rynkowej, jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki, przez co ochroną objęte zostają interesy przedsiębiorców i konsumentów w tym zakresie. Przedmiotem ochrony konkurencji jest skuteczna i wolna konkurencja. Ochrona ta podejmowana jest jednakowoż tylko w interesie publicznym, wyłączone są działania popierające interesy indywidualne.

Konkurencję należy rozumieć szeroko, również jako proces rynkowej rywalizacji samodzielnych przedsiębiorców walczących np. w ramach przetargu. Samodzielności tej nie powinny ograniczać porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w zмовach przetargowych, ponieważ wyłączają współzawodnictwo przedsiębiorców na rzecz ich współpracy i stawiają konkurentów niebiorących udziału w zмовie w gorszym położeniu. Poza tym za sprawą zмов przetargowych częstokroć dochodzi do narażenia na straty lub wręcz niekorzystnego rozporządzenia środkami publicznymi. Skoro więc niniejsza sprawa dotyczy zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców- powodów przystępujących do przetargu w dniu 24 października 2011 r. organizowanego przez (...) sp. z o.o. w B., warunków składanych ofert poprzez niezłożenie wraz z ofertą a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego, co spowodowało przyjęcie przez zamawiającego najwyższej oferty spośród ofert złożonych przez tych przedsiębiorców, należy uznać, iż został naruszony interes publicznoprawny w związku z niezachowaniem reguł konkurencji w postępowaniu przetargowym i niezapewnieniem prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, co uzasadnia ocenę zachowań powodów w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rygorom prawa antymonopolowego podlega działalność powodów także z tego względu, że są oni przedsiębiorcami. Artykuł 4 pkt 1 u.o.k.i.k. zawiera definicję „przedsiębiorcy”, pod pojęciem którego rozumie się m.in. przedsiębiorcę w ujęciu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Z kolei w świetle art. 4 ust. 1 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej podano znaczenie pojęcia „działalności gospodarczej”, którą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Wszyscy powodowie spełniają kryteria takiej działalności, M. P. prowadził działalność na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej, pozostali powodowie, tj. (...), (...), (...), prowadzą lub prowadzili w okresie postępowania przetargowego działalność w formie spółek prawa handlowego, wpisanych do KRS, trudniąc się usługami wykonywanymi w celu zarobkowym z czego wynika ich status przedsiębiorców.

Tak wyodrębnieni przedsiębiorcy nie stanowili jednego organizmu gospodarczego, ponieważ działali jako odrębne podmioty w postępowaniach przetargowych, toteż wykluczone jest traktowanie ich jako jednego przedsiębiorcę. Wprawdzie przedsiębiorców tych łączyły powiązania osobowe i kapitałowe opisane w stanie faktycznym sprawy, tym niemniej materiał dowodowy nie daje podstaw do twierdzenia, aby pomiędzy podmiotami zachodziła faktyczna, realna zależność wskazująca na konieczność konsultacji podejmowanych przez nich decyzji gospodarczych. Istotnym jest w tym kontekście, że nie zgromadzono w niniejszym postępowaniu żadnych umów zakładających ścisłą współpracę pomiędzy przedsiębiorcami, jak też nie ustalono istnienia żadnych innych porozumień, które mogłyby świadczyć o potrzebie dokonywania uzgodnień przez przedsiębiorców w ramach podejmowanych przez nich działań gospodarczych.

Ponadto pomimo tego, że (...) posiadał 100% udziałów w spółce (...) nie miał zauważalnego przełożenia na prowadzoną przez tą spółkę działalność. W szczególności świadczy o tym taka okoliczność jak brak sprawowania kontroli przez (...) nad (...) oraz fakt, że (...) nie delegowała swojego przedstawiciela do rady nadzorczej (...), której zresztą nie powołano. Natomiast funkcję Prezesa Zarządu (...) w październiku 2011 r. jednoosobowo pełnił M. P. - właściciel (...). (...) nie opracowywało i nie narzucało też C. wspólnych strategii marketingowych, gdyż decyzje w tym zakresie były konsultowane z byłym właścicielem (...) L. M. oraz z Prezesem Zarządu M. P. i dwoma pracownikami.

Powiązania kapitałowe i osobowe zachodziły także pomiędzy E. i (...). (...) spółki (...) byli bowiem J. S. (2) oraz (...), zaś w przypadku (...) J. S. (2) i J. S. (3), aczkolwiek w 2011 r. w imieniu (...) pełnomocnik R. C. prowadził wszystkie sprawy spółki, w tym dotyczące postępowań przetargowych, podczas gdy w zarządzie (...) zasiadał J. S. (2) i R. M. a władzami spółki stosownie do zapisów umowy tej spółki były w 2011 r. zgromadzenie wspólników i zarząd, przy czym decyzje odnośnie strategii marketingowej podejmował w tym okresie zarząd spółki w trakcie spotkań z

kierownikami jednostek organizacyjnych. Inne były zatem osoby decyzyjne odnośnie postępowań przetargowych w obydwu spółkach.

Również sami powodowie podkreślali swoją niezależność działania w ogóle, jak i w ramach wymienionego przetargu z 24 października 2011 r., tym bardziej więc ich zachowania należy ocenić jako zachowania oddzielnych kontrkandydatów w przetargu, analogicznie do warunków na jakich uczestniczyli w przetargu inni „niepowiązani” przedsiębiorcy.

Podkreślenia wymaga, iż w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sam fakt istnienia przedmiotowych powiązań a nawet skupienie w jednej grupie kapitałowej nie wyłącza zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zwłaszcza zmów przetargowych. Ocenie pod kątem naruszenia tego zakazu podlegają zatem porozumienia przetargowe wszystkich przedsiębiorców niezależnie od ich stosunków kapitałowych i osobowych, w szczególności gdy rozłącznie ubiegają się o wygraną w przetargu i nie zgłaszają narzucenia im warunków i treści porozumienia.

Zarzucana powodom praktyka obejmuje lokalny rynek usług odbioru odpadów komunalnych na terenie B.. Na tym rynku działali powodowie, którzy wobec świadczenia tożsamyh usług odbioru odpadów komunalnych dążyli do uzyskania zamówienia na wywóz nieczystości stałych z nieruchomości stanowiących własność (...) Sp. z o.o. w B. w przetargu nieograniczonym.

Przechodząc do istoty zarzucanej powodom zakazanej praktyki polegającej na zawarciu przez M. P., (...), (...) i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru odpadów komunalnych w B., polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu 24 października 2011 r. organizowanym przez (...), warunków składanych ofert poprzez niezłożenie wraz z ofertą a następnie złożenie nieprawidłowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego, co spowodowało przyjęcie przez zamawiającego najwyższej oferty spośród ofert złożonych przez ww. przedsiębiorców, przytoczenia wymaga art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., zgodnie z którym 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.

Przepis ten zakazuje zatem zawierania porozumień polegających na uzgadnianiu warunków ofert składanych do przetargu, jeśli cel lub skutek tych porozumień ma antykonkurencyjny charakter.

Antykonkurencyjny wymiar porozumień może przejawiać się poprzez z góry założony antykonkurencyjny cel lub rzeczywisty antykonkurencyjny skutek. Cel i skutek nie muszą występować łącznie, przesłanki mają charakter alternatywny. Antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego uczestników o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Cel porozumienia należy wywodzić nie tylko z literalnego brzmienia umowy lub innego dokumentu, ale z całokształtu okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonywaniu porozumienia (A. Jurkowska, Porozumienia kooperacyjne, s. 91). [Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Legalis zaczerpnięty z: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, wyd. 2 z 2014 r.].

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na definicję porozumień, przez które w myśl art. 4 ust. 5 u.o.k.i.k. rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W przypadku klasycznej zmowy przetargowej przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Dla osiągnięcia takiego celu przedsiębiorcy mogą stosować wiele technik, takich jak np. składanie ofert pozornych (ang. coverbiding)

w celu stworzenia iluzji konkurencji czy też manipulowanie już złożonymi ofertami w celu uzyskania z góry ustalonego wyniku postępowania (ang. bid suppression). W każdym z takich przypadków istnieje ryzyko realnego wypaczenia wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej czy też mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami) właśnie z uwagi na istnienie zмовы pomiędzy wykonawcami. Klasyczną zmovą przetargową jest zatem ustalenie z góry przez przedsiębiorców- uczestników przetargu zwycięzcy przetargu wskutek złożenia przez pozostałych przedsiębiorców będących stronami porozumienia takich ofert, które spowodują wybór oferty zwycięzcy przetargu „wewnętrznego”.

Udowodnienie dopuszczenia się zмовы przetargowej nie jest jednak łatwe. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25) przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję może być praktycznie niemożliwe, mimo więc tego, iż „co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut, jednak udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c.”. Sąd Najwyższy podniósł, że w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe – a niekiedy nawet konieczne – jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest zatem ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań.

Udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych w postępowaniu sądowym przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów może więc nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c. (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08, Lex Omega). W orzecznictwie akcentuje się też, aby fakt zмовы był oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, jeśli udowodnienie zмовы w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Sąd może zatem uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne).

Pod uwagę należy jednak wziąć istotną kwestię, iż istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów (signs/Marks), które dopiero łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Takie stanowisko jest prezentowane w orzecznictwie unijnym. W cytowanym przez Prezesa UOKiK orzeczeniu Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) stwierdził m.in., że: W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 Technische Unie BV v. Komisja, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; za: Z. Jurczyk, Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych, (w:) Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68) /2009, s. 142-143).

Powyższe zapatrywania podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 24 października 2017 r. (sygn. akt VII ACa 930/17, Legalis), wskazując, iż „Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.” oraz w wyroku z 24 stycznia 2019 r. (sygn. akt VII AGa 1846/18, Legalis), w którym ponownie podniósł, że „Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku. Koniecznym jest więc udowodnienie, że zachowania przedsiębiorców nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych.”

Biorąc więc pod uwagę standardy postępowania dowodowego w przypadku z umowy przetargowej Sąd ocenił, że zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że M. P., (...), (...) i (...) zawarli porozumienie polegające na uzgodnieniu przez nich warunków ofert składanych w ramach przetargu (...) z 24 października 2011 r.

Przede wszystkim zaznaczyć trzeba, że M. P., (...) i (...) przystępujący do przetargu (...) nie złożyli wraz z ofertą wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Chodzi tu o niedołączone przez ww. przedsiębiorców, wymagane przez SIWZ: aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie lub uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (dotyczy M. P.) oraz aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert (dotyczy M. P., (...) i (...)).

Tymczasem przed złożeniem oferty przedsiębiorcy musieli zapoznać się z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do przetargu, w tym z wyliczeniem rodzajów dokumentów jakie mają dostarczyć, aby ich oferta została uznana za kompletną i prawidłową a w konsekwencji była rozpatrywana merytorycznie pod kątem udzielenia zamówienia oferentowi. Mimo tego wszyscy ci przedsiębiorcy nie złożyli informacji z KRK, które można było uzyskać nawet tego samego dnia, o czym świadczy choćby tzw. karta karna dołączona do oferty przez (...) (k. 293 akt adm.), z której wynika, że zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zostało złożone tego samego dnia co udzielono na nie odpowiedzi (10.06.2011 r.). Podobnie, tego samego dnia informacje z KRK zebrał na wezwanie Zarządu (...) do uzupełnienia oferty (...) (2.11.2011 r., k. 60- 61 akt adm.) a (...) w ciągu 3 dni (k. 62-64 akt adm.). Także najpóźniej w ciągu 3 dni można było otrzymać zaświadczenie z ZUS, ponieważ na wezwanie Zarządu (...) z 25.10.2011 r. M. P. wyrobił to zaświadczenie 28.10.2011 r. (k. 57-59 akt adm.). Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby wskazane dokumenty przedsiębiorcy dołączyli od razu do własnych ofert skoro mieli aż 10 dni na przedłożenie kompletnej oferty od momentu ogłoszenia wiadomości o zamówieniu tj. 14 października 2011 r. z terminem składania ofert do tj. 24 października 2011 r. Żądane dokumenty przedsiębiorcy przedstawili dopiero na żądanie (...), tym niemniej były one nieprawidłowe, ponieważ wystawiono je po terminie składania ofert, podczas gdy zgodnie z SIWZ zarówno zaświadczenie z ZUS jak i informacja z KRK miały być wystawione przed upływem terminu składania ofert (pkt IV ppkt 3.3 i 3.9 SIWZ). Na takie określenie momentu, do którego powinny być wystawione ww. zaświadczenia wskazuje też § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 ówczesnego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

Profesjonalnie i racjonalnie działający przedsiębiorcy powinni zatem wystąpić o zaświadczenie z ZUS i informację z KRK jeszcze przed upływem terminu składania ofert a w przypadku ich nieskompletowania, wobec niespełniania wymagań określonych w SIWZ, powinni zrezygnować z przystępowania do przetargu. Z kolei w razie wystąpienia o te dokumenty, ale omyłkowego ich niedołączenia mogli skutecznie uzupełnić ofertę na wezwanie (...). Natomiast trzech przedsiębiorców- M. P., (...) i (...) nie zebrali odpowiednich dokumentów do momentu składania ofert, a po tym czasie dopiero zaczęli wyrabiać dokumenty, które już z założenia nie mogły być w przetargu uznane za prawidłowe. Jednocześnie przedsiębiorcy ci mieli wiedzę, że niezłożenie stosownych dokumentów oraz nieuzupełnienie w sposób właściwy dokumentów oznacza wykluczenie wykonawcy bądź odrzucenie oferty, gdyż sformułowano to wprost w SIWZ. Pomimo tych konsekwencji wszyscy trzej przedsiębiorcy dołączyli dokumenty niespełniające wymagań SIWZ, co najpewniej było podyktowane obawą zatrzymania przez zamawiającego w przeciwnym wypadku wniesionego przez nich wadium. Zgodnie bowiem z treścią art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w wersji z daty otwarcia ofert) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przy czym z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że do wypełnienia dyspozycji art. 46 ust. 4a powołanej ustawy dochodzi w razie fizycznego niezłożenia dokumentu a nie złożenia dokumentu niespełniającego warunków przetargu.

Przedsiębiorcy generalnie tłumaczyli niedołączenie dokumentów zwykłym niedopatrzeniem. Należy jednak zwrócić uwagę, że jak zeznała świadek L. K. zatrudniona w (...), która po szkoleniu w czerwcu 2011 r. zajmowała się w spółce kompletowaniem dokumentów związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne - według niej dołączyła wszystkie potrzebne dokumenty, pojawił się jednak brak formalny. Wobec tego, zdaniem Sądu, nieprawdopodobne jest, aby osoba, która wprawdzie dopiero rozpoczęła pracę, ale została przeszkolona, do której zadań należało przede wszystkim zgromadzenie odpowiednich dokumentów do przetargu nie ubierała ich wszystkich. Co ważne, jak wynika przy tym z zeznań świadka, zbierane dokumenty przekazywała zarządowi w celu uzupełnienia formularzy i podpisania. Natomiast jak zeznał R. M.- ówczesny Wiceprezes Zarządu w spółce (...) przygotowaniem merytorycznym ofert zajmował się on jako nadzorujący dział zamówień publicznych. Za akceptację oferty odpowiadał Prezes Zarządu- S.. Trudno zatem uznać, aby tak wyspecjalizowany zespół nie wystąpił o dokument niezbędny w przetargu.

Budzi to więc tym bardziej wątpliwości, że analogicznie nie zostały zebrane karty karne trzech przedsiębiorców w tym samym przetargu.

Powyższych zachowań nie da się wytłumaczyć w żaden logiczny sposób, chyba że przyjmie się działanie powodów w formie zmyślenia przetargowej. Wówczas podjęte przez nich działania stają się w pełni wytłumaczalne i zrozumiałe.

Znamiennie jest przy tym, że (...) był powiązany z pozostałą trójką przedsiębiorców, co dokładnie opisano w stanie faktycznym sprawy. W spółce (...) Prezesem Zarządu i jednocześnie jej współnikiem był J. S. (2) będący równocześnie (...) spółki jawnej (...). (...) była też jednym ze współników (...). Od 16.06.2011 r. spółka (...) była też jedynym udziałowcem w spółce (...). Z kolei L. M. do 15.06.2011 r. jedyny udziałowiec (...), był równocześnie (...) spółki jawnej (...). Po przejęciu udziałów przez (...) w (...) były udziałowcem L. M. był konsultantem (...) w sprawach prowadzenia działalności gospodarczej. Natomiast M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. P. był równocześnie Prezesem Zarządu (...). Oprócz tego (...) i (...) mieli siedziby pod tym samym adresem - (...), (...)-(...) B.. Powiązania te umożliwiały zatem współpracę i dokonywanie uzgodnień przez wszystkie podmioty.

Wyrazem tej współpracy jest również fakt, że (...) wystawił M. P. zobowiązanie do udzielenia pomocy technicznej i finansowej w wykonaniu zamówienia, składając stosowne oświadczenie i udostępniając (...) swoje dokumenty finansowe za okres 3 lat.

Na faktyczną koordynację działań przedsiębiorców związanych z przystąpieniem do przetargu wskazuje także sposób wypełnienia przez nich ofert przetargowych. Mianowicie oferty M. P., (...) i (...) wypełnione są odręcznym pismem, charakter pisma wskazuje na działanie jednej osoby, tylko oferta (...) została wypełniona komputerowo. Oferty (...) i (...) podpisał M. P., w pierwszym przypadku jako właściciel, w drugim jako Prezes Zarządu. Świadek L. K.- asystentka zarządu w spółce (...) potwierdziła, że oferta (...) z karty 102 akt adm. i pierwsza karta oferty (...), tj. karta 183 akt adm. wypełniona jest charakterem pisma M. P., gdyż w pozostałym zakresie na k. 184 akt adm. wypełniała ofertę sama. Sąd uznał te zeznania za wiarygodne, ponieważ zbieżność porównywanego charakteru pisma jest dostrzegalna. Poza tym nie budzi wątpliwości, że asystentka zarządu w spółce, w której M. P. pełni funkcję Prezesa Zarządu zna dobrze jego pismo i jest w stanie je rozpoznać. Następnym znamiennym jest, że również oferta (...) na karcie 227 akt adm. została wypełniona pismem o takim samym charakterze, co jest zauważalne, a świadek ta zeznała, że myśli, iż jest to również charakter pisma M. P.. Poza tym w przypadku (...) i (...) data wypełnienia ofert jest taka sama- sposób wpisania daty „ B. 2011-10-21” (k. 102, 227 akt adm.) jest identyczny, gdzie w ofertach (...) i (...) wpisano odpowiednio: (...).10.2011 r. i komputerowo O., 21 października 2011 r. Przy czym zauważyć trzeba, że w przypadku wypełnienia oferty przez (...) we wcześniejszym przetargu (UM w C.) wpisano ręcznie datę (...).07.2011 r. (k. 1329 akt adm.). Tym samym sposób pisania daty w poprzednim przetargu był inny, nie wykazuje zbieżności ze sposobem pisania daty przez (...) w przetargu z 24.10.2011 r. Budzi zatem zastrzeżenia samodzielność działania w tym zakresie (...), (...) i (...) za czym przemawia zbieżność graficzna sposobu pisania dat w ofertach dwóch przedsiębiorców: (...) i (...) oraz wizualnie tożsamy charakter pisma osoby wypełniającej trzy oferty.

Sąd zważył przy tym, że powołanie biegłego z zakresu pisma nie było w niniejszej sprawie celowe, skoro (...) o to nie wnosił, zarzucając jedynie Prezesowi UOKiK niezasięgnięcie opinii specjalnego biegłego na okoliczność

tożsamości pisma osoby wypełniającej ofertę (...), ofertę M. P. oraz ofertę (...). Taki zarzut nie mógł odnieść skutku w postępowaniu sądowym, w którym Sąd rozpoznaje sprawę na skutek odwołania od Decyzji od nowa a strona ma pełną możliwość dowodzenia swoich racji przed Sądem, zgłaszając stosowne wnioski dowodowe. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie dokonuje bowiem kontroli postępowania administracyjnego, jest Sądem pierwszoinstancyjnym rozstrzygającym merytorycznie sprawę, dlatego ewentualne uchybienia procesowe w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie są przedmiotem postępowania sądowego. W tym miejscu podnieść więc trzeba, że podobnie bezpodstawne są zarzuty (...) odnośnie nieprzesłuchania w toku postępowania administracyjnego świadka R. C. oraz strony odwołującej się skoro takie wnioski (...) mógł zgłosić przed Sądem, a tego nie uczynił.

Oprócz tego, analizując zachowanie przedsiębiorców, za symptomatyczne należy uznać określenie przez nich niskich kosztów wykonania zamówienia w porównaniu z cenami zaproponowanymi w następnym przetargu na wykonanie tożsamyh usług, zwłaszcza, że z odpowiedzi przedsiębiorców pytanym w postępowaniu administracyjnym- dlaczego do następnego przetargu ogłoszonego przez (...) zgłosili dużo wyższe ceny- wynika właściwie, że w przetargu z 24 października 2011 r. pomylili się i źle oszacowali koszty. Nie sposób dać temu wiary skoro zdarzyło się to tym samym trzem przedsiębiorcom. Zatem można wnioskować, że startując w przetargu z 24 października 2011 r. trzech z nich, nie skupiając się na podaniu cen opartych na właściwym rachunku ekonomicznym, stosując ceny niemające odzwierciedlenia w ich kondycji i możliwościach finansowych wykonania tego zamówienia, nie zakładało wygrania przedmiotowego przetargu.

Wobec powyższego, w ocenie Sądu, wymienione okoliczności oceniane łącznie świadczą, że niekompletne, podlegające odrzuceniu oferty miały służyć zabezpieczeniu oferty (...) jako najwyższej i kompletnej. Twierdzenia o zabezpieczeniu oferty (...) nie podważa fakt, że dokumenty uzupełniające niekompletne oferty przedsiębiorcy wyrabiali po terminie otwarcia ofert, stąd były wadliwe i uzupełnienia nie mogły być skuteczne a ich oferty brane pod uwagę, ponieważ nie jest niemożliwe aby przedsiębiorcy dysponowali niezbędnymi i właściwymi dokumentami uzyskanymi przed terminem otwarcia ofert a wobec tego, że mogli je przedstawić w razie potrzeby, gdyby (...) nie wygrał przetargu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż sposób i skutki postępowania danych przedsiębiorców są reprezentatywne, dlatego tego typu działania są kwalifikowane jako przykłady zмовы przetargowej. Jak już wcześniej wspomniano praktycznie wyodrębnia się różne formy zмовы przetargowych, aczkolwiek często występującym modelem jest tzw. ograniczanie ofert przetargowych (ang. bid suppression). Praktyka ta ma miejsce, kiedy działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert lub wycofują wcześniej złożone oferty albo podejmują inne kroki, dzięki którym oferta nie będzie brana pod uwagę (z powodów braków formalnych), wszystko w celu umożliwienia wybranemu między sobą przedsiębiorcy wygrania przetargu ofertą o zawyżonej cenie. W tej sytuacji przedsiębiorcy stwarzają pozory konkurencji, podczas gdy w rzeczywistości organizator przetargu zmuszony jest zaakceptować ofertę, której cena jest zawyżona i odbiega od ceny w warunkach konkurencji. Natomiast działanie powodów wpisuje się w ten typowy model zмовы przetargowej.

Zauważyć trzeba, że wskazani przedsiębiorcy mieli możliwość dokonywania niejawnym, poufnych uzgodnień odnośnie warunków składanych ofert z uwagi na ścisłe powiązania osobowo- kapitałowe. Przedsiębiorcy przygotowywali się do udziału w przetargach razem, ponieważ oferty sporządzone zostały tym samym charakterem pisma, mieli też kooperować w wykonaniu zamówienia. Podawali też niewiarygodne powody niezbrania wszystkich dokumentów. Trudno bowiem zaakceptować twierdzenia profesjonalnych przedsiębiorców odnośnie omyłkowego niedołączenia dokumentów w danym stanie faktycznym. Ich działania formalne dotyczące składania dokumentów w przetargu były jednakowe, nie dołączyli i nie uzupełnili dokumentów przetargowych, co skutkowało automatycznie tym, że (...) miał wygrać, ale najwyższą ceną, umożliwiającą osiągnięcie największego zysku.

Cel działania przedsiębiorców wyznacza zatem opisany ciąg zdarzeń, z których wynika dążenie przedsiębiorców do zabezpieczenia najwyższej oferty (...) w przetargu. Skoro bowiem dowodzenie w niniejszej sprawie opiera się na domniemaniach faktycznych, również cel działania przedsiębiorców został wywieziony z ustalonych w sprawie faktów.

W ocenie Sądu wszystkie fakty ustalone w niniejszej sprawie dają podstawę do twierdzenia o zawiązaniu przez przedsiębiorców antykonkurencyjnego porozumienia, albowiem swoistego działania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego wcześniej zachowania. Tylko bowiem uprzednie porozumienie przedsiębiorców prowadzi do tak skoordynowanego rezultatu gwarantującego (...) wygranę przetargu z najwyższą ofertą, dającą najwyższy zysk. Jednocześnie M. P.(...), (...) i (...) nie byli w stanie przedstawić racjonalnych wyjaśnień popartych dowodami na wytłumaczenie swoich zachowań. Nie doszło zatem w ocenie Sądu do naruszenia art. 231 k.p.c. przez pozwanego.

W świetle powyższego zauważyć należy, iż zachowania powodów stanowiące przedmiot niniejszego postępowania nie były prawidłowe w normalnych warunkach rynkowych, w związku z czym zaburzyły konkurencję. Proces konkurencji związany z postępowaniem przetargowym na wywóz nieczystości stałych z terenu osiedli (...) uległ zatem zniekształceniu w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert przez przedsiębiorców do nich przystępujących. Zawarte porozumienie nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale cel ten został faktycznie zrealizowany, jeśli weźmie się pod uwagę, że na skutek wyeliminowania tańszych ofert, na pierwsze miejsce przesunęła się oferta czwarta pod względem ceny, aczkolwiek przetarg został ostatecznie unieważniony z uwagi na przeświadczenie zamawiającego o dopuszczeniu się przez uczestników zmywy przetargowej.

Z kolei decyzja o unieważnieniu nie była przez przedsiębiorców podważana, podobnie jak decyzja o odrzuceniu ofert, co byłoby adekwatne jeśli przedsiębiorcy nie zgadzaliby się ze stanowiskiem (...).

Reasumując, wobec braku wyłączenia zawartego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję uzasadnionym stało się przyjęcie, że powodowie naruszyli zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Do przypisania powodom tego naruszenia niezbędne było jednak wykazanie zawarcia porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków składanych do przetargu ofert, jak też antykonkurencyjnego celu lub skutku, co ustalono w niniejszej sprawie. Wbrew jednak stanowisku skarżących warunkiem koniecznym udowodnienia istnienia w/w porozumienia nie jest wykazanie przez Prezesa UOKiK osiągnięcia korzyści przez uczestników zmywy, albowiem ustawodawca nie uzależnił odpowiedzialności z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. od spełnienia tej przesłanki.

Sąd zważył, że wobec braku dowodów bezpośrednich zawarcia porozumienia i warunków na jakich każdy z uczestników bierze udział w porozumieniu, wykazanie przez Prezesa UOKiK faktu odniesienia przez wszystkich uczestników porozumienia korzyści jest częstokroć niemożliwe. Wystarczającym jest zatem wykazanie metodyczności, planowości postępowania przedsiębiorców świadczące o realizacji uzgodnień, które nie może być uzasadniane inaczej jak istnieniem zmywy przetargowej. Natomiast w niniejszej sprawie brak było innego racjonalnego wytłumaczenia postępowania powodów, takiego wyjaśnienia nie przedstawili sami powodowie.

Stosowanie zakazanej praktyki zostało zaniechane w dacie unieważnienia przetargu z 24 października 2011 r., tj. 22 listopada 2011 r., dlatego Prezes UOKiK wydał Decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Powyższe implikuje zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k., zgodnie z którym Prezes Urzędu 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, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8.

Mimo, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zdaniem Sądu Prezes UOKiK podjął trafną decyzję o wymierzeniu kar przedsiębiorcom. Wymierzenie kar za praktykę ograniczającą konkurencję uzasadnione jest potrzebą podkreślenia naganności zachowania przedsiębiorców i przysporzenia im realnej dolegliwości skutkującej zapobieżeniem podobnych zachowań w przyszłości.

Jak wynika z treści art. 111 u.o.k.i.k, Prezes UOKiK przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ustawy, powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a

także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Kara nie może jednak przekroczyć 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w roku 2012.

Sąd zważył, że rodzaj praktyki stosowanej przez powodów pozwala zakwalifikować ją jako bardzo poważne naruszenie przepisów ustawy, gdyż zмова przetargowa należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji. Wprawdzie oceniane porozumienie zawarte zostało na lokalnym rynku usług odbioru odpadów komunalnych na terenie miasta B., na którym nie występują bariery wejścia na rynek oraz jest to rynek konkurencyjny, aczkolwiek zмова powodów doprowadziła do wyłączenia konkurencji między nimi. Zamawiający (...) poddany manipulacjom powodów stał się odbiorcą przedmiotowych praktyk. Na skutek zawartej zмowy przetargowej podmiot ten miał wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo. Gdyby nie unieważnienie przetargu, to zawarte porozumienie doprowadziłoby do wymiernego uszczerbku ekonomicznego po stronie zamawiającego, związanego z wyborem droższej oferty (...).

Nie budzi wątpliwości Sądu, ustalenie przez Prezesa UOKiK, że działanie powodów było umyślne. Trudno bowiem uznać, aby do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję doszło niewymyślnie. Należy bowiem podkreślić, że zмова jest wynikiem z góry ustalonej taktyki działania w przetargu, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych poprzez wygranie przetargu przy jednoczesnym osiągnięciu jak najwyższej ceny.

Przejawy zawartego porozumienia miały miejsce w październiku 2011 r. toteż nie zostało ono zakwalifikowane do naruszeń długotrwałych.

Powyższe przemawiało za nałożeniem na przedsiębiorców (...), (...) i (...) kar na poziomie 1,44% przychodów z 2012 r. W ocenie Sądu, biorąc pod uwagę przychody tych przedsiębiorców nałożenie przez Prezesa UOKiK na (...) kary w wysokości 474 401 zł, na (...) - 373 545 zł a na (...) - 12 768 zł, było adekwatne.

Z kolei proporcjonalną karą dla M. P. jest kara w wysokości 814,00 zł, która stanowi (**tajemnica przedsiębiorcy**)% przychodu tego przedsiębiorcy za 2012 r.

Powyższe kary spełnią swoje funkcje prewencyjne, dyscyplinujące, represyjne, są bowiem wystarczające do osiągnięcia zamierzonego celu, pozwalają jednocześnie na kontynuowanie prowadzonej działalności.

W tym stanie rzeczy podniesione przez powodów zarzuty kwestionujące zawarcie porozumienia i nałożenie kar nie są trafne. Zaskarżona Decyzja nie wymaga uchylecia, zmiany, a postępowanie sądowe w stosunku do (...) umorzenia ze względu na wykreślenie (...) z rejestru, albowiem spółka ta została w toku postępowania sądowego przejęta przez (...), która na zasadzie sukcesji generalnej z dniem połączenia na podstawie art. 494 § 1 k.s.h. weszła we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. W takim przypadku zmiana strony w sprawie cywilnej następuje z mocy samego prawa. Dlatego wobec braku zasadności odwołania (...), popieranego w istocie przez (...), (...) jako następcę prawny ponosi odpowiedzialność za czyny spółki przejmowanej.

Na marginesie tylko należało też zauważyć, że czynności dokonane przez pełnomocnika umocowanego przez Prezesa UOKiK A. J. (2) są ważne w niniejszym postępowaniu, gdyż stwierdzenie niezgodności z prawem aktu powołania na stanowisko Prezesa Urzędu nie należy do kognicji sądu powszechnego rozpoznającego odwołanie od decyzji Prezesa tego Urzędu (uchwała Sądu Najwyższego z 20 lutego 2008 r. o sygn. III SZP 1/08, Lex). Akt powołania jest aktem istniejącym w obrocie prawnym, stąd wywołuje skutki prawne do czasu jego wyeliminowania z obrotu, co oznacza, że brak jest podstaw do podważania prawidłowości powołania organu a przez to umocowania pełnomocnika organu w niniejszym postępowaniu.

Biorąc powyższe względy pod uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie znajdując podstaw do ich uwzględnienia, oddalił wniesione przez powodów odwołania na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na mocy art. 98 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Stronie pozwanej jako wygrywającej spór Sąd przyznał więc od każdego z istniejących powodów ((...), (...) i M. P.) zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w wysokości 360 zł, ustalonego na podstawie § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 r., poz. 490 j.t.). Zgodnie bowiem z przepisem § 21 aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804 z zm.) „Do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji.”. Niniejsza sprawa została wszczęta pod rządami Rozporządzenia z 2002 roku a zatem wynagrodzenie dla pełnomocnika należało ustalić na jego podstawie.

SSO Anna Maria Kowalik