

Sygn. akt XVII AmA 23/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lutego 2020 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **Sędzia SO Dariusz Dąbrowski**

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2020 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

przy udziale zainteresowanej **J. G.**

o stwierdzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 28 grudnia 2017 roku Nr (...)

1. oddala odwołanie,

2. zasądza od powoda Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt XVII AmA 23/18

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 grudnia 2017 r., Nr (...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229, zwanej dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez

• Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.,

oraz

- J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) J. G. w Ż.,

porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy na krajowym rynku dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych, poprzez uzgadnianie przez ww. przedsiębiorców przystępujących do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez:

- 1) Gminę Miasto Ł. w przedmiocie: Dostawa sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 grudnia 2013 r.,
- 2) Gminę K. w przedmiocie: Zakup sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 marca 2014 r.,
- 3) Powiatowy(...)Zespół Szkół w Ś. w przedmiocie: Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół (...) w N. w ramach projektu pn.: (...), z datą ogłoszenia: 22 kwietnia 2014 r.,
- 4) Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. w przedmiocie: Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych, z datą ogłoszenia: 28 lipca 2015 r.

warunków składanych ofert i zasad postępowania, mające na celu doprowadzenie do wyboru jednego z wyżej wymienionych przedsiębiorców.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy,

umorzył postępowanie antymonopolowe prowadzone w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorców:

- Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.,

oraz

- J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) J. G. w Ż.,

praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych, polegającej na porozumieniu ograniczającym konkurencję poprzez uzgadnianie przez ww. przedsiębiorców przystępujących do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez:

- 1)Zespół Szkół (...) w P. w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania, z datą ogłoszenia: 10 grudnia 2013 r.,
- 2)Powiatowy(...)Zespół Szkół w Ś. w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: (...) z datą ogłoszenia: 11 czerwca 2014 r.,

warunków składanych ofert i zasad postępowania, mające na celu doprowadzenie do wyboru jednego z wyżej wymienionych przedsiębiorców.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję,

nałożył kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

- 1) 40.944,00 zł – na Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.,

2) 15.918,00 zł – na J. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) J. G. w Ż.,

płatne do budżetu państwa.

IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257), w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

obciążył kosztami postępowania w wysokości:

1) 62,00 zł – Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.,

2) 62,00 zł – J. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) J. G. w Ż., oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji złożył powód – Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

A) co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Gminę Miasto Ł. w przedmiocie „Dostawa sprzętu komputerowego”, data ogłoszenia: 19.12.2013 r.:

naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest:

1) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na błędnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego w postaci dokumentów notatek z odbierania wyjaśnień (...) z 07 i 09.10.2015 r., pisma przedstawiciela (...) J. G. (dalej: (...)) z 25.10.2015 r., dokumentów z 18.01.2016 r. i 20.01.2016 r. będących ustosunkowaniem się do postawionych zarzutów, pisemnego stanowiska (...) z dnia 05.10.2017 r., a także dokumentów pochodzących z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Gminę Miasto Ł. (w szczególności formularzy ofertowych), a to przez:

a) dokonanie ustalenia, że (...) i (...) zawarły porozumienie dotyczące warunków postępowania, w tym ceny i zachowań podejmowanych w toku postępowania przetargowego, bez zgromadzenia materiału dowodowego świadczącego o zawarciu porozumienia w jakiegokolwiek formie,

b) pominięcie okoliczności wynikającej z treści formularzy ofertowych, że ceny jednostkowe oferowane przez (...) i (...) różniły się w przypadku poszczególnych urządzeń o różne wartości, to jest 2,92 %, 2,93 %, 2,95 %, 2,96 %, 3,23 %, 3,43 %, 3,51 %, 3,86 % i 5,00 % - nie ma zatem podstaw dla twierdzenia, że przedsiębiorcy ustalali ceny na potrzeby postępowania zorganizowanego przez Gminę Miasto Ł.,

c) nie uwzględnienie przez Prezesa Urzędu, że w postępowaniu nie ustalono faktu dokonania przez (...) dostawy towarów na rzecz (...) po ogłoszeniu wyników przetargu ani przekazania przez (...) na rzecz (...) jakiegokolwiek korzyści finansowej - nie wiadomo zatem, na czym miałyby polegać korzyść (...) z celowego doprowadzenia do odrzucenia jej oferty i uzyskania zamówienia przez (...), skoro nie wykazano faktu dzielenia między przedsiębiorcami rzekomej korzyści z działania w toku postępowania przetargowego,

d) nie wzięcie pod uwagę spójnych, wiarygodnych i wzajemnie niesprzecznych wyjaśnień złożonych przez (...), dotyczących przyczyn nie uzupełnienia wymaganej dokumentacji po wezwaniu,

2) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na ustaleniu w drodze domniemania faktycznego, że przedsiębiorcy podjęli działania mające charakter rozstawiania i wycofania ofert - w sytuacji, gdy fakty (zmienne wartości różnicy między cenami przyjętymi w ofertach (...) i (...), brak sprzedaży sprzętu przez (...) na rzecz (...) po rozstrzygnięciu przetargu, wiarygodne wyjaśnienia (...) dotyczące nie uzupełnienia dokumentacji na wezwanie) nie układają się w łańcuch pozwalający na wyprowadzenie wniosku o skoordynowanym działaniu przedsiębiorców,

B) co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę K. w przedmiocie „Zakup sprzętu komputerowego”, data ogłoszenia: 19.03.2014 r.:

naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na błędnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego w postaci dokumentów notatek z odbierania wyjaśnień (...) z 07 i 09.10.2015 r., pisma (...) z 26.10.2015 r., dokumentów z 18.01.2016 r. i 20.01.2016 r. będących ustosunkowaniem się do postawionych zarzutów, pisemnego stanowiska (...) z dnia 05.10.2017 r., a także dokumentów pochodzących z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Gminę K. (w szczególności formularzy ofertowych), a to przez:

a) nie wzięcie pod uwagę, że w toku postępowania antymonopolowego nie ustalono choćby podobieństwa ofert złożonych przez (...) i (...),

b) nie uwzględnienie faktu, że oferta (...) zarówno w pierwszym, jak i drugim postępowaniu zorganizowanym przez Gminę K. była dotknięta wadami przesądzającymi o jej odrzuceniu, co świadczy o fakcie, że przedsiębiorcy nie koordynowali swych działań i nie ustalali treści złożonych ofert,

C) co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Powiatowy (...) Zespół Szkół w Ś. w przedmiocie „Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół (...) w N. w ramach projektu pn. (...)”, data ogłoszenia: 22.04.2014 r.:

naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest:

1) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na błędnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego w postaci dokumentów notatek z odbierania wyjaśnień (...) z 07 i 09.10.2015 r., pisma (...) z 26.10.2015 r., dokumentów z 18.01.2016 r. i 20.01.2016 r. będących ustosunkowaniem się do postawionych zarzutów, pisemnego stanowiska (...) z dnia 05.10.2017 r., a także dokumentów pochodzących z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Powiatowy (...) Zespół Szkół w Ś. (w szczególności formularzy ofertowych), a to przez:

a) dokonanie ustalenia, że (...) i (...) zawarły porozumienie dotyczące warunków postępowania, w tym ceny i zachowań podejmowanych w toku postępowania przetargowego, bez zgromadzenia materiału dowodowego świadczącego o zawarciu porozumienia w jakiegokolwiek formie,

b) nieuzasadnione uznanie za niewiarygodne wyjaśnień (...), że powodem odstąpienia od zawarcia przez tego przedsiębiorcę umowy z zamawiającym było wycofanie z oferty dystrybutora części sprzętu mającego stanowić część dostawy i wprowadzenie nowej, droższej wersji tego sprzętu - w sytuacji, gdy zmiana w zakresie dostępności określonego sprzętu u dystrybutora nie jest rzadkością, a wyjaśnienie (...), że niedostępność u dystrybutora sprzętu w pierwotnie oferowanej cenie dotyczyła kas fiskalnych, było zapewne błędnym przypuszczeniem tego przedsiębiorcy, wyrażonym po długim czasie od zakończenia postępowania przetargowego,

c) niewłaściwą ocenę dowodów w postaci faktur VAT wystawionych przez (...) dla (...), polegającą na błędnym przyjęciu, że (...) po wyborze najkorzystniejszej oferty sprzedała (...) identyczne wielofunkcyjne urządzenie jak dostarczone przez (...) do zamawiającego - w sytuacji, gdy (...) dostarczyła zamawiającemu model(...), a (...) sprzedała (...) model (...),

d) nietrafne nadanie istotnego znaczenia przy zastosowaniu domniemania faktycznego okoliczności, że (...) dokonała na rzecz (...) dostawy sprzętu pokrywającego się częściowo co do ilości i rodzaju ze sprzętem będącym przedmiotem dostawy dla zamawiającego (w rzeczywistości mniej niż 2/3), bez ustalenia, czy korzyść ekonomiczna (...) z rezygnacji z uzyskania zamówienia i wykonania dostawy dla (...) była większa niż korzyść z wygrania przez (...) przetargu,

2) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na ustaleniu w drodze domniemania faktycznego, że przedsiębiorcy podjęli działania mające charakter rozstawiania i wycofania ofert - w sytuacji, gdy fakty (sprzedaż przez (...) na rzecz (...) sprzętu, który w mniej niż 2/3 pokrywał się ze sprzętem dostarczonym zamawiającemu, niewielka różnica między cenami ofertowymi (...) i (...) wynosząca 2.305,68 zł, wiarygodne wyjaśnienia (...) dotyczące przyczyn rezygnacji z podpisania umowy z zamawiającym) nie układają się w łańcuch pozwalający na wyprowadzenie wniosku o skoordynowanym działaniu przedsiębiorców,

D) co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. w przedmiocie „Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych”, data ogłoszenia: 28.07.2015 r.:

naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k. i k., polegające na błędnej, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego w postaci dokumentów notatek z odbierania wyjaśnień (...) z 07 i 09.10.2015 r., pisma (...) z 26.10.2015 r., dokumentów z 18.01.2016 r. i 20.01.2016 r. będących ustosunkowaniem się do postawionych zarzutów, pisemnego stanowiska (...) z dnia 05.10.2017 r., wydruku korespondencji e-mail pomiędzy R. J. (1) a M. G. z 28 i 29.07.2015 r., a także dokumentów pochodzących z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. (w szczególności formularzy ofertowych), a to przez:

a) błędną ocenę treści wiadomości e-mail wymienianych między R. J. (1) i M. G. w dniach 28 i 29.07.2015 r., w których R. J. (1) miał rzekomo sugerować M. G., aby zaoferował cenę o 5% procent wyższą od ceny zakupu (...) i w konsekwencji nietrafne przyjęcie, że (...) zastosowała się do sugestii (...) - w sytuacji, gdy jednostkowa cena zakupu brutto (...) miała wynosić 3.536,25 zł (2.875 zł netto x 1,23), a cena jednostkowa brutto zaoferowana przez (...) wyniosła 3.911,40 zł, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że (...) zastosowała się do rzekomej sugestii, skoro zaoferowała cenę o 11% wyższą od ceny zakupu, nie zaś o 5,3 % wyższą jak przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji,

b) nie wzięcie pod uwagę istotnej okoliczności, że (...) złożyła zamawiającemu wyłącznie ofertę dostawy 14 zestawów komputerowych (bez uwzględnienia zmiany wymagań w zakresie zwiększenia wymagań zamawiającego do 16 zestawów komputerowych), a (...) złożyła ofertę dostawy 16 zestawów komputerowych - wobec czego nie ma podstaw do przyjęcia, że przedsiębiorcy po wcześniejszym ustaleniu złożyli identyczne oferty, a ponadto oferta (...) podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ,

c) brak uwzględnienia faktu, że pierwotnie złożone oferty (...) i (...) znalazły się odpowiednio na trzecim i ósmym miejscu pod względem wysokości ceny, a zatem jeśli mieć na względzie oferowane w tym postępowaniu ceny i zaistniałą konfigurację ofert (...) i (...), nie sposób przypisać w danym przypadku wymienionym przedsiębiorcom stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert,

d) pominięcie okoliczności, że (...) i (...) zrezygnowali z ubiegania się o udzielenie zamówienia i ostatecznie żaden z nich nie złożył oferty w ogłoszonym postępowaniu,

Ponadto, niezależnie od kwestionowania faktu naruszenia przez przedsiębiorców przepisów ustawy w przypadku któregośkolwiek z postępowań przetargowych objętych zaskarżoną decyzją, zarzucił naruszenie art. 111 ust. 1 pkt 1) u.o.k. i k. polegające na:

a) nie wzięciu pod uwagę przy ustalaniu wysokości nakładanej kary pieniężnej, że udział przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych objętych decyzją występował w dużych odstępach czasowych (grudzień 2013 r., marzec i kwiecień 2014 r., lipiec 2015 r.), zatem rzekomego naruszenia nie należało uznać za ciągłe i długotrwałe,

b) nie uwzględnienie przy ustalaniu wysokości nakładanej kary pieniężnej okoliczności, że (...) w 90% przypadków przystępuje do przetargów samodzielnie, bez konsultacji z (...) (vide notatkę z odbierania wyjaśnień (...) k. 1418-1422 akt postępowania), co miałyby znaczenie dla ustalenia skutków rynkowych rzekomego naruszenia,

c) nie uwzględnieniu przy ustalaniu wysokości nakładanej kary pieniężnej skutków rynkowych wysokości ewentualnego uszczerbku finansowego poniesionego przez Zamawiających, który wynosiłby w przypadku Gminy Miasta Ł. 4.018,41 zł, a w przypadku Powiatowego (...) Zespołu Szkół w Ś. 2.305,68 zł, natomiast zamawiający Gmina K. i Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. nie doznali żadnego uszczerbku finansowego, co świadczyłoby o znikomych skutkach rynkowych rzekomego naruszenia,

d) nietrafnej ocenie szkodliwości (natury) naruszenia jako bardzo poważnego - w sytuacji, gdy z uwagi na nieznaczną wysokość ewentualnego uszczerbku finansowego zamawiających, a także brak długotrwałości i ciągłości naruszenia, naruszenia nie należałoby klasyfikować jako bardzo poważne.

Jednocześnie wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów złożył odpowiedź na powyższe odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. jest spółką prawa handlowego wpisaną do rejestru przedsiębiorców pod numerem KRS: (...). Powód prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usług związanych ze sprzętem komputerowym, m. in.: sprzedaż wyposażenia biurowego, komputerów oraz sprzętu telekomunikacyjnego.

dowód: odpis z rejestru KRS (k. 72-74v akt sąd.)

J. G. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą ***(...) J. G.w Ż.***, figurującą w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej pod numerem REGON: (...). W ramach prowadzonej działalności, (...) oferuje sprzedaż detaliczną komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania.

dowód: odpis CEIDG (k. 3172 akt adm.)

Podczas prowadzonego przez Organ postępowania antymonopolowego, ocenie podlegały działania przedsiębiorców (...) i (...) w następujących postępowaniach przetargowych:

1. Przetarg ogłoszony przez Zespół Szkół (...) w dniu 10 grudnia 2013 r. w przedmiocie: „Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania”
2. Przetarg ogłoszony przez Miasto Ł. w dniu 19 grudnia 2013 r. w przedmiocie „Dostawa sprzętu komputerowego”,
3. Przetarg ogłoszony przez Gminę K. w dniu 19 marca 2014 r. w przedmiocie: „Zakup sprzętu komputerowego”,
4. Przetarg ogłoszony przez Powiatowy (...) Zespół Szkół (...) w dniu 22 kwietnia 2014 r. w przedmiocie „Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół (...) w N. w ramach projektu pn. (...)”,

5. Przetarg ogłoszony przez Powiatowy (...) Zespół Szkół (...) w dniu 11 czerwca 2014 r. w przedmiocie: „Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: (...)

6. Przetarg ogłoszony przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w dniu 28 lipca 2015 r. (okoliczności bezsporne)

Przedmiotem zamówień w wyżej wymienionych postępowaniach przetargowych były dostawy sprzętu elektronicznego takiego jak komputery, drukarki, kasy fiskalne, projektory, edukacyjne tablice interaktywne, urządzenia sieciowe z akcesoriami. (okoliczności bezsporne)

I. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Zespół Szkół (...) w dniu 10 grudnia 2013 r. w przedmiocie:

„Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania”

Przedmiotem zamówienia była dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania. Precyzując wymagania, zamawiający określił minimalną przekątną monitorów LCD jako 19”, oraz konieczność wyposażenia tablic interaktywnych w funkcję (...) (pozwalającą na jednoczesną pracę 4 osób).

dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia na zakup i dostawę sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania (SIWZ, k. 2156-2178 akt adm.)

W związku z zapytaniami potencjalnych oferentów (zapytania - k. 2179, 2180, 2181, 2182 akt adm.), w piśmie datowanym na dzień 13 grudnia 2013 r., umieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, udzielono dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. Między innymi, wskazano na konieczność funkcji (...) w tablicach interaktywnych oraz sprecyzowano wymagania w zakresie: prędkości odczytu, czasu reakcji, wymiaru powierzchni roboczej, rozdzielczość. Następnym zgłoszonych uwag i zapytań potencjalnych wykonawców, była zmiana treści SIWZ przez zamawiającego. Termin składania ofert upływał w dniu 20 grudnia 2013 r., o godzinie 10:00. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający wskazał, że kwota 122.237,00 zł brutto stanowi kwotę przeznaczoną na pokrycie zamówienia.

dowód: pismo zamawiającego (k. 2183 akt adm.), protokół (k. 2154 akt adm.),

Trzy najkorzystniejsze cenowo oferty były następujące:

1) (...) **J. G.**, Ż. – 89 289,25 zł,

- oferta (...) z dnia 17 grudnia 2013 r. wpłynęła do zamawiającego w dniu 18 grudnia 2013 r., o godzinie 14:20 (druga w kolejności)

2) **PPHU (...)**, W. – 92 496,00 zł (przed korektą oczywistej omyłki),

3) (...) **Sp. z o.o.**, S. – 92 684,28 zł,

- oferta (...) z dnia 19 grudnia 2013 r. wpłynęła do zamawiającego w dniu 20 grudnia 2013 r. o godzinie 8:05 (piąta w kolejności).

dowód: protokół Nr (...) komisji (k. 2257 akt adm.), oferta (...) (k. 2225 akt adm.), oferta (...) (k. 2237 akt adm.)

Komisja przetargowa wniosła o poprawienie oczywistej omyłki w ofercie przedsiębiorcy PPHU (...). Przedsiębiorca ten nie pomnożył ceny jednostkowej oferowanej centralnej jednostki komputerowej przez liczbę wymaganych sztuk (15). W efekcie łączna cena brutto tego oferenta opiewała na 118.326,00 zł. Oferta przedsiębiorcy została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z SIWZ – zaproponowane przez przedsiębiorcę komputery były wyposażone w procesor

jednordzeniowy, podczas gdy zamawiający wymagał komputerów wyposażonych w procesor dwurdzeniowy. W piśmie z 14 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (...).

dowód: protokół (k. 2154v akt adm.), protokół Nr (...) komisji (k. 2259 akt adm.), oferta (...) (k. 2192, 2193v akt adm.), Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 stycznia 2014 r. (k. 37 akt adm.)

Składający oferty, (...) i (...) skierowali do zamawiającego prośbę o przesłanie faxem protokołu z otwarcia oferty. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający skierował do wykonawców pisma datowane na dzień 23 grudnia 2013 r. wraz z informacją o przewidzianym budżecie zamówienia, nazwach oferentów, warunkach złożonych ofert, m. in. warunkach gwarancji, terminach wykonania zamówienia, ceny ofertowej.

dowód: wniosek (...) (k. 2226 akt adm.), wniosek (...) (k. 2238 akt adm.), pismo zamawiającego z 23 grudnia 2013 r. (k. 2249, 2252 akt adm.)

W zakresie producentów i modeli oferowanych urządzeń (z wyjątkiem modelu tablicy interaktywnej: w ofercie (...) – tablica interaktywna marki M. model T. , w ofercie (...) tablica interaktywna marki M. model T. (...)) oferty były identyczne.

dowód: oferta (...) (k.2232v akt adm.), oferta (...) (k. 2242 akt adm.)

Z uwagi na okoliczność, iż oferta (...) i oferta (...) zawierała te same braki formalne, zamawiający wezwał przedsiębiorców do dostarczenia dokumentacji zawierającej opis oferowanego produktu, takiej jak: karta techniczna, folder lub inny dokument, który umożliwi zamawiającemu potwierdzenie zgodności parametrów ofertowanego sprzętu z wymaganiami określonymi w SIWZ w terminie do 31 grudnia 2013 r., godziny 12.00.

dowód: protokół Nr (...) Komisji przetargowej (k. 2259v akt adm.), wezwania do uzupełnienia dokumentów: (...) (k. 31 akt adm.), (...) (k. 53 akt adm.),

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 30 grudnia 2013 r. (...) złożyło uzupełnioną dokumentację zawierającą m. in. specyfikację techniczną tablicy interaktywnej M. T. (...).

dowód: pismo (...) z 30 grudnia 2013 r. (k. 18, 25 akt adm.)

Finalnie, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucono ofertę (...) w związku z dokonaniem zmiany oferty w zakresie proponowanej tablicy interaktywnej (M. T. (...) – wskazana w ofercie, na M. (...)).

dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (k. 37-38v akt adm.)

W dniu 21 stycznia 2014 r. zamawiający zawarł umowę z (...).

dowód: protokół Nr (...) (k. 32 akt adm.)

(...) wystawił fakturę sprzedaży dla zamawiającego 14 lutego 2014 r. (...) wraz z końcem stycznia 2014 r. dokonał sprzedaży na rzecz (...) 15 sztuk monitorów LCD 19,5" A (...) oraz kasę fiskalną S. E.. Ilość i rodzaj urządzeń odpowiadał realizacji zamówienia przez (...).

dowód: faktura (...) (...) (k. 3090 akt adm.), faktura (...) z dnia 28 stycznia 2014 r. (...) (k. 3070 akt adm.), faktura (...) z dnia 30 stycznia 2014 r. (...) (k. 3071 akt adm.)

II. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Miasto Ł. w dniu 19 grudnia 2013 r. w przedmiocie: „Dostawa sprzętu komputerowego”

Przedmiotem zamówienia w wyżej wskazanym postępowaniu przetargowym była dostawa komputerów i urządzeń peryferyjnych: komputery stacjonarne z monitorem 24”(16 szt.), komputery stacjonarne z monitorem 27” (2 szt.), laptopy (4+1 szt.), drukarka laserowa wielofunkcyjna, drukarki laserowe (2 szt.), skanery szczelinowe (6 szt.), przełączniki sieciowe (10+15 szt.), projektory (2 szt.), dysk przenośny, pendrive (3 szt.).

Celem zagwarantowania zamawiającemu, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone w SIWZ, zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia wraz z ofertą m.in. dokumentów poświadczających, że oferowany sprzęt jest produkowany zgodnie z odpowiednimi normami ISO, deklaracje zgodności CE lub certyfikat B (dla obudowy) oraz specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu. Minimalne wymagania zostały przez zamawiającego określone w SIWZ. Termin składania ofert upływał 30 grudnia 2013 r. o godzinie 11.30. Oferty, które spełniały wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny.

dowód: SIWZ (k. 2872-2905 akt adm.)

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający wskazał, że kwota 148 780,94 zł brutto stanowi kwotę przeznaczoną na pokrycie zamówienia.

dowód: protokół postępowania (k. 1897 akt adm.),

W piśmie z dnia 31 grudnia 2013 r. (fax) zamawiający przekazał (...) informacje z otwarcia oferty, w tym informacje o przewidzianej kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia oraz o wartościach ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców.

dowód: pismo zamawiającego z 31 grudnia 2013 r. (k. 1918 akt adm.),

Dwie najkorzystniejsze cenowo oferty były następujące:

1) (...) **J. G.**, Ż. – 127 983,67 zł,

(po poprawie: 133 831,38 zł)

2) (...) **Sp. z o.o.**, S. – 137 719,14 zł

(po poprawie: 137 849,79 zł)

dowód: protokół (k. 1898 akt adm.), formularz ofertowy (k. 1951 akt adm.), formularz ofertowy (k. 1931 akt adm.), pismo zamawiającego (k. 2862, k. 2865, k. 2867 akt adm.)

W piśmie datowanym na dzień 7 stycznia 2014 r. zamawiający wezwał (...) i (...) do uzupełnienia oferty o wymagane certyfikaty jakości i bezpieczeństwa oraz specyfikacje techniczne, w terminie do 16 stycznia 2014 r., do godziny 11:00. Jednocześnie, poinformował (...) o poprawieniu omyłki rachunkowej w zakresie sumowania wybranych pozycji zamówienia w rubryce „Wartość brutto”. W efekcie, wartość oferty wzrosła do 133 704,69 zł.

dowód: wezwanie (k. 2864, k. 2869 akt adm.)

Przedsiębiorca nie uzupełnił dokumentacji, co uniemożliwiło wykazanie zamawiającemu, iż urządzenia oferowane przez (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. W związku z powyższym oferta przedsiębiorcy została odrzucona.

dowód: protokół (k. 1899 akt adm.), zawiadomienie (k. 1906, 1907 akt adm.)

Pismem z dnia 22 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – (...). Przekazał również informację o ofertach, które podlegały odrzuceniu.

dowód: zawiadomienie, (k. 1909-1917 akt adm.)

Oferta (...) i (...) zawierała taką samą niezgodność z wzorem formularza ofertowego określonym przez zamawiającego. W punktach: 5 i 6 zestawienia asortymentu została zmieniona wartość ilości sztuk asortymentu. Zamawiający wymagał dostarczenia m.in. jednej drukarki laserowej wielofunkcyjnej oraz dwóch innych drukarek laserowych. W ofertach wymienionych przedsiębiorców wskazano jednocześnie:

- drukarka laserowa wielofunkcyjna X. (...)(...) szt. 2 (zamiast 1)
- drukarka laserowa L. (...). 1 (zamiast 2)

Oprócz powyższego podobieństwa, w ofertach przedsiębiorców figurowały również identyczne pozycje w zakresie nazw producentów i modeli oferowanych urządzeń.

dowód: formularz ofertowy (k. 1930-1931 akt adm.), formularz ofertowy (k. 1950-1951 akt adm.)

W piśmie z dnia 23 stycznia 2014 r. przedsiębiorca (...) J. S. Sp. j. złożył odwołanie od decyzji komisji przetargowej uznającej ofertę (...) za najkorzystniejszą. Wniósł jednocześnie o ponowną ocenę złożonych ofert z wykluczeniem z postępowania o zamówienia publiczne oferty (...) z uwagi na niezgodność z SIWZ.

dowód: odwołanie (k. 159 akt adm.)

Wobec powyższego, pismami z dnia 23 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował (...) i (...) o poprawie omyłek w złożonych ofertach, w następujący sposób: w załączniku nr 5 do SIWZ – formularz ofertowy poz. 5 poprawiono na „1 szt.” poz. 6 poprawiono na: „2 szt.”. Wyjaśnił, że wskazana pomyłka, wynikała z podania w złożonych ofertach błędnej ilości wymaganych przez zamawiającego urządzeń dla pozycji 5 i 6 formularza ofertowego. Ponadto, po dokonanej poprawce, cena całkowita oferty wynosiła:

- w przypadku (...) – 137 849,79 zł
- w przypadku (...) 133 831,38 zł

Zamawiający dodał, iż w przypadku milczenia wykonawcy, czyli braku wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek, zamawiający uzna, iż wykonawca wyraża zgodę na ich dokonanie, a jego oferta nie będzie podlegała odrzuceniu.

dowód: pismo zamawiającego(k. 2862-2863, 2867-2868 akt adm.)

W kolejnym piśmie, tj. z dnia 24 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował oferentów o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwagi na konieczność powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

dowód: pismo zamawiającego(k. 158 akt adm.)

Po dokonaniu powtórnej oceny ofert, zamawiający poinformował w piśmie z 29 stycznia 2014 r. że za najkorzystniejszą ponownie uznano ofertę (...). Jak podał zamawiający, oferta (...) odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w SIWZ. Zamawiający poinformował także o ofertach odrzuconych (m. in. oferta (...)).

W dniu 10 lutego 2014 r. zamawiający zawarł umowę z (...).

dowód: pismo zamawiającego z dnia 29 stycznia 2014 r. (k. 178 akt adm.)

III. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Gminę K. w dniu 19 marca 2014 r. w przedmiocie: „Zakup sprzętu komputerowego”

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów i sprzętów peryferyjnych: komputerów stacjonarnych z zainstalowanymi systemami operacyjnymi i oprogramowaniem biurowym (15+1 szt.), monitorów LCD (16 szt.), (...) (16 szt.), laptopów (2 szt.), urządzeń wielofunkcyjnych A4 kolor (3 szt.), drukarek A4 mono, drukarek A3 kolor, kamery, aparatu cyfrowego.

Zamawiający określił minimalne wymagania względem wyżej wymienionego sprzętu. Wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia do oferty m.in. dokumentów poświadczających, że sprzęt przez nich oferowany jest zgodny z normami ISO, deklaracji zgodności CE oraz specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu (karty produktu opisujące parametry techniczne).

Termin na złożenie oferty upływał 28 marca 2014 r., o godzinie 10:00. Oferty otwarto 28 marca 2014 r., o godzinie 10:05. Oferty, które spełniały wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny. Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku uchylenia się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy. Spośród pozostałych ofert wybierze najkorzystniejszą bez przeprowadzania ich ponownej oceny.

dowód: SIWZ (k. 2460-2495 akt adm.)

Najkorzystniejszą ofertę złożyło (...). Na **drugiej** pozycji znalazł się (...) (oferta: 90 620,25 zł brutto, wpłynęła jako czwarta w kolejności), na **trzeciej** natomiast – (...) (oferta: 91 991,70 zł, wpłynęła jako szósta w kolejności).

dowód: protokół postępowania (k. 2437 akt adm.), zestawienie ofert (k. 2441-2442 akt adm.)

Prezes zarządu (...) – Pan R. J., skierował do Pana M. G., będącego pełnomocnikiem (...) wiadomość e-mailową o treści „W K. wpierdzieliło się (...), ciekawe na czym poszli”. Cytowana wiadomość została wysłana 28 marca 2014 r., o godzinie 14.13 (złożone oferty otwarto tego samego dnia, o godzinie 10:05).

dowód: korespondencja (k. 1407 akt adm.)

W dniu 2 kwietnia 2014 r. zamawiający wezwał (...) do uzupełnienia brakujących dokumentów, takich jak: certyfikatów ISO, kart produktu, deklaracji zgodności CE, aktualnych zaświadczeń US, ZUS – w terminie do dnia 4 kwietnia 2014 r.

dowód: wezwanie (k. 2387 akt adm.)

W odpowiedzi na powyższe, (...) złożył wymagane dokumenty w terminie. W załączeniu przekazał m.in. zaświadczenie ZUS z dnia 6 marca 2014 r. oraz zaświadczenie US z 7 marca 2014 r.

dowód: pismo wraz z załącznikami (k. 2389-2433 akt adm.)

Pismem datowanym na 2 kwietnia 2014 r., zamawiający wezwał także (...) do uzupełnienia braków, poprzez złożenie: certyfikatów ISO, kart produktu, deklaracji zgodności CE.

dowód: wezwanie, (k. 2269 akt adm.)

(...) złożył wymagane dokumenty w piśmie z dnia 3 kwietnia 2014 r.

dowód: pismo (k. 2262-2267, k. 2309-2310 akt adm.)

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2014 r. wybrał najkorzystniejszą ofertę – (...). O dokonanej wyborze poinformował wykonawców, przekazując również informację dotyczącą ilości zebranych punktów przez poszczególnych oferentów, spełniających wymagane kryteria.

dowód: zawiadomienie (k. 2284, k. 2438 akt adm.)

(...) zwróciło się do zamawiającego z prośbą o przekazanie kopii oferty (...) oraz (...). Istotne dla przedsiębiorcy były przede wszystkim informacje o produktach, jakie zostały przez nich zaoferowane (marki, modele, typy). Takie informacje zostały (...) przekazane w korespondencji e-mailowej dnia 10 kwietnia 2014 r.

dowód: korespondencja (k. 2456-2457 akt adm.)

Oferta (...) została również przekazana (...), w odpowiedzi na prośbę tego przedsiębiorcy skierowaną do zamawiającego (fax) w dniu 10 kwietnia 2014 r.

dowód: korespondencja (k. 2454-2455 akt adm.)

(...) i (...) zgłosili zamawiającemu zastrzeżenia względem oferty (...). Wskazali, że zaoferowane przez tego przedsiębiorcę urządzenie wielofunkcyjne, monitory oraz zasilacz awaryjny (...) nie odpowiadają warunkom określonym w SIWZ. W oparciu o powyższe, oferenci wnieśli o odrzucenie oferty (...) z uwagi na jej niezgodność z kryteriami SIWZ.

dowód: k. 2286-2290 akt adm.

W wyniku ponownej weryfikacji, zamawiający ostatecznie podjął decyzję o odrzuceniu oferty (...). Kolejne oferty przekraczały kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co doprowadziło do unieważnienia postępowania przetargowego, o czym poinformował w piśmie z dnia 15 kwietnia 2014 r.

dowód: k. 2307 akt adm.

W dniu 16 kwietnia 2014 r. ogłoszono kolejny przetarg w tej sprawie. (...) nie przystąpił do postępowania, natomiast oferta (...) została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z SIWZ.

dowód: zawiadomienie z dnia 12 maja 2014 r. (k. 2549 akt adm.)

W wyniku kontroli przeprowadzonej w siedzibie (...), zabezpieczone zostały wydruki korespondencji elektronicznej pomiędzy P. R. J. (1) (prezesem zarządu (...)), a P. M. G. (pełnomocnikiem (...)).

Dnia 25 marca 2014 r. w wiadomości o temacie „Re:K.” P. R. J. (1) skierował do (...) wiadomość o treści: „Ja zrobiłem 3% do ceny zakupu. Może Ty na 5%”. W załączeniu przekazał plik o nazwie „(...)”. Formularz zawiera zestawienie cen na poszczególne pozycje ofertowe, z podsumowaniem wartości brutto: 87 611,35 zł. Zawiera również wykaz urządzeń w zakresie i liczbie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia Gminy K. (komputery stacjonarne N., monitory A., (...) E. D., laptop L., urządzenie wielofunkcyjne H. (...), drukarka O., drukarka X., kamera P., aparat P.).

dowód: k. 1405-1406 akt adm.

(...) oraz (...) w złożonych ofertach przekazali zamawiającemu karty produktów, dotyczących urządzeń zawartych w wyżej wskazanym formularzu cenowym.

dowód: karty produktów i certyfikaty zgodności ((...): k. 2331-2335 akt adm., k. 2392-2430 akt adm., (...): k. 2264-2266 akt adm., k. 2355-2386 akt adm.)

P. M. G. skierował do P. R. J. (1) wiadomość e-mailową z zapytaniem „Jaką cenę mam przyjąć?”, otrzymując odpowiedź „+5% do cen zakupu” (temat: Re:K.)

dowód: korespondencja (k. 1408 akt adm.)

Wartość brutto oferty (...) była wyższa o ok. 3,4 % od wartości określonej we wskazanym wyżej formularzu („(...)”). Wartość oferty (...) w omawianym przetargu była wyższa o 5,0 % od wartości określonej w formularzu.

dowód: korespondencja wraz z załącznikami z dnia 25 marca 2014 r. (k. 1405-1406 akt adm.), protokół postępowania (k. 2437 akt adm.)

IV. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Powiatowy (...) Zespół Szkół w Ś. w dniu 22 kwietnia 2014 r. w przedmiocie: „Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół (...) w N. w ramach projektu pn.: (...)”

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów, urządzeń peryferyjnych, urządzeń i narzędzi sieciowych (zestawów komputerowych – monitorów, jednostek centralnych, klawiatur, myszy, oprogramowania, oprogramowania antywirusowego, pakietów programów biurowych (15 szt.), ponadto, serwer oparty na procesorze 4-rdzeniowym, 8 GbRAM, monitor do serwera, zasilacz awaryjny do serwera, urządzenie wielofunkcyjne, mata antyelektrostatyczna+opaska antyelektrostatyczna i przewód (4 szt.), zestaw podzespołów komputerowych do montażu (4 szt.), narzędzia do montażu komputerów (4 szt.), przyrządy pomiarowe i testery (2 szt.), serwer do montażu 1U(rack), switch programowalny - 8 portów (2 szt.), macierz dyskowa, dyski sieciowe, szafa sieciowa stojąca typu rack, print serwer LAN (2 szt.), print serwer WI-FI(2 szt.),router WI-FI, (...) (2 szt.), sieci przewodowe – komponenty, sieci bezprzewodowe – komponenty, narzędzia sieciowe.

Termin na złożenie oferty upływał 30 kwietnia 2014 r., o godzinie 15:15. Oferty otwarto 30 kwietnia 2014 r., o godzinie 15:30. Oferty, które spełniały wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny. Zamawiający wskazał, że kwota 66 744,04 zł brutto stanowi kwotę przeznaczoną na pokrycie zamówienia.

dowód: SIWZ (k. 2907-2912 akt adm.), protokół postępowania (k. 241-242 akt adm.)

Oferty złożyło trzech wykonawców, przyjmując kryterium ceny, zestawienie ofert wyglądało następująco:

- 1) (...) **Sp. z o.o.**, S. – 55 294,71 zł,
- 2) (...) **J. G.**, Ż. – 57 763,94 zł,
- 3) (...) **B. B. Sp.j.**, S. – 70 091,55 zł

dowód: protokół postępowania (k. 245 akt adm.)

Wszystkie złożone oferty spełniały warunki formalne i SIWZ zamówienia. Zamawiający wybrał ofertę (...), jako najkorzystniejszą. W dniu 12 maja 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty (...) oraz o uzyskanej przez inne oferty liczbę punktów oceny.

dowód: zawiadomienie, (k. 246 akt adm.)

W piśmie z dnia 16 maja 2014 r. spółka (...) odstąpiła od zawarcia umowy z zamawiającym. Powyższą decyzję uzasadniała tym, iż część produktów, która została przedstawiona w ofercie w postępowaniu przetargowym została wycofana z oferty dystrybutora sprzętu. Dodała, że dostępne, nowe wersje są w znacznie wyższej cenie.

dowód: k. 247 akt adm.

Z uwagi na powyższe okoliczności, zamawiający wybrał ofertę (...) i zawarł z przedsiębiorcą umowę w dniu 26 maja 2014 r.

dowód: zawiadomienie z 19 maja 2014 r. (k. 248 akt adm.), umowa (k. 2947 akt adm.)

Dostawa (...) w omawianym postępowaniu przetargowym, pokrywała się z przedmiotem faktur sprzedaży (...) do (...) co do rodzaju urządzeń w zakresie ponad 2/3 wartości dostaw oraz ich ilości.

dowód: faktura (...) nr (...) z dnia 6 czerwca 2014 r. (k. 2958-2961 akt adm.), faktury (...) nr (...) z dnia 31 maja 2014 r. oraz (...) z dnia 9 czerwca 2014 r. (k. 3083-3085 akt adm.), pismo (...) Ś. z dnia 8 listopada 2016 r. (k. 3136 akt adm.)

Dostawa (...) do zamawiającego pokrywała się także w przedmiocie faktur sprzedaży (...) do (...) względem: ilości i rodzaju komponentów, narzędzi sieciowych, urządzenia wielofunkcyjnego marki O. (na fakturze (...) figuruje model (...), na fakturze (...) – (...)) i serwerów S. A..

dowód: faktura (...) nr (...) (k. 2958-2961 akt adm.), faktury (...) nr (...) (k. 3083-3085 akt adm.)

W piśmie z dnia 28 października 2016 r. przedsiębiorca (...) poinformował, iż faktura (...) wystawiona przez (...) dotyczyła produktów, których część bądź całość mogła być zakwalifikowana do dostawy w omawianym zamówieniu.

dowód: pismo (...) z 28 października 2016 r. (k. 3126-3127 akt adm.)

Dnia 24 czerwca 2016 r. Prezes Urzędu wezwał spółkę (...) do wskazania, czy była ona w jakimkolwiek zakresie dostawcą dla (...) usług/towarów/produktów w związku z realizacją przez tego przedsiębiorcę zamówienia w omawianym przetargu. W przypadku pozytywnej odpowiedzi, organ zobowiązał spółkę do wskazania i udokumentowania w postaci faktur, specyfikacji itp. zakresu, cen jednostkowych i wartości tych dostaw. Ponadto, z uwagi na odstąpienie (...) od umowy, spowodowane niedostępnością części przedstawionych w ofercie, wezwał przedsiębiorcę do wyjaśnienia, o jakich konkretnie jest mowa wraz ze wskazaniem ich dostawców.

dowód: wezwanie z 24 czerwca 2016 r. (k. 3021-3022 akt adm.)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, spółka (...), wyjaśniła, iż nie prowadzi ewidencji dokumentującej sprzedaż do odbiorców, co uniemożliwia weryfikację, czy urządzenie zakupione przez danego odbiorcę zostało zakupione do dalszej sprzedaży. Przedsiębiorca wskazał, iż nie wie, czy którakolwiek z transakcji sprzedaży sprzętu do (...) była dokonana w związku z realizacją zamówienia w omawianym przetargu. Dodał, że brak dotyczył kas N. (...), które były dostępne u dostawcy w czasie składania ofert i od którego uzyskali ceny specjalne na potrzeby omawianego przetargu.

dowód: pismo (...) (data doręczenia: 15 lipca 2016 r., k. 3056 akt adm.)

Jak wynika z treści SIWZ, kasy fiskalne nie były przedmiotem zamówienia w ww. postępowaniu.

dowód: protokół postępowania (k. 241 akt adm.), SIWZ (k. 2907 akt adm.)

V. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Powiatowy (...) Zespół Szkół (...) w dniu 11 czerwca 2014 r. w przedmiocie: „Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: (...)

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów wraz z wyposażeniem oraz urządzenia peryferyjne: projektory, urządzenia wielofunkcyjne.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia wraz z ofertami m. in. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków, aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Oferty, które spełniały wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium.

dowód: SIWZ (k. 2930, 2933 akt adm.)

Termin na złożenie oferty upływał 23 czerwca 2014 r., o godzinie 12:30. Oferty otwarto 23 czerwca 2014 r., o godzinie 12:45. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający wskazał, że kwota 103 350,00 zł brutto stanowi kwotę przeznaczoną na pokrycie zamówienia.

dowód: protokół postępowania (k. 259v-260 akt adm.)

Oferty złożyło sześciu wykonawców, przyjmując kryterium ceny zestawienie najkorzystniejszych ofert wyglądało następująco:

- 1) (...) **J. G.**, Ż. – 89 041,92 zł brutto
- 2) (...) **Sp. z o.o.**, S. – 91 347,60 zł brutto

dowód: protokół postępowania (k. 260, 262 akt adm.) pismo zamawiającego z dnia 18 marca 2015 r. (k. 181-186 akt adm.)

(...) oraz (...) złożyli do zamawiającego wnioski, o przekazanie drogą elektroniczną lub faxem informacji z otwarcia ofert. Przedsiębiorcy nie uczestniczyli w otwarciu ofert 23 czerwca 2014 r. W dniu 24 czerwca 2017 r. zamawiający przekazał (...), (...) i innym wykonawcom informację z otwarcia ofert.

dowód: pismo zamawiającego z 22 maja 2017 r. (k. 3208-3210 akt adm.)

W piśmie z dnia 24 czerwca 2014 r. zamawiający wezwał spółkę (...) do uzupełnienia braków formalnych poprzez przedstawienie aktualnych zaświadczeń ZUS oraz US wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu do składania ofert, a także oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania.

dowód: wezwanie z dnia 24 czerwca 2014 r. (k. 198 akt adm.)

Przedsiębiorca (...), w odpowiedzi na powyższe wezwanie, załączył do oferty: zaświadczenie ZUS (wystawione 13 marca 2014 r.) oraz zaświadczenie US (wystawione 14 marca 2014 r.) oraz niewypełniony załącznik nr 4 do SIWZ – formularz oświadczenia do przynależności do grupy kapitałowej.

dowód: zaświadczenia załączone do oferty (k. 341-342v akt adm.), oświadczenie (k. 338v akt adm.)

Dnia 27 czerwca 2014 r. przedsiębiorca (...) uzupełnił braki formalne. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach potwierdziło stan faktyczny na dzień 20 czerwca 2014 r. Zaświadczenie ZUS potwierdzało niezaleganie z opłacaniem składek ZUS na dzień 26 czerwca 2014 r., zatem po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji, oferta (...) została odrzucona, o czym zamawiający poinformował pozostałych uczestników pismem z dnia 3 lipca 2014 r. Poinformował jednocześnie o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty (...).

dowód: zaświadczenie ZUS (k. 228 akt adm.), zawiadomienie z 3 lipca 2014 r. (k. 263 akt adm.),

Zamawiający zawarł umowę z (...) w dniu 10 lipca 2014 r.

dowód: umowa (k. 2962 akt adm.)

Z faktury sprzedaży wystawionej przez (...) w dniu 25 lipca 2014 r. wynika, iż (...) dostarczył do zamawiającego następujące urządzenia: laptop T. (...) (...) (20 szt.), zestaw komputerowy (20 szt.), projektor N. (...) (4 szt.), słuchawki bezprzewodowe (...) (10 szt.), drukarka B. (...), monitor A. (...) (10 szt.), głośniki i mikrofony.

Natomiast, w dniu 16 lipca 2014 r. (...) dokonało sprzedaży na rzecz (...) 20 sztuk komputerów marki N. oraz 10 sztuk monitorów LCD marki A. (...).

dowód: faktura Nr (...) z dnia 16 lipca 2014 r., (k. 3079 akt adm.)

Przedsiębiorca (...), odpowiadając na wezwanie Prezesa Urzędu, wyjaśnił, że przyczyną niezłożenia zaświadczeń był brak możliwości uzyskania wymaganych dokumentów w terminie „po zorientowaniu się, że poprzednie przestały być ważne”.

dowód: pismo (...) z dnia 26 października 2015 r., (k. 355 i 360 pkt 6a akt adm.)

W dniu 18 czerwca 2014 r. do Inspektoratu w Ż. Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) wpłynął wniosek (...) o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek ZUS - złożony poprzez Platformę Usług (...). Wnioskodawca nie określił sposobu odbioru zaświadczenia, wobec tego ZUS podejmował w dodatkowy kontakt z wnioskodawcą. Podczas rozmowy elektronicznej pracownik ZUS ustalił z (...), iż zaświadczenie powinno zostać wysłane pocztą. Zaświadczenie zostało wydane w dniu 24 czerwca 2014 r. (wtorek), zatem w przewidzianym w art. 217 § 3 kpa siedmiodniowym terminie. Termin ważności poprzedniego zaświadczenia ZUS wydanego dla (...) upływał 13 czerwca 2014 r., a więc pięć dni przed tym, jak (...) złożył wniosek o wydanie kolejnego zaświadczenia.

Przedsiębiorca (...) złożył łącznie sześć wniosków o wydanie zaświadczenia ZUS (w okresie: od początku 2013 r. do czerwca 2014 r.) Dwa spośród nich zostały złożone osobiście w sali obsługi klientów, wobec tego zaświadczenia zostały wydane z datą wpływu wniosków. Pozostałe cztery wnioski zostały złożone za pośrednictwem platformy usług elektronicznych. W jednym spośród tych czterech przypadków zaświadczenie zostało wystawione w dniu złożenia wniosku, w dwóch przypadkach – w dzień następny po dniu złożenia wniosku oraz w jednym – w szóstym dniu po dniu złożenia wniosku.

Spośród sześciu ww. przypadków wniosków o wydanie zaświadczenia ZUS, w dwóch przypadkach (...) składało wnioski przed upływem 3 miesięcznego terminu ważności poprzednio otrzymanego wniosku, w pozostałych czterech przypadkach wnioski składane były po upływie tego terminu.

dowód: pisma ZUS z dnia 22 czerwca 2016 r. oraz 27 lipca 2016 r., (k. 3024- 3041, 3098 akt adm.) , pismo (...) z dnia 26 października 2015 r., (k. 355 i 360 pkt 6a akt adm.)

VI. Ustalenia dotyczące przetargu przeprowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w dniu 28 lipca 2015 r.

Dnia 28 lipca 2015 r. Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. ogłosił zapytanie ofertowe na dostawę 14 zestawów komputerów stacjonarnych. Oferty należało kierować do zamawiającego do dnia 29 lipca 2015 r. Termin ten został przedłużony do 30 lipca 2015 r. Dokonano także zmiany treści zamówienia w przedmiocie ilości (do 16 zestawów) oraz parametrów technicznych zamawianego sprzętu.

Następna zmiana została wprowadzona 31 lipca 2015 r. Dotyczyła ona zakresu niektórych parametrów technicznych zamawianego sprzętu komputerowego. W rezultacie przedłużono także termin składania ofert - do 1 sierpnia 2015 r.

dowód: wydruk, (k. 2104 akt adm.)

Z notatki służbowej zamawiającego, sporządzonej 30 lipca 2015 r. wynikają informacje o wartościach złożonych ofert. Wpłynęło 12 ofert, tak oto: oferta (...) (51.987,18 zł) była trzecia w kolejności, zaś oferta (...) (62.582,40 zł) – ósma. Po dokonaniu drugiej zmiany treści ogłoszenia wpłynęły jedynie trzy oferty ((...) i (...) nie złożyli oferty).

dowód: notatki służbowe zamawiającego z 30 lipca 2015 r. i 3 sierpnia 2015 r., (k. 2103 i 2118 akt adm.)

Przedsiębiorcy (...) i (...) złożyli ofertę składającą się z produktów, identycznych pod względem producentów i modeli (komputer A. (...) Monitor P. (...)). W obu ofertach oferowane komputery posiadały procesor I. (...) (...).

dowód: oferta (...), (k. 2120 akt adm.), oferta (...) (k. 2137 akt adm.)

Kopia oferty (...) datowana była na dzień 29 lipca 2015 r. i zawierała kwotę 51.987,18 zł brutto za 14 zestawów komputerów. Cena jednostkowa jednego zestawu w ofercie (...) wynosiła zatem 3.713,37 zł.

Kopia oferty (...) oznaczona była tą samą datą - 29 lipca 2015 r. i opiewała na kwotę 62.582,40 zł brutto za 16 zestawów komputerowych. Cena jednostkowa jednego zestawu w ofercie (...) wynosiła zatem 3.911,40 zł czyli była wyższa od oferty (...) o 5,3 proc.

dowód: oferty (...) i (...) (k. 2120-2121, 2137-2139 akt adm.)

Podczas kontroli w siedzibie (...) zabezpieczone zostały wydruki korespondencji elektronicznej pomiędzy Panem R. J. (1) (...) i Panem M. G. (...), dotyczącej omawianego wyżej zapytania ofertowego, o następującej treści:

28 lipca 2015, godz.: 16:28 (...):

„To się pokazało dzisiaj rano. Na jutro e-mailem – wchodzimy?”

28 lipca 2015, godz.: 16:46 (...):

„Wchodzimy, zobacz co to za procesor. Mam jakieś wyceny z A. to sobie to wycenimy sami”

28 lipca 2015, godz.: 21:42 (...):

w treści podany link internetowy (...) (...) - (...) .pl/...

28 lipca 2015, godz.: 23:23 (...):

„nasza cena zakupu (...) netto za 1 sztukę. Moja oferta w załączniku, zrób 5% więcej”,

29 lipca 2015, godz.: 07:26 (...):

„Termin realizacji do 1.08. Czyli do piątku”,

29 lipca 2015, godz.: 21:36 (...):

„(...) to jest właściwa wersja. Zmiana ilości i ceny”.

W załączeniu korespondencja zawierała dokument elektroniczny: „oferta_UM_ (...) - (...) _poprawka.docx”. Była to oferta (...) dotycząca 16 zestawów komputerów A. (...) z monitorem P. (...).

dowód: k. 1337, 1350-1351 akt adm.

Organ dokonał także ustaleń dotyczących zachowań (...) i (...) podczas następujących postępowań przetargowych, które nie zostały wymienione w sentencji zarzutu:

- Zamówienie Powiatu (...) w przedmiocie „Dostawa sprzętu RTV, komputerowego i multimedialnego wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu (...)” (w ramach priorytetu IX Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach (...) (...). Podniesienie atrakcyjności i jakości szkolnictwa zawodowego), ogłoszone w dniu 8 listopada 2012 r., oraz
- Zamówienie publiczne „Dostawa sprzętu ict, audiowizualnego, tablic interaktywnych wraz z oprogramowaniem oraz kserokopiarki w ramach projektu systemowego (...) Przedszkole przy szkole w Gminie G.” ogłoszonym przez Gminę G. w dniu 8 maja 2014 r.

W pierwszym z nich, najkorzystniejszą ofertę złożył (...) proponując kwotę 51 340,40 zł (tylko (...) i (...) podlegały ocenie, inne oferty zostały odrzucone z uwagi na niespełnienie minimalnych wymagań). Jednak, w piśmie z dnia

3 grudnia 2012 r. (...) odstąpił od podpisania umowy na dostawę sprzętu. Wobec tego, zamawiający wybrał droższą ofertę – ofertę (...) opiewającą na kwotę (55.463,16 zł). (...) przedstawiło powód odstąpienia od zawarcia umowy, którym była ponowna kalkulacja oferty, która wykazała, iż „cena ofertowa nie zawierała oprogramowania”. Przedsiębiorca wyjaśniał dalej: „To była kwota około 1000 zł netto na jednej sztuce. Przy 5 sztukach przekraczała znacząco zaplanowane korzyści”.

dowód: pismo Starosty (...) z dnia 10 sierpnia 2015 r. wraz z załącznikami, (k. 1223 i 1251-1262 akt adm.), pismo (...) z dnia 26 października 2015 r., (k. 359 akt adm.) , notatka służbowa z dnia 12 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami, (k. 3139-3167 akt adm.).

Natomiast, w drugim z wymienionych, najkorzystniejszą cenowo ofertę złożył (...), następną w kolejności była oferta (...).

dowód: protokół postępowania (k. 2709 akt adm.)

Zamawiający wezwał przedsiębiorców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż wykonawca jest aktualnie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 130.000 zł brutto.

Wymagane dokumenty (...) przekazało pismem z dnia 28 maja 2014 r. Opłacenie składki na ubezpieczenie nastąpiło w dniu 9 maja 2014 r. (a więc po opublikowaniu ogłoszenia o ww. zamówieniu publicznym). Natomiast, (...) przesłał brakujący dokument pismem z dnia 26 maja 2014 r., jednak przesłana polisa dotyczyła okresu ubezpieczenia kończącego się w dniu 26 października 2013 r. Wobec tego, dokument polisy na dzień składania ofert był nieważny, co oznaczało niespełnienie jednego z warunków SIWZ i w konsekwencji, odrzucenie oferty (...). W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu (...) S.A. przekazał jednak informację, iż O. posiadała ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej m.in. w okresie od 28 stycznia 2014 r. do 26 października 2014 r. na sumę gwarancyjną 150.000 zł. Z powyższego wynika, iż przedsiębiorca ten przekazał zamawiającemu nieważną polisę, pomimo posiadania ważnego ubezpieczenia.

dowód: korespondencja pomiędzy zamawiającym oraz O. i (...), (k. 2757-2773 akt adm.); pismo ubezpieczyciela z dnia 31 marca 2017 r., (k. 3199 akt adm.)

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. osiągnęło w 2016 r. obrót w wysokości 1.723.234,25 zł

dowód: pismo (...) – data wpływu: 27 lutego 2017 r. (k. 3179 akt adm.),

J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) J. G. w Ż., osiągnęła w 2016 r. obrót w wysokości 669 967,37 zł.

dowód : załącznik do pisma (...) z dnia 23 lutego 2017 r. zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...) (k. 3197 akt adm.)

W toku postępowania przeprowadzono dowód z zeznań świadka M. G., na okoliczności wskazane w odwołaniu. Świadek potwierdził fakt występowania w powyżej opisanych przetargach przez firmę prowadzoną przez J. G., zaprzeczając współpracowaniu w tworzeniu ofert we wskazanych czterech przetargach. Sąd nie dał wiary twierdzeniom świadka wobec treści dokumentów dopuszczonych jako dowody w sprawie. Świadek w sposób spójny i logiczny nie potrafił wytłumaczyć w jaki sposób doszło do złożenia ofert, które mogły prowadzić do uznania, że stanowią wynik zмовы przedsiębiorców.

Sąd przesłuchał w charakterze strony R. J. (1) – członka zarządu powodowej spółki. Wobec treści dokumentów oraz wiadomości email, Sąd nie dał wiary, że we wskazanych czterech przetargach nie doszło do ustaleń między wymienionymi w decyzji podmiotami.

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym i sądowym oraz fakty powszechnie znane, które nie były przez żadną ze stron niniejszego postępowania kwestionowane.

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

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Istota sporu w niniejszej sprawie, sprowadzała się do kwestii, czy zachowania przedsiębiorców (...) i (...) w postępowaniach o zamówienia publiczne stanowiły porozumienie zawarte w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako: uokik).

W pierwszej kolejności należy przywołać treść przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, 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.

W cytowanym wyżej przepisie, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Naruszenie zakazu stosowania porozumień ograniczających konkurencję nie tylko negatywnie wpływa na konkurencję na rynku, lecz także oddziałuje ujemnie na interesy uczestników gry rynkowej. Celem uokik jest ochrona konkurencji na rynku oraz ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów. Potwierdza to treść art. 1 ust. 1 uokik, który stanowi, że: „Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”.

Celem ustawodawcy jest ochrona konkurencji jako instrumentu sprzyjającego przedsiębiorczości, interesom konsumentów i przeciwdziałając nadużywaniu siły rynkowej.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. Istotą porozumień przetargowych jest koordynacja zachowań, która wyłącza konkurencję między wykonawcami w dostępie do zamówienia publicznego. Zakazem z art. 6 ust. 1 uokik objęto różne formy ograniczenia konkurencji, tj. porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw, praktyki uzgodnione (M. Sieradzka, Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, wyd. I, 2015 r., System Informacji Prawnej Legalis).

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest podział porozumień ograniczających konkurencję na porozumienia horyzontalne oraz porozumienia wertykalne. W przedmiotowej sprawie, mamy do czynienia z porozumieniem horyzontalnym (poziomym), czyli porozumieniem do którego doszło pomiędzy konkurentami - przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego.

Ustalenie, czy na rynku doszło do naruszenia reguł konkurencji, wymaga określenia tego rynku w sposób wskazany w art. 4 pkt 9 uokik. Przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Sąd Okręgowy podzielił ustalenia Prezesa UOKiK, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym jest rynek dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych.

Kwestia sporna dotyczyła kwalifikacji, określonych w zaskarżonej decyzji zachowań przedsiębiorców, jako stanowiących przejaw zawarcia między nimi porozumienia ograniczającego konkurencję. Dokonując subsumpcji opisanego stanu faktycznego do powołanych norm prawnych, Sąd doszedł do przekonania że zachowania przedsiębiorców (...) i (...) w postępowaniach przetargowych:

1. Przetarg ogłoszony przez Miasto Ł. w dniu 19 grudnia 2013 r. w przedmiocie „Dostawa sprzętu komputerowego”, (dalej jako: Przetarg Miasto Ł.)
2. Przetarg ogłoszony przez Gminę K. w dniu 19 marca 2014 r. w przedmiocie: „Zakup sprzętu komputerowego”, (dalej jako: Przetarg K.)
3. Przetarg ogłoszony przez Powiatowy (...) Zespół Szkół (...) w dniu 22 kwietnia 2014 r. w przedmiocie „Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół (...) w N. w ramach projektu pn. (...)”, (dalej jako: Ś. – (...))
4. Przetarg ogłoszony przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w T. w dniu 28 lipca 2015 r. w przedmiocie: „Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych” (dalej jako: Przetarg (...))

- świadczą o naruszeniu przez nich reguł konkurencji na wyżej opisanym rynku właściwym.

W ocenie Sądu Okręgowego, organ antymonopolowy wykazał, że zachowania przedsiębiorców w analizowanych przetargach, przejawiające się uzgadnianiem warunków składanych ofert w celu doprowadzenia do wyboru jednego z nich – głównie tego, oferującego cenę wyższą - stanowi praktykę ograniczającą konkurencję.

Wniosek taki jest wynikiem dedukcji, w oparciu o następujące okoliczności:

1. Przetarg Miasto Ł.: identyczna niezgodność z wzorem formularza ofertowego w ofercie (...) i (...), identyczne oferty (w przedmiocie nazw producentów i modeli oferowanych urządzeń), nieuzupełnienie wymaganej dokumentacji, pomimo wezwania, w konsekwencji – odrzucenie oferty (która była najkorzystniejsza) oraz przedstawienie organowi niespójnych i niewiarygodnych wyjaśnień.
2. Przetarg K.: korespondencja elektroniczna (...) do (...) przed złożeniem oferty: „Ja zrobiłem 3% do ceny zakupu. Może ty na 5%”, „Cenę jaką mam przyjąć?”, „+5% do ceny zakupu”, zestawienie produktów z cenami dołączone do korespondencji, wartość oferty (...) wyższa o 5% od tej znajdującej się w zestawieniu, korespondencja elektroniczna po otwarciu oferty „W K. wpięrdzieliło się (...), ciekawe na czym poszli”
3. Ś. – (...): odstąpienie od zawarcia umowy, poddostawy (...) do (...).
4. Przetarg (...): korespondencja elektroniczna (...): „To się pokazało dzisiaj rano(...) wchodzimy?”, (...): „Wchodzimy (...) moja oferta w załączniku, zrób 5% więcej”, zaoferowana przez (...) cena jednostkowa była wyższa od ceny (...) o 5,3 %.

W pierwszym przetargu (przetarg Miasto Ł.) oferta przedsiębiorcy (...) była ofertą najkorzystniejszą. Przedsiębiorca ten, nie podjął jednak działań zmierzających do uzupełnienia wymaganej dokumentacji, do czego zobowiązał go organ. Takie działanie może wskazywać na działanie w ramach z umowy przetargowej, zwłaszcza, że przedsiębiorca nie był w stanie dowieść na podstawie racjonalnych przesłanek, że okoliczności uznane za niewytłumaczalne i pozbawione logiki w niniejszej sprawie mogą być wyjaśnione. W omawianym postępowaniu przetargowym doszło wobec tego do nieuzasadnionej rezygnacji z zawarcia umowy lub dalszego w nim uczestnictwa. W rezultacie, zamawiający wybrał ofertę (...), która była droższa od oferty (...) o 3%.

Działanie przedsiębiorców w omawianym przetargu bezsprzecznie przypomina mechanizm polegający na rozstawieniu i wycofaniu oferty.

Ponadto, sąd nie daje wiary argumentacji, jakoby wszystkie podobieństwa występujące w trakcie postępowań przetargowych były efektem niezależnych działań wykonawców, również wobec braku logicznego wytłumaczenia tychże okoliczności. Sąd zgodził się z pozwanym, że okoliczności identycznych niezgodności oraz identycznych ofert w przedmiocie nazw i modeli nie da się wytłumaczyć inaczej, aniżeli współpracą w przygotowaniu ofert, polegającą na wymianie informacji o zakresie i treści składanych ofert.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż przedsiębiorcy posiadali znaczne doświadczenie w prowadzeniu działalności, w tym również, z zakresu pozyskiwania zamówień w ramach przetargów publicznych, dlatego Sąd uznał za działanie celowe, składanie niekompletnej dokumentacji, uzgadnianie marży, ustalanie treści ofert, bądź składanie ofert zawierających identyczne nieprawidłowości. Ponadto, podmioty profesjonalnie działające na rynku, powinny przewidywać, że takie działania mogą być uznane przez organ za niezgodne z przepisami.

W przetargu w K. również należy wskazać system rozstawienia i wycofania oferty. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorcy wymieniali się informacjami o cenach zakupu oferowanych przez nich urządzeń oraz ustalali wysokość marży. Takie działania, niewątpliwie miały na celu ograniczenie konkurencji między nimi w postępowaniu przetargowym i nie jest możliwe uznanie ich za niezamierzone. Wartości przedstawione w ofertach, były wartościami wcześniej ustalonymi, dlatego różnica między nimi była niewielka.

W postępowaniu w Ś. zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę (...). Jednak, przedsiębiorca ten poinformował o rezygnacji z zawarcia umowy. Zdaniem Sądu stanowi to podstawę do domniemania zмовы przetargowej. Przedsiębiorca wyjaśnił, że odstąpienie było spowodowane zmianą oferty dostawcy w zakresie kas fiskalnych. Z uwagi na okoliczność, iż kasy fiskalne nie były przedmiotem omawianego zamówienia, uznać należało, że wyjaśnienia spółki były pozbawione spójności i okoliczność odstąpienia traktować jak bezzasadną. Nie ma przy tym znaczenia, że w tym samym okresie był prowadzony inny przetarg w tej samej miejscowości i dotyczył między innymi kas fiskalnych. Oznacza to jedynie, że przedsiębiorcy nie znaleźli żadnego logicznego innego wytłumaczenia swego postępowania, które polegało na ustalaniu wspólnej strategii w ramach przetargu. Faktyczna rezygnacja nie miała zatem żadnego innego rzeczowego powodu, aniżeli realizacja ustalonego wspólnie sposobu działania. Konieczne jest również zwrócenie uwagi na fakt, iż (...) dokonał na rzecz (...)Spółka sprzedaży większość urządzeń i wyposażenia, które zostały następnie sprzedane zamawiającemu przez (...)Spółka. W ten sposób skoordynowane działanie przedsiębiorców potwierdza istnienie mechanizmu opartego na współdzieleniu korzyści przez (...) i (...).

Okoliczności zachodzące w czwartym postępowaniu przetargowym (przetarg (...)), świadczą o rozstawieniu ofert przedsiębiorców. Wydruki korespondencji elektronicznej zabezpieczone w wyniku kontroli, dowodzą, iż tak, jak w omawianym wyżej przypadku, doszło do ustaleń dotyczących wysokości marży, co było tożsame z ustaleniem ceny końcowej przedstawionej w ofercie. Ponadto, jak wynika z treści wiadomości, przedsiębiorcy wspólnie decydowali o uczestnictwie w postępowaniu. W wyniku ustaleń, zgodnie z sugestią (...), oferta (...) była wyższa od ceny (...) o około 5 %. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że cena poszczególnych części odbiegała od ustalonej w meilu wartości procentowej 5,3%. należy przyjąć, że była to wartość w założeniu ogólna, a przedsiębiorcy operowali w jej granicach. Zdaniem Sądu, powyższych okoliczności nie można interpretować inaczej, aniżeli jako wolę ustalenia zasad uczestnictwa w postępowaniu przetargowym.

Powyższe zestawienie faktów dawało podstawy do uznania, że działania przedsiębiorców podczas postępowań przetargowych były skoordynowane i były przejawem zмовы przetargowej. Przemawia za tym również treść zeznań P. R. J. (1), który zaprzeczał, jakoby ustalał ceny z innymi startującymi w przetargu, nie był jednak w stanie wyjaśnić treści wiadomości e-mailowych. Tłumaczył, że „treść maila nie zawsze odpowiada temu, co jest w treści”. Również P. M. G. nie podał wiarygodnego uzasadnienia co do treści zabezpieczonej korespondencji elektronicznej. Wskazywał jednocześnie, że nie dochodziło do współpracy.

Zarówno przedstawione dowody, jak i kolejność zdarzeń, umożliwiły ustalenie, że istniała praktyka przedsiębiorców (...) i (...) polegająca na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz zachowania w roku prowadzonych postępowań.

Mając powyższe na uwadze, Sąd nie znalazł żadnych argumentów, które pozwalałyby na zmianę kierunku wykładni treści przytoczonych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów aniżeli ta, utrwalona w orzecznictwie oraz zaprezentowana przez organ, dlatego też odwołanie strony powodowej podlegało oddaleniu.

Uruchomienie instrumentów UOKiK mających na celu zwalczanie zmów przetargowych oznacza konieczność wykazania naruszenia lub zagrożenia interesu publicznego. Sąd stoi na stanowisku, iż Prezes UOKiK prawidłowo zakwalifikował zachowanie (...) i (...) w związku z uczestnictwem w omawianych przetargach jako zawarcie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Co więcej, Sąd uznał, że naruszenie jakiego dopuścili się przedsiębiorcy należało do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są z umowy przetargowe.

Podkreślenia wymaga także kwestia relacji pomiędzy uczestnikami postępowania. W pierwszej kolejności, konieczne jest wskazanie powiązania gospodarczego. Przedsiębiorcy stale współpracowali przy obsłudze przetargów. Gromadzili dokumenty, uzgadniali podział pracy w przygotowaniu ofert. Taka relacja zapewniała nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień w zakresie ich ofert.

Sąd podzielił stanowisko pozwanego w przedmiocie **umorzenia** postępowania antymonopolowego wobec (...) i (...) w zakresie przetargu ogłoszonego przez (1) Zespół Szkół (...) w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania oraz przetargu ogłoszonego przez (2) Powiatowy (...) Zespół Szkół w Ś. w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: (...) W toku przeprowadzonego postępowania nie uzyskano bezpośrednich dowodów, które umożliwiłyby stwierdzenie, że działania przedsiębiorców podejmowane w ramach wskazanych wyżej postępowań (1, 2) o zamówienia publiczne miały charakter działań zakazanych przepisami uokik.

W tym stanie rzeczy, Sąd uznał że doszło do zawarcia zakazanego porozumienia o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Wobec tego, istniały podstawy do nałożenia na przedsiębiorców kary, w oparciu o przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, który stanowi, że Prezes UOKiK może na przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu, osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Przy wymiarze kary, pozwany słusznie uwzględnił specyfikę rynku, działalność przedsiębiorców, strukturę rynku właściwego na którym doszło do zawarcia porozumienia.

Długotrwałość praktyki naruszenia nie pozostaje bez znaczenia przy kalkulacji wymiaru kary pieniężnej, zwłaszcza że w niniejszej sprawie działania przedsiębiorców w przetargach wymienionych w sentencji zarzutu zaskarżonej decyzji trwały pomiędzy grudniem 2013 a lipcem 2015 r.

Choć w przedmiotowej sprawie, Prezes UOKiK zastosował okoliczność łagodzącą z uwagi na zaniechanie zarzucanej praktyki przed wszczęciem postępowania, konieczne jest podkreślenie prewencyjno-wychowawczych funkcji kary. Powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie pozwalało na wykluczenie takich działań w przyszłości. Potencjał ekonomiczny przedsiębiorców wskazuje, że jest to kara do udźwignięcia i nie stanowi dla nich niemożliwego wydatku finansowego.

Reasumując powyższe rozważania, Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania, dlatego na podstawie art. 479^{31a} §1 k.p.c. odwołanie oddalił.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Z uwagi na oddalenie odwołania, należało powoda uznać za stronę, która przegrała proces i zasądzić od niego na rzecz pozwanego zwrot kosztów procesu, które w sprawie niniejszej obejmowały jedynie wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w minimalnej stawce 720 zł, ustalonej w oparciu § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015, poz. 1804 z zm.).

SSO Dariusz Dąbrowski