



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ

Kraków, 30 maja 2018 r.

RKR-410-1(34)/17(MŻ)

DECYZJA Nr RKR-3/2018

Stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229, z późn. zm.), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

- Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu,
- Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi i
- ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

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

- 1) 931 465 zł (słownie: dziewięćset trzydzieści jeden tysięcy czterysta sześćdziesiąt pięć 00/100) na Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu,
- 2) 19 866 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć 00/100) na Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi,
- 3) 47 814 zł (słownie: czterdzieści siedem tysięcy osiemset czternaście 00/100) na ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

płatne do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 poz. 1257, z późn. zm.) w związku

z art. 83 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

- 1) 23,40 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote 40/100) - Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu,
- 2) 23,40 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote 40/100) - Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi,
- 3) 23,40 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote 40/100) - ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach,

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

UZASADNIENIE

Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”) postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych na usługi komputerowe mogło dojść do naruszenia ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229, z późn. zm.) (zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”).

W toku postępowania wyjaśniającego przeprowadzono m.in. przeszukanie w siedzibie Infomex sp. z o.o. i Nabino sp. z o.o., w trakcie którego zgromadzono materiał dowodowy w postaci dokumentów (m.in. umów, ofert, faktur, wyciągów z rachunków bankowych) oraz korespondencji e-mail.

W związku z ustaleniami dokonanymi w postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu w dniu 5 stycznia 2017 r. postanowieniem Nr RKR-3/2017 wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez:

- Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (zwany dalej „Infomex”),
- Nabino sp. z o.o. (obecnie Nabino sp. z o.o. w likwidacji) z siedzibą w Łodzi (zwane dalej „Nabino”) i
- ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (zwany dalej „NETcom”)

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W postanowieniu przedstawiono budzące wątpliwości zdarzenia i zachowania stron postępowania w trzech przetargach przeprowadzonych przez Centralną Komisję Egzaminacyjną (zwaną dalej „CKE”) w 2012 r. oraz Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego (zwany dalej „UMWM”) w 2012 i 2015 r., których przedmiotem były zamówienia na usługi hostingu i kolokacji serwerów. Wyjaśniono także, że strony



postępowania działając w porozumieniu mogły realizować jeden z wariantów zmywy przetargowej nazywany w doktrynie prawa konkurencji rozstawianiem i wycofywaniem ofert. Mechanizm ten polega na odpowiednim różnicowaniu cen zawartych w ofertach uczestników porozumienia („rozstawienie” ofert) oraz - jeżeli po otwarciu ofert oferty zawierających się zawierają kolejno najniższe ceny - wycofaniu oferty zawierającej niższą cenę w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z uczestników zmywy, który zaoferował wyższą cenę. Powyższy mechanizm nakierowany jest zatem na wygranę przetargu przy osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny.

W postanowieniu zwrócono uwagę na prawidłowość, że kompletna była zawsze jedynie ta oferta, która zawierała najwyższą cenę. Pozostałe oferty stron postępowania zawierały braki formalne w postaci niezłączenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z podatkami albo aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Prezes Urzędu wskazał, że mogło to być uzgodnione działanie podejmowane w celu przygotowania ofert zawierających niższą cenę do ewentualnego wycofania. Dalej w postanowieniu wskazano, że po otwarciu ofert i uzyskaniu wiedzy o cenach zaproponowanych przez innych wykonawców, przedsiębiorcy podejrzewani o działanie w ramach zmywy, na wezwanie zamawiającego, uzupełniali swoje oferty, w zależności od układu ofert w klasyfikacji, o prawidłowe (aktualne) zaświadczenia albo nieprawidłowe (nieaktualne) zaświadczenia. Wyjaśniono, że takie działanie może wskazywać na istnienie zmywy przetargowej. Ponadto w postanowieniu zwrócono uwagę na okoliczność, że w każdym z ww. przetargów Infomex został wskazany przez Nabino i NETcom jako kompleksowy podwykonawca i podmiot użyczający zasoby, zaś zamówienia, po ich uzyskaniu przez Nabino lub NETcom, były w całości realizowane przez Infomex.

Strony postępowania zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego i poinformowane o możliwości odniesienia się do postawionych zarzutów.

Pismem z dnia 8 lutego 2017 r. Infomex stanowczo zaprzeczył, aby podejmował jakiegokolwiek działania, których celem lub skutkiem miałyby być ograniczenie konkurencji poprzez zawarcie niezgodnych z prawem porozumień. Infomex wyjaśnił, że we wszystkich trzech postępowaniach przetargowych wskazanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego złożył oferty podwykonawstwa Nabino i NETcom, jednak współpraca miała charakter oddzielny i niezależny.

Odnosnie poszczególnych postępowań przetargowych Infomex przedstawił następujące wyjaśnienia. W przetargu przeprowadzonym przez CKE Infomex nie wziął bezpośrednio udziału, gdyż usługi kolokacji i serwerów dedykowanych nie leżą co do zasady w kręgu zainteresowania Infomex jako wykonawcy, szczególnie w sektorze publicznym. W związku z tym przetargiem do Infomex zgłosiły się niezależnie od siebie Nabino i NETcom i otrzymały niezależne oferty. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r. Infomex wziął udział tylko dlatego, że sprzęt, który był przedmiotem usługi kolokacyjnej znajdował się już w Data Center Infomex. Poza tym Infomex złożył oferty na realizację usług objętych przetargiem Nabino i NETcom. Z kolei w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. Infomex nie wziął udziału, gdyż złożył oferty dwóm podwykonawcom, tj. Nabino i NETcom,



którzy się po nie zwrócili. Żaden z tych przedsiębiorców nie wiedział o ofercie złożonej drugiemu z nich. Podsumowując Infomex wskazał, że gdyby doszło do zawarcia jakiegoś porozumienia ograniczającego konkurencję, to miałyby ono znacznie szerszy charakter. Infomex od lat bierze bowiem udział w postępowaniach przetargowych, a tylko w trzech na kilkaset, w jakich od roku 2012 Infomex składał oferty, brali udział jednocześnie uczestnicy przedmiotowego postępowania antymonopolowego.

Dodatkowo Infomex wskazał, że ze względu na charakter zarzucanych mu naruszeń polegających na zмовie przetargowej w trzech różnych przetargach, ewentualne porozumienie ograniczające konkurencję zawierane było każdorazowo przy okazji konkretnego przetargu. Z tego względu w odniesieniu do przetargów przeprowadzonych w 2012 r. postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte po upływie uregulowanego w art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - w brzmieniu obowiązującym w czasie przeprowadzenia tych przetargów - terminu („*Nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok*”).

Pismem z dnia 3 lutego 2017 r. Nabino oświadczyło, że nigdy nie zawierało żadnych porozumień ograniczających konkurencję ani nie działało w celu zawarcia takich porozumień. Nabino wyjaśniło, że współpracuje z Infomex od 2009 r., z którym wielokrotnie występowało w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego współpracując w formie konsorcjum lub działając jako wzajemni podwykonawcy. Taka współpraca, zdaniem Nabino, nie jest niczym niewskazanim ani zabronionym. Nabino wyjaśniło, że nigdy nie miało żadnych kontaktów z NETcom. Odnośnie składania nieaktualnych zaświadczeń z ZUS i US Nabino wskazało, że nie jest to niezgodne z prawem i że uczestnicząc w przetargach zabezpiecza się niekiedy w ten sposób, aby w przypadku gdy wygrana przestaje być w interesie spółki, móc wycofać się bez konsekwencji. Jest to praktyka zupełnie niezależna od jakiegokolwiek współpracy podwykonawczej i nigdy nie było dokonywane w zмовie z żadną inną firmą.

Pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. NETcom stwierdził, że podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję jest całkowicie niezasadne i pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych. NETcom zakwestionował prawidłowość „wyrwania” pojedynczych zdarzeń z okresu 3 lat i wyciągnięcie z nich wniosków o możliwości stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Zdaniem NETcom dla formułowania takich wniosków konieczne jest podejmowanie działań przez domniemych zamawiających się w krótkich okresach czasu i w sposób powtarzalny, tak żeby wyeliminować przypadek. NETcom oświadczył, że nigdy nie prowadził współpracy z Nabino. Dla NETcom jest to całkowicie konkurencyjna firma. Natomiast z Infomex czasem współpracuje na zasadzie wymiany zasobów lub zakupu sprzętu. Zdaniem NETcom współpraca na zasadzie podwykonawstwa lub udostępnienia zasobów jest dopuszczalna przez prawo i nie można z niej czynić zarzutów o stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję. Odnośnie poszczególnych przetargów NETcom wskazał, że: (1) w postępowaniu przeprowadzonym przez CKE oferta Nabino była na pierwszym miejscu, a oferta NETcom na czwartym wobec czego powoływanie się przez Prezesa Urzędu na ten przetarg jest „po prostu niepoważne.”, (2) w postępowaniu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. oferta NETcom została odrzucona tylko z tego powodu, że to zamawiający stwierdził, iż zawiera ona rażąco niską



cenę, którą NETcom nie był w stanie udokumentować z uwagi na błąd w kalkulacji. NETcom zwrócił uwagę, że bierze udział w dużej liczbie przetargów i z tego względu łączenie wystąpienia pomyłek lub uchybień w dwóch lub trzech postępowaniach na przestrzeni 3 lat w jakiś związek lub porozumienie jest całkowicie niezasadne. Końcowo NETcom dodał, że zgodnie z art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2014 r. nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok. Z tego względu, w ocenie NETcom, postępowanie antymonopolowe w zakresie dotyczącym przetargów przeprowadzonych w 2012 r. powinno zostać umorzone jako bezprzedmiotowe.

W piśmie z dnia 29 lutego 2018 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania Szczegółowe uzasadnienie zarzutów (zwane dalej „SUZ”). Dokument ten stanowi formę zapowiedzi, jakim rozstrzygnięciem Prezes Urzędu planuje zakończyć postępowanie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Szczegółowe uzasadnienie zarzutów wydane jest zgodnie z *„Wyjaśnieniami dotyczącymi przedstawiania Szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach 1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy”* opublikowanymi na stronie internetowej Prezesa Urzędu. W SUZ został przedstawiony ustalony stan faktyczny oraz zaprezentowana jego ocena prawna. Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez Infomex, Nabino i NETcom porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nałożyć kary pieniężne. Strony postępowania zostały poinformowane w SUZ o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu.

Pismami z dnia 28 lutego 2018 r. Prezes Urzędu wezwał przedsiębiorców do przedłożenia informacji o wysokości obrotu osiągniętego w poprzednim roku obrotowym. Przedsiębiorcy przekazali informacje o obrocie uzyskanym w 2017 r. W przypadku Nabino dodatkowo pozyskano dane o obrocie uzyskanym w latach 2015 i 2016.

Pismem z dnia 15 marca 2018 r. Infomex ponownie zaprzeczył, żeby doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Infomex wskazał, że przedmiotowe postępowanie antymonopolowe ma w istocie charakter poszlakowy. Zarzut zawarcia zmywy przetargowej wymaga wykazania w sposób nie budzący wątpliwości, co - w ocenie Infomex - w przedmiotowej sprawie nie zostało spełnione, a w materiale dowodowym zgromadzonym przez Prezesa Urzędu brak jest dowodów pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zawarcia zabronionego porozumienia.

Infomex wyraził wątpliwość, czy rynek właściwy, na którym miało dojść do zarzuczanych naruszeń, został prawidłowo zdefiniowany. Jeżeli chodzi o produktowy wymiar rynku właściwego, w ocenie Infomex usługi hostingu i kolokacji serwerów nie są usługami substytucyjnymi z uwagi na ich techniczne i technologiczne odmienności oraz zaspokajanie innych potrzeb kontrahentów. Z kolei w ujęciu geograficznym rynek właściwy - w ocenie Infomex - z uwagi na aspekt techniczny i praktykę rynkową, powinien zostać określony jako rynek regionalny, a nie krajowy. W ocenie Infomex podmioty korzystające z usług kolokacji



serwerów przy dokonywaniu wyboru usługi kierują się kryterium bliskości wykorzystywanych w tym celu pomieszczeń i preferują usługi świadczone przez podmioty, których pomieszczenia i infrastruktura zlokalizowana jest w tym samym mieście lub związku metropolitalnym.

Dalej Infomex zakwestionował zaprezentowaną w SUZ kwalifikację zarzuczanych porozumień jako jednego, ciągłego naruszenia. W ocenie Infomex brak jest przesłanek, aby traktować naruszenia w trzech postępowaniach przetargowych opisanych w SUZ jako jedno naruszenie, gdyż badane w sprawie praktyki różniły się zakresem podmiotowym, przedmiotowym i terytorialnym. Infomex podkreślił, że dla stwierdzenia ciągłości naruszenia musi zostać wykazane istnienie pomiędzy stronami porozumienia z góry określonego celu, jaki ma zostać zrealizowany poprzez zawarcie porozumienia. Zdaniem Infomex nie zostały spełnione przesłanki uznania zarzuczanych porozumień za jedno, ciągłe naruszenie. Nie sposób bowiem uznać, że w związku z udziałem w trzech przetargach, w przypadku gdy pomiędzy przetargiem drugim a trzecim upłynął okres niemal 3 lat, stronom przyświecał nieprzerwanie cel realnego wpłynięcia na konkurencję na rynkach właściwych hostingu i kolokacji serwerów. Konkludując Infomex stwierdził, że w przypadku przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, każde z dokonanych naruszeń jest odrębnym czynem, mającym incydentalny charakter, gdyż każde z nich odnosiło się tylko do jednego przetargu, a po jego zakończeniu nie było przez strony postępowania kontynuowane.

Dalej Infomex wskazał, jakie okoliczności powinien uwzględnić Prezes Urzędu przy ustalaniu wysokości kary, w przypadku uznania, że doszło do zawarcia zmywu przetargowej. Są nimi: (1) krótkotrwały charakter porozumienia (ograniczało się do trwania każdego z przetargów), (2) niewielki geograficznie rynek właściwy, znikomy udział Infomex w rynku właściwym, a co za tym idzie brak lub niewielkie negatywne skutki rynkowe zarzuczanych naruszeń, (3) niewielki ułamek, jaki stanowi przychód osiągnięty w związku z realizacją trzech badanych przetargów, jak i ogólnie z usług hostingu i kolokacji serwerów w stosunku do całego przychodu Infomex, (4) dobrowolne, samodzielne zaprzestanie rzekomego naruszenia, (5) współpraca z Prezesem Urzędu, w tym złożenie propozycji wdrożenia w Infomex polityki zgodności z prawem antymonopolowym - compliance oraz zapłaty kwoty stanowiącej różnicę cen zawartych w ofertach złożonych w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r.

Pismem z dnia 9 marca 2018 r. NETcom przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Rdzeń argumentacji jest tożsamy z tą przedstawioną we wcześniejszym piśmie z 24 stycznia 2017 r. Odnośnie - szeroko opisanej w SUZ - kwestii nieprzedłużenia przez NETcom ważności oferty w przetargu przeprowadzonym przez CKE przedsiębiorca wskazał, że jego oferta zajęła dopiero czwarte miejsce w klasyfikacji ofert i realnie nie miała żadnych szans na wygranie przetargu. Kwota wadium w wysokości 17 500 zł była zaś dla NETcom bardzo wysoka i brak było jakiegokolwiek uzasadnienia, aby te pieniądze były zamrożone przez dodatkowe 60 dni. Odnośnie przetargu przeprowadzonego przez UMWM w 2015 r. NETcom powtórzył, że jego oferta została odrzucona tylko z tego powodu, że zamawiający niezasadnie stwierdził, iż zawiera rażąco niską cenę, której NETcom nie był w stanie udokumentować. W tej sprawie NETcom zwracał się do swojego podwykonawcy (Infomex) o udostępnienie kalkulacji ceny, jednakże Infomex odmówił. NETcom wskazał, że Prezes Urzędu nie przedstawił żadnych dowodów na porozumienie pomiędzy NETcom i Nabino.



Nabino nie przedstawiło końcowego stanowiska w sprawie.

Strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Z tego prawa skorzystał Infomex.

Część informacji, na których Prezes Urzędu opiera niniejszą decyzję podlega ochronie prawnej i nie może być podana do wiadomości publicznej. Wobec powyższego informacje tego rodzaju zostały zastąpione symbolem [§<]. Dane osobowe (imiona i nazwiska) osób wymienionych w decyzji zostały zastąpione określeniami ogólnie wskazującymi na ich funkcje w strukturach zmawiających się przedsiębiorców.

USTALENIA FAKTYCZNE

Strony postępowania

Infomex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej pod numerem 0000114797. Infomex został wpisany do KRS w 2002 r. w wyniku przekształcenia wcześniej działającej spółki cywilnej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

W czasie przeprowadzenia przetargów opisanych w niniejszej decyzji prezesem zarządu Infomex był [§<], wiceprezesem zarządu [§<], a prokurentem [§<]. [Wspólnik1] posiada połowę (3 100) udziałów Infomex, taką samą liczbę udziałów posiada [Wspólnik2].

Infomex jest spółką branży technologii informacyjnych (IT). Zajmuje się integracją systemów IT, dostawami sprzętu komputerowego, oprogramowania i usługami typu centrum danych (Data Center). Infomex posiada własne centrum (przetwarzania) danych zlokalizowane w Żywcu przy ulicy Wesolej 19b, które służy do świadczenia usług hostingu i kolokacji serwerów. Infomex jest członkiem Polish Data Center Association - ogólnopolskiej organizacji zrzeszającej kilkanaście największych firm zajmujących się przetwarzaniem danych w Polsce.

Nabino spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pod numerem 0000323482. Spółka została utworzona w 2009 r. W czasie trwania przetargów opisanych w niniejszym dokumencie prezesem zarządu Nabino była [§<], wiceprezesem [§<], a prokurentem [§<]. Jedyнным wspólnikiem Nabino jest [Wspólnik].

Nabino jest spółką branży IT. Zajmuje się przede wszystkim tworzeniem oprogramowania komputerowego, aplikacji i stron internetowych. Nie posiada własnego centrum danych, a usługi kolokacji serwerów świadczy w charakterze pośrednika. W styczniu 2018 r. zgromadzenie wspólników Nabino podjęło uchwałę o rozwiązaniu spółki. W czasie wydania niniejszej decyzji spółka była w trakcie likwidacji.

ncNETcom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS przez Sąd Rejonowy w Kielcach pod numerem 0000617191. Spółka została utworzona w maju 2016 r. i stanowi kontynuację działalności gospodarczej prowadzonej od 1997 r. przez [§<] pod firmą [§<] Przedsiębiorstwo Handlowe NETcom. W trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa Urzędu



ww. działalność gospodarcza na podstawie art. 551 § 5 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1577, z późn. zm.) została przekształcona w jednoosobową spółkę kapitałową - ncNETcom sp. z o.o. Spółka jest następcą prawnym przedsiębiorcy przekształconego i przysługują jej wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształconego związane z prowadzoną dotychczas działalnością gospodarczą (art. 584² § 1 ww. Kodeksu).

NETcom jest spółką z branży IT. Zajmuje się m.in. integracją systemów IT, sprzedażą i serwisem sprzętu komputerowego oraz doradztwem w zakresie informatyki. Nie posiada własnego centrum danych, a usługi kolokacji serwerów świadczy w charakterze pośrednika.

Infomex od lat pozostaje w relacjach gospodarczych z Nabino i NETcom. Współpraca Infomex z Nabino rozpoczęła się w 2009 r. i polegała m.in. na tworzeniu konsorcjów przetargowych w celu wspólnego ubiegania się o różne zamówienia publiczne na usługi branży IT. Obydwie spółki utworzyły konsorcja m.in.: (1) w 2010 r. w przeprowadzonym przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie aplikacji „*Scentralizowany System Dostępu do Informacji Publicznej*”, (2) w 2011 r. w przeprowadzonym przez Województwo Warmińsko-Mazurskie przetargu na budowę oraz kompleksowe wdrożenie internetowego portalu turystycznego w ramach projektu pod nazwą „*Portal Turystyczny Warmia Mazury*”, (3) w 2013 r. w przeprowadzonym przez Ministerstwo Obrony Narodowej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie wortalu promocji obronności www.wojsko-polskie.pl wraz z przeniesieniem dotychczasowej jej zawartości do nowego środowiska hostingowego oraz transmisji relacji na żywo do Internetu, (4) w 2013 r. w przeprowadzonym przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych przetargu na „*Budowę, obsługę oraz rozwój zintegrowanego środowiska hostingowego w architekturze chmury dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych*” i (5) w 2014 r. w przeprowadzonym przez Narodowy Bank Polski postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem była budowa systemu zintegrowanych serwisów internetowych NBP.

Zarzuty postawione Infomex, Nabino i NETcom w niniejszej sprawie dotyczą ich współpracy w przetargach publicznych, których przedmiotem były zamówienia na usługi hostingu i kolokacji serwerów. Prezes Urzędu ustalił, że przedsiębiorcy wzięli udział w trzech przetargach na takie usługi, w których składali samodzielne oferty. Były to:

- 1) przetarg na dzierżawę i kolokację serwerów dedykowanych przeprowadzony przez Centralną Komisję Egzaminacyjną (zwaną dalej: „CKE”) w 2012 r.
- 2) przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzony przez Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego (zwany dalej: „UMWM”) w 2012 r. i
- 3) przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzonego przez UMWM w 2015 r.

Nabino i NETcom uczestniczyli w każdym z tych przetargów jako wykonawcy bezpośrednio ubiegający się o uzyskanie zamówienia, zaś Infomex w każdym przypadku pełnił rolę kompleksowego podwykonawcy dla tych przedsiębiorców. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r. Infomex wystąpił w podwójnej roli, tj. podwykonawcy wskazanego w ofertach Nabino i NETcom oraz wykonawcy, który złożył zamawiającemu własną ofertę.



Hosting i kolokacja serwerów

Przedmiotem zamówienia w ww. postępowaniach przetargowych były usługi hostingu i kolokacji serwerów.

Kolokacja serwerów to usługa w ramach której usługodawca oddaje do używania usługobiorcy powierzchnię w serwerowni wraz z szafami kolokacyjnymi, w której usługobiorca może ulokować swój sprzęt komputerowy, a także zapewnia dodatkowe usługi niezbędne dla działania kolokowanych serwerów i zdalnego dostępu do nich. Są to w szczególności zapewnienie zasilania serwerów w energię elektryczną, połączenia ich z siecią Internet, bieżące serwisowanie i wsparcie administratorów sieci.

Dla świadczenia usługi kolokacji serwerów niezbędne jest posiadanie infrastruktury technicznej - specjalistycznej serwerowni lub centrum (przetwarzania) danych. Pojęcia serwerownia i centrum danych (także centrum przetwarzania danych) bywają używane zamiennie, natomiast w języku technicznym wskazuje się na odrębności obydwu terminów. Funkcja serwerowni i centrum danych jest podobna - są to pomieszczenia przeznaczone do utrzymania pracy komputerów pełniących rolę serwerów w odpowiednich warunkach. Centra danych projektowane są z myślą o szczególnie istotnych systemach komputerowych, które wymagają warunków środowiskowych (temperatura pomieszczenia, wilgotność, awaryjne zasilanie, instalacje przeciwpożarowe) o wyższym standardzie niż te, które zapewnia typowa serwerownia.

Z tego względu centra danych składają się z zespołu pomieszczeń, tj. serwerowni oraz pomieszczeń ją wspierających. Mogą nimi być pomieszczenie UPS (w którym rozmieszczone są urządzenia podtrzymujące zasilanie w przypadku zaniku zasilania sieciowego), pomieszczenie dystrybucji energii, pomieszczenie telekomunikacyjne, operacyjne, dystrybucji chłodu i inne. Funkcjonalny podział pomieszczeń ma na celu m.in. zwiększenie niezawodności i bezpieczeństwa oraz uproszczenie serwisowania. Centra danych wyposaża się w tzw. systemy redundantne, tj. niezależną, rezerwową infrastrukturę, która jest automatycznie uruchamiana w przypadku awarii systemu podstawowego (dwa niezależne przyłącza energetyczne, układy klimatyzacyjne, łącza telekomunikacyjne). Dla fizycznej izolacji serwerów od otoczenia w centrach danych zapewnia się systemy antywłamaniowe, monitoring, kontrolę dostępu, ogniotrwałą konstrukcję budynku.

Infomex jako jedyny ze stron postępowania dysponował opisywaną infrastrukturą - centrum danych zlokalizowanym w Żywcu przy ulicy Wesolej 19b.

Hosting to usługa polegająca na udostępnieniu przez usługodawcę miejsca na własnym serwerze (przestrzeni dyskowej), z którego klient może swobodnie korzystać zamieszczając własne dane (strony internetowe, konta e-mail, itp.). Usługi hostingu występują w różnych wariantach. Hosting współdzielony polega na umieszczaniu na tym samym serwerze danych (najczęściej stron internetowych) wielu klientów. Hosting VPS (Virtual Private Server) polega na udostępnieniu klientowi wirtualnie wydzielonej - poprzez zainstalowanie odrębnego oprogramowania i systemu operacyjnego - części serwera użytkowanego także przez innych klientów. Hosting serwerów dedykowanych to usługa, w ramach której usługodawca wydierżawia klientowi serwer na jego wyłączny użytek, przy czym sprzęt serwerowy pozostaje w centrum danych usługodawcy, gdzie jest przez niego kolokowany. Taki serwer nie jest współdzielony z innymi klientami usługodawcy. Ten ostatni typ hostingu był



przedmiotem zamówienia w przetargu przeprowadzonym przez CKE. Zamawiający w specyfikacji zamówienia określił parametry serwerów, jakie zamierzał wydzierżawić oraz wymogi dotyczące centrum danych, w którym serwery miały być kolokowane.

Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez CKE w 2012 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia na dzierżawę i kolokację serwerów przeprowadzone przez CKE zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2012 r. pod numerem 216464-2012. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 17 500 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty, było kryterium ceny. Termin składania ofert został ostatecznie ustalony do dnia 27 sierpnia 2012 r.

W dniu 22 sierpnia 2012 r. [Pracownik1 Infomex] zatrudniony w Infomex na stanowisku [3<] przestał do [Członek zarządu Nabino] wiadomość e-mail o tytule „*Prośba o złożenie oferty do CKE*”. W treści e-maila wskazano m.in.: „*Proszę o wrzucenie dokumentów firmowych do oferty i wpłacenie wadium zgodnie z ustaleniami. Jutro (czwartek) doślę wypełnioną tabelę opisu przedmiotu zamówienia oraz aktualizację cen, dlatego jeszcze nie drukujcie.*”. Do e-maila został załączony plik komputerowy Microsoft Word o nazwie „*oferta Nabino*”. Dokument zawiera 19 stron stanowiących gotową ofertę, jaką Nabino złożyło w przetargu CKE, tj. wypełniony „*Formularz Oferty/Formularz Cenowy*” wraz z załącznikami.

Oferta nie zawierała jedynie dokumentów określonych w ww. e-mailu jako dokumenty firmowe, tj. odpisu aktualnego KRS Nabino, zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w składkach i zaświadczenia US o niezaleganiu w podatkach. Omawiany dokument „*oferta Nabino*” zawierał kilka pustych stron, na których wskazano jedynie to, co powinno się na nich znaleźć (strona 8 - „*Tutaj KRS*”, strona 9 „*Tutaj KRK osoby + firma*”, strona 10 - „*Tutaj KRK*”, strona 19 - „*Tutaj dowód wpłaty wadium*”). Na stronie 11 znajduje się następująca treść: „*Tutaj zaświadczenie Urzędu Skarbowego ale nieaktualne!*”. Dla słów „*ale nieaktualne!*” został ustawiony czerwony kolor czcionki.

W dniu 27 sierpnia 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 11 ofert. Oferty czterech wykonawców zostały odrzucone. Oferty, które nie podlegały odrzuceniu, zawierały następujące ceny brutto:

- 549 072 zł - Nabino;
- 678 586 zł - Beyond.pl sp. z o.o.;
- 736 155 zł - Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o.;
- 747 840 zł - NETcom;
- 799 500 zł - Datacom System S.A.;
- 1 160 687 zł - konsorcjum Varion Telecom sp. z o.o. i COMP S.A.;
- 1 314 346 zł - ATM S.A.

Oferty Nabino i NETcom zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1 i 4; oferty te zostały przedzielone dwiema „*obcymi ofertami*”. Infomex nie wziął udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użyczył zasobów Nabino i NETcom oraz został wskazany w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca.



Oferta NETcom była kompletna, zaś oferta Nabino zawierała braki - do oferty zostało dołączone zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione w dniu 13 lutego 2012 r. i stwierdzające stan na dzień 27 stycznia 2012 r. Zaświadczenie to było nieaktualne dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego, gdyż stwierdzało stan na dzień wcześniejszy niż trzy miesiące przed terminem składania ofert (27 sierpnia 2012 r.).

W dniu 31 sierpnia 2012 r. [Członek zarządu Nabino] przestał [Pracownik1 Infomex] wiadomość e-mail o treści „[Pracownik1 Infomex], excela do CKE mi podeślij.”. W odpowiedzi [Pracownik1 Infomex] przestał [Członek zarządu Nabino] plik w formacie obsługiwany przez program komputerowy Microsoft Excel zawierający zestawienie wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu wraz z zaferowanymi cenami oraz pozycją w rankingu. W treści e-maila [Pracownik1 Infomex] wskazano: „[Członek zarządu Nabino] jak wezwą do uzupełnienia (ZUS czy US nie pamiętam co było za stare) - to uzupełnijcie prawidłowo - tym ważnym na dzień składania ofert. Ok?”.

W związku z ww. brakiem, pismem z dnia 26 września 2012 r. zamawiający wezwał Nabino do przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach. W odpowiedzi Nabino przestało właściwe zaświadczenie.

Pismem z dnia 19 października 2012 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców o przedłużenie związania ofertą o dodatkowe 60 dni. Wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę, za wyjątkiem NETcom, który poinformował, że nie będzie przedłużać związania ofertą, w związku z czym zwraca się o zwrot wadium.

W dniu 31 października 2012 r. między Nabino a CKE została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez UMWM w 2012 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługa kolokacji serwerów oraz serwis pogwarancyjny dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego” zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2012 r. pod numerem 300973-2012. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 50 000 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty było kryterium ceny. Termin składania ofert ustalony został do dnia 30 października 2012 r.

W toku przeszukania w siedzibie Infomex pozyskano dwa dokumenty stanowiące oferty cenowe Infomex dla Nabino i NETcom za wykonanie w całości usług zamawianych przez UMWM w 2012 r. Są to oferta OŻ/001991/12 dla Nabino z dnia 26 października 2012 r. oraz oferta OŻ/001995/12 dla NETcom z dnia 26 października 2012 r. Oferta dla Nabino zawiera cenę [§<] zł netto miesięcznie, tj. [§<] zł za 36 miesięcy świadczenia usług. W ofercie dla NETcom została wskazana cena [§<] zł netto miesięcznie, tj. [§<] zł netto za 36 miesięcy świadczenia usług.

W dniu 30 października 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 399 607 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert, które zawierały następujące ceny brutto:



- 1) 1 412 532,00 zł - Nabino;
- 2) 1 726 920,00 zł - NETcom;
- 3) 1 919 538,00 zł - ORTI Byliński sp.k.;
- 4) 1 992 600,00 zł - Infomex;
- 5) 2 613 637,40 zł - Polcom sp. z o.o.

Oferty Nabino, NETcom i Infomex zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1, 2 i 4. Oferty NETcom i Infomex zostały przedzielone „obcą ofertą”.

W ofertach Nabino oraz NETcom jako kompleksowy podwykonawca oraz podmiot użyczający zasobów został wskazany Infomex.

Oferta Infomex była kompletna zaś oferty Nabino oraz NETcom zawierały następujące braki formalne:

- do oferty Nabino nie dołączono aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z podatkami, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- do oferty NETcom nie załączono aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający wezwał Nabino i NETcom do złożenia brakujących dokumentów. Obydwaj przedsiębiorcy uzupełnili swoje oferty przesyłając zaświadczenia, przy czym jedynie NETcom przesłał zaświadczenie spełniające warunek aktualności. Nabino przesłało zaświadczenie wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r. przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego Łódź-Górna i stwierdzające stan na dzień 30 maja 2012 r. Zaświadczenie to nie spełniało wymogu aktualności w omawianym postępowaniu przetargowym. Aby bowiem zaświadczenie mogło zostać uznane za aktualne na potrzeby tego postępowania powinno zostać wystawione nie wcześniej niż w dniu 30 lipca 2012 r. (3 miesiące przed dniem 30 października 2012 r.). Prezes Urzędu ustalił, że Nabino na swój wniosek uzyskało od Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego Łódź-Górna zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane w dniu 31 sierpnia 2012 r. i stwierdzające stan na dzień 29 sierpnia 2012 r. Nabino dysponowało zatem aktualnym zaświadczeniem o niezaleganiu w podatkach (zaświadczenie z dnia 31 sierpnia 2012 r.), pomimo tego uzupełniło swoją ofertę zaświadczeniem nieaktualnym (zaświadczenie z dnia 5 czerwca 2012 r.).

Mając powyższe na uwadze zamawiający odrzucił ofertę Nabino i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty NETcom. W dniu 11 grudnia 2012 r. między NETcom a zamawiającym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy NETcom wystąpił do zamawiającego z propozycją pozostawienia całego sprzętu komputerowego w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum danych Infomex w Żywcu (Infomex wygrał wcześniejszy przetarg na kolokację serwerów przeprowadzony przez UMWM w 2009 r.). Zamawiający zaakceptował tę propozycję. UMWM zwróciło Nabino wniesione wadium.



Wadium

W dniu 24 października 2012 r. z rachunku bankowego Infomex na rachunek bankowy Nabino został zrealizowany przelew kwoty [§<] zł. Jako tytuł transakcji wskazano dokument o nazwie „1/2012/INFOMEX proforma”. Jest to faktura VAT pro forma nr FPROF/1/1012/INFOMEX z dnia 24 października 2012 r. Dokument ten zawiera następujące dane dotyczące transakcji: (1) sprzedawca: [§<], (2) nabywca: [§<], (3) nazwa towaru lub usługi: [§<], (4) cena netto: [§<] zł, (5) podatek VAT: [§<], (6) wartość brutto: [§<] zł. Obok faktury pro forma Nabino wystawiło w dniu 25 października 2012 r. fakturę zaliczkową nr 1/2012/INFOMEX zawierającą identyczne dane, co faktura pro forma.

W dniu 7 grudnia 2012 r., po zakończeniu przetargu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, [Członek zarządu Nabino] przestał [Pracownik2 Infomex], pracownikowi Infomex zatrudnionemu na stanowisku [§<], wiadomość e-mail, w której poinformował o zwrocie Nabino przez UMWM wadium oraz zapytał o procedurę „cofania” zaliczki. W odpowiedzi [Pracownik2 Infomex] wskazał, że Nabino zwraca pieniądze Infomex oraz wystawia fakturę korygującą do faktury zaliczkowej.

W dniu 17 grudnia 2012 r. z rachunku bankowego Nabino na rachunek bankowy Infomex został zrealizowany „zwrotny” przelew kwoty [§<] zł. W tytule przelewu wskazano, że jest to zwrot zaliczki dotyczącej faktury zaliczkowej 1/2012/INFOMEX.

Powyższe fakty wskazują, że transakcja opisana w ww. fakturach była pozorna, a ukrytym celem zrealizowanego na rzecz Nabino przelewu było przekazanie temu przedsiębiorcy środków pieniężnych niezbędnych dla wpłaty przez niego wadium przetargowego. W korespondencji e-mail pomiędzy [Członek zarządu Nabino] a [Pracownik2 Infomex] powiązано zwrot Nabino wadium przez UMWM z koniecznością wystawienia faktury korygującej i zwrotem środków pieniężnych przez Nabino na rzecz Infomex. Wskazana w ww. fakturach wartość netto usługi odpowiada wysokości wadium. Potwierdzają to również daty poszczególnych zdarzeń: bezpośrednio po uzyskaniu środków od Infomex (24 października 2012 r.) Nabino dokonało wpłaty wadium na rzecz UMWM (26 października 2012 r.), z kolei przelew zwrotny zaliczki (17 grudnia 2012 r.) miał miejsce kilka dni po przeprowadzeniu przytoczonej korespondencji e-mail (7 grudnia 2012 r.). Logicznym wnioskiem z powyższych faktów jest to, że zaliczka, o której mowa w e-mailu [Członek zarządu Nabino], to płatność określona w fakturze nr 1/2012/INFOMEX.

Postępowanie przetargowe przeprowadzone przez UMWM w 2015 r.

W dniu 2 lipca 2015 r. na stronie internetowej UWMW zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu pn. „Usługa kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM”. Ogłoszenie nie zawierało szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który został zamieszczony na stronie internetowej UWMW kilka dni później, w dniu 7 lipca 2015 r. Wartość szacunkową zamówienia netto (bez podatku VAT) zamawiający określił na 1 979 674,00 zł. Zamówione usługi miały być wykonywane przez 36 miesięcy. Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: (1) cena z wagą 90%, (2) liczba krajowych punktów wymiany ruchu, do których podłączona będzie serwerownia z wagą 5% oraz (3) liczba operatorów klasy TIER I/TIERII z pełną tablicą BGP z wagą 5%. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 40 000 zł. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2015 r. i był dwukrotnie zmieniany: ogłoszeniem UMWM



z dnia 7 sierpnia 2015 r. został wyznaczony na dzień 19 sierpnia 2015 r., zaś ogłoszeniem z dnia 18 sierpnia 2015 r. na dzień 25 sierpnia 2015 r.

W dniu 3 lipca 2015 r. [Pracownik2 Infomex] przekazał swojemu przełożonemu [Członek zarządu Infomex] pocztą elektroniczną informację, że UMWM zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. W odpowiedzi [Członek zarządu Infomex] stwierdził, że „(...) będziemy musieli do tego przesiąść i wymyśleć patent” oraz, że po opublikowaniu przez UMWM pełnej specyfikacji zamówienia [Pracownik2 Infomex] ma „dać cynk bo trza będzie tą lekturę przeczytać i podrapać się po głowie jaki zastosować manewr aby nie stracić klienta a jeszcze na tym dobrze zarobić”.

W dniu 5 sierpnia 2015 r. od godziny 07:42 [Pracownik2 Infomex] przeprowadził z [Członkiem zarządu Nabino] wymianę wiadomości SMS o następującej treści:

[Pracownik2 Infomex]: „Potrzebuję złożyć ofertę do Umwm tak jak 3 lata temu.”
[Członek zarządu Nabino]: „Wadium?”
[Pracownik2 Infomex]: „40k”
[Członek zarządu Nabino]: „A termin składania ofert?”
[Pracownik2 Infomex]: „14 sierpień”
[Członek zarządu Nabino]: „Ok. Skontaktuj się z [Prokurent Nabino], ma prokurę. Ja mu dam znać, że się z nim skontaktujesz i uzgodnisz wszystkie szczegóły.”

O godzinie 07:55 [Członek zarządu Nabino] przesłał [Prokurent Nabino] SMS o treści: „[Pracownik2 Infomex] z Infomex się z Tobą skontaktuje w sprawie oferty do umwm. Wyjaśni wszystko telefonicznie/mailowo.”. [Prokurent Nabino] odpowiedział, że „czekam w takim razie na kontakt”.

O godzinie 09:59 [Prokurent Nabino] przesłał [Pracownik2 Infomex] e-mail, w którym wskazał, że Nabino chce wystartować w przetargu na „Usługę kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM” i w związku z tym prosi o wycenę przedmiotu zamówienia. W treści e-maila podano link do strony internetowej na której znajduje się ogłoszenie o zamówieniu wraz z załącznikami. W odpowiedzi [Pracownik2 Infomex] napisał: „Dziękuję za zapytanie - przygotowujemy stosowną ofertę” (e-mail z dnia 05.08.2017 r., godz. 11:11).

W dniu 10 sierpnia [Pracownik2 Infomex] poprosił [Prokurent Nabino] w e-mailu o „przesłanie papieru firmowego”. W odpowiedzi [Prokurent Nabino] przesłał [Pracownik2 Infomex] e-mail z załączonym plikiem „papier firmowy.docx”. W lewym górnym rogu tego dokumentu znajduje się logotyp Nabino, zaś u dołu dane teleadresowe Nabino oraz nr KRS, NIP i REGON. Jest to zatem papier firmowy Nabino.

W toku przeszukania w siedzibie Infomex pozyskano dwa dokumenty stanowiące oferty cenowe Infomex dla Nabino i NETcom za wykonanie usługi zamawianej przez UMWM. Są to oferta OŻ/001393/15 dla Nabino z dnia 13 sierpnia 2015 r. i oferta OŻ/001392/15 dla NETcom z dnia 13 sierpnia 2015 r. Oferta dla NETcom zawiera cenę [<], zaś dla Nabino cenę [<].

W dniu 13 sierpnia 2015 r. [Pracownik2 Infomex] przesłał [Prokurent Nabino] wiadomość e-mail o treści „Witam w załączeniu przesyłam ofertę na kolokację UMWM”. Do wiadomości został dołączony plik w formacie PDF o nazwie „OŻ_001393_15”. Plik stanowi oznaczoną



datą 13 sierpnia 2015 r. ofertę cenową od Infomex dla Nabino na kolokację i serwis pogwarancyjny dla UMWM. W ofercie wskazano cenę netto za jeden miesiąc usługi w wysokości [<] zł netto, a zatem za cały okres świadczenia usługi [<] zł netto.

Później tego samego dnia [Pracownik2 Infomex] przestał [Prokurent Nabino] e-mail o tytule „nabino”. Wiadomość nie zawierała żadnej treści, był do niej załączony jedynie plik - archiwum ZIP - o nazwie „nabino”, który zawiera łącznie cztery pliki: trzy dokumenty Microsoft Word o nazwach „koperta”, „oferta-umwm-nabino” i „siwz” oraz jeden plik tekstowy w formacie txt o nazwie „instrukcja”. Archiwum zostało zaszyfrowane co oznacza, że dla otwarcia poszczególnych plików wymagane jest podanie hasła, jakim plik ZIP został zabezpieczony. Na wezwanie Prezesa Urzędu Infomex i Nabino przekazały wyjaśnienia, że obecnie nie mają wiedzy, jakie hasło zostało ustawione dla zabezpieczenia archiwum ZIP. W związku z powyższym pliki w nim zawarte nie zostały otwarte.

W dniu 18 sierpnia 2015 r. [Pracownik2 Infomex] przestał [Prokurent Nabino] e-mail o treści „Witaj Trzeba to jeszcze dorzucić do oferty” zawierający w załączniku plik Microsoft Word o nazwie „osw_powierzenie.docx”. Dokument stanowi oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy, tj. Infomex. W górnej części dokumentu znajduje się znak firmowy NETcom, pełna firma tego przedsiębiorcy wraz adresem firmy, danymi kontaktowymi (nr telefonu, faksu, adres e-mail, adres strony internetowej), NIP, REGON oraz nr rachunku bankowego NETcom. U dołu znajdują się logotypy firm, których NETcom jest partnerem (dystrybutorem). Treść oświadczenia została zatem zamieszczona na papierze firmowym NETcom. W miejscu, w którym należało wpisać miejscowość (miejsce) i datę złożenia oświadczenia wpisano „Kielce, dnia 17.08.2015 r.”. Oświadczenie, jakie zostało załączone do oferty Nabino złożonej zamawiającemu, różniło się od ww. pliku tym, że został zmieniony papier firmowy NETcom na Nabino, natomiast nie zostały zmienione data oraz miejscowość.

W dniu 25 sierpnia 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 035 500 zł. W postępowaniu złożono dwie oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 1) 1 323 972,00 zł - NETcom;
- 2) 1 580 796,00 zł - Nabino.

Infomex nie wziął udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użył zasobów Nabino i NETcom oraz został wskazany w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca.

Oferta NETcom zawierała braki formalne - do oferty nie dołączono zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2015 r. wezwał NETcom do złożenia aktualnego zaświadczenia ZUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, a także złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, gdyż jego



oferta była o 30% niższa od określonej przez zamawiającego wartości zamówienia brutto (2 035 500 zł). Ponadto zamawiający wezwał NETcom oraz Nabino do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonych do ich ofert referencji wystawionych Infomex przez spółkę [§<] mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w przetargu.

Pismem z dnia 1 września 2015 r. NETcom uzupełnił ofertę o prawidłowe zaświadczenie, ale jednocześnie poinformował, że po otrzymaniu wezwania zamawiającego dokonał ponownej kalkulacji ceny. Ponowne obliczenia wykazały, że w pierwotnej kalkulacji został popełniony błąd skutkujący tym, że cena została omyłkowo zaniżona i nie gwarantuje prawidłowego wykonania umowy. W związku z powyższym oferta NETcom została odrzucona, a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Nabino.

W dniach 14 i 15 października 2015 r., już po odrzuceniu przez zamawiającego oferty NETcom, [Członek zarządu Nabino] prowadził korespondencję e-mail z przedstawicielami Infomex dotyczącą wysokości wynagrodzenia (prowizji) Nabino od Infomex. [Członek zarządu Nabino], niezadowolony z propozycji finansowych Infomex, podnosił m.in., że: „*Bufor pomiędzy dwoma ofertami [UOKiK: ofertą Nabino i NETcom] był na ponad 250 tysięcy. Temat byście wzięli w każdym z przypadków bo byliście zapewne podwykonawcą tu i tu.*”, „*[Członek zarządu Infomex], wszystko prawda. Jak również to, że macie +250tys względem innej firmy.*” „*w przypadku [§<] [UOKiK: prowizja od Infomex dla Nabino] nadal masz [§<] tys. więcej do dyspozycji niż w przypadku nie brania udziału przez nas.*”. Z kolei przedstawiciele Infomex podkreślali, że zamówienie będzie w całości realizowane przez Infomex. Poniżej zostały przedstawione wyimki omawianej korespondencji.

[Pracownik2 Infomex]: „*[przyp. UOKiK: O Nabino] W tym temacie nie robicie dokładnie nic. Nie ponosicie żadnych kosztów. Jedyne koszty to wadium, za które odsetki Wam zapłacimy.*”

[Członek zarządu Nabino]: „*Panowie, za [§<] zł nie wyrażałbym nawet zgody na składanie papierów na taką wartość. Przysługa przysługą, ale jakieś koszty obsługi mam*”

[Pracownik2 Infomex]: „*Napisz mi proszę jakie będziesz miał koszty obsługi? Jeżeli kosztem obsługi jest wystawienie FV i wysłanie jej pocztą no to gratuluję*”

[Członek zarządu Infomex]: „*Ile chcesz za to fakturowanie*”

[Członek zarządu Nabino]: „*(...) przyjęta stawka to [§<] (...)*”

[Członek zarządu Infomex]: „*Za fakturę? Hehe. Kosmita. Ja mogę dać ci [§<] i uważam że to uczciwa propozycja masz [§<] zł za nic mc. (...) 3 lata inna firma dostawała [§<] zł m-c i się cieszyła [Członek zarządu Nabino]. Masz obrót przepływ kasy i referencje plus za nic [§<]*”

[Członek zarządu Nabino]: „*Proponowana stawka jest standardem. Za odpowiedzialność, za kwotę i wszystko inne*”

[Członek zarządu Infomex]: „*[Członek zarządu Nabino] jedyne co masz robić to wystawiać fakturę i robić przelew ile to kosztuje? 20 zł mc? (...) Nie masz żadnych kosztów poza prze fakturowaniem.*”

[Pracownik2 Infomex]: „*Generalnie jest to prośba aby nam [przyp. UOKiK: Infomex] pomóc w temacie a nie czerpać z niego korzyści*”



[Pracownik2 Infomex]: „(...) myślałem o Tobie [przyp. UOKiK: (Członek zarządu Nabino)], że jesteś facetem, któremu jak przyniosę temat to się ucieszysz i pomożesz koledze po fachu”,

[Członek zarządu Nabino]: „Pomóc pomogłem, zgłosiłeś się, złożyłem, nie robiłem żadnych fochów (...)”.

W kolejnych dniach [Członek zarządu Nabino] kontaktował się z firmą [X] z propozycją powierzenia tej spółce podwykonawstwa. Do zmiany podwykonawcy jednak nie doszło i w dniu 22 października 2015 r. między Nabino a UMWM została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy Nabino poinformowało zamawiającego, że sprzęt komputerowy pozostanie w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum danych Infomex w Żywcu. Zamawiający zwrócił NETcom wniesione wadium.

OCENA PRAWNA USTALONYCH FAKTÓW

Określenie zarzutu

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgadnianiu w postępowaniach przetargowych o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów, warunków składanych ofert oraz innych zachowań tych przedsiębiorców, mających na celu wybór oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Porozumienie takie w doktrynie prawa konkurencji określane jest jako „zmowa przetargowa”.

Interes publiczny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Prezes Urzędu nie może zatem podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinny być surowo karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym; jest konkretyzowany w każdej sprawie.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając go, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych



ofert przetargowych oraz zachowań w toku przetargu mogą powodować podwyższenie poziomu cen przedmiotu zamówienia oraz ograniczyć zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zmowy przetargowe mogą zniweczyć cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji.

Z powyższych względów w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka naruszenia interesu publicznego, a zatem istnieją podstawy dla przeprowadzenia analizy zachowań Infomex, Nabino i NETcom w świetle zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Rynek właściwy i wpływ porozumienia na handel UE

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym, który powinien zostać zdefiniowany w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika, że rynek właściwy określa się w ujęciu produktowym (przedmiotowym) i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Określenie wymiaru geograficznego polega na wskazaniu obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) i geograficznego.

W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zostało zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek usług hostingu i kolokacji serwerów. Za takim określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie tych usług oraz ich właściwości.

Usługobiorcami usług centrum danych są podmioty, którym zależy na zapewnieniu optymalnych warunków pracy serwerów oraz ich bezpieczeństwie. Są to głównie (duże) podmioty gospodarcze oraz instytucje publiczne. Decyzja usługobiorcy o skorzystaniu z usług centrum danych zazwyczaj jest związana z rozszerzeniem dotychczasowej działalności czy rozpoczęciem nowego, istotnego projektu (serwisu internetowego, sklepu internetowego



itp.). Usługi centrum danych mogą przybrać postać wyłącznie kolokacji, polegającej na ulokowaniu serwerów należących do usługobiorcy w centrum danych lub kolokacji wraz z dzierżawą przez usługobiorcę serwerów w centrum danych (usługa hostingu). Ta odmienność pomiędzy obydwo wariantami usług świadczonych przez centra danych nie jest jednak istotna. W obydwu wariantach kluczowym elementem usługi świadczonej przez centra danych jest bowiem zapewnienie pracy serwerów w środowisku o wysokich parametrach, zapewniających bezpieczeństwo i ciągłość działania serwerów. Usługi centrum danych w tym aspekcie zasadniczo nie różnią się ze względu na to, do kogo należy kolokowany sprzęt serwerowy; ta kwestia ma drugorzędne znaczenie. Z tego względu kolokacja i hosting (w szczególności serwerów dedykowanych) mogą być postrzegane przez usługobiorców jako usługi substytucyjne, dwa warianty usług centrum danych zapewniających ten sam rezultat. W analizowanych przetargach UMWM wybrał zakup własnego sprzętu i jego kolokację w centrum danych, zaś CKE określił wymagania dotyczące serwerów dedykowanych, jakie miał wydzierżawić oraz warunki ich późniejszej kolokacji w centrum danych.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek usług hostingu i kolokacji serwerów ma wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na nim istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na terenie Polski. Na obszarze całego kraju przedsiębiorcy mają co do zasady jednolite warunki konkurowania. Prawidłowość takiego określenia geograficznego wymiaru rynku może potwierdzać fakt, że w analizowanych przetargach oferty składali przedsiębiorcy z różnych regionów Polski. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. oferty złożyli jedynie NETcom i Nabino, jednak należy mieć na uwadze, że po ogłoszeniu przetargu do UMWM wpływały zapytania dotyczące wyjaśnienia zapisów specyfikacji zamówienia od przedsiębiorców z różnych regionów Polski. Fakt, że nie złożyli oni później ofert przetargowych należy wiązać głównie z oczekiwaniami zamawiającego co do czasu relokacji sprzętu do nowego centrum danych, nie zaś z ogólnymi cechami usług kolokacji.

Jednocześnie brak jest jakichkolwiek przesłanek dla przyjęcia, że rynek może mieć wymiar szerszy niż krajowy. Wskazuje na to w szczególności okoliczność, że w żadnym z opisywanych przetargów nie wziął udziału przedsiębiorca spoza terytorium Polski, pomimo zamieszczania ogłoszeń o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odnosząc się do przedstawionych przez Infomex wątpliwości, czy rynek właściwy w ujęciu produktowym i geograficznym został prawidłowo określony, Prezes Urzędu wskazuje, że powyżej przedstawiona analiza rynku właściwego jest właściwa, a jej szczegółowość - przy uwzględnieniu charakteru zarzutu - w zupełności wystarczająca. Należy mieć bowiem na uwadze, że przedmiotem sprawy jest horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie porozumienia są zawsze zabronione i nie podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności. Z tego względu szczególnie dokładna definicja rynku, a także analiza jego struktury, stanu konkurencji, czy udziału uczestników porozumienia w rynku nie jest konieczna.



Takie podejście jest zgodne z orzecznictwem unijnym, w którym wyraźnie różnicuje się znaczenie definiowania rynku właściwego w sprawach nadużywania pozycji dominującej i porozumień ograniczających konkurencję. W przypadku nadużycia pozycji dominującej zdefiniowanie rynku właściwego jest pierwszym, niezbędnym krokiem dla oceny ewentualnych naruszeń prawa antymonopolowego. Nie jest bowiem możliwe ustalenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą bez wcześniejszego zdefiniowania rynku właściwego. Z kolei w przypadku porozumień ograniczających konkurencję celem zdefiniowania rynku właściwego jest jedynie zbadanie tego, czy porozumienie może wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE i czy jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób¹.

Należy przy tym wskazać, że istnienie daleko idących podobieństw między polskim a unijnym prawem antymonopolowym uprawnia do postawienia tezy, iż co do zasady właściwym jest przenoszenie reguł analitycznych wypracowanych w unijnym prawie konkurencji na grunt prawa polskiego. Mając to na uwadze uprawnione jest również twierdzenie, że na Prezesie Urzędu - podobnie jak na Komisji Europejskiej - nie ciąży obowiązek zdefiniowania rynku właściwego na potrzeby określenia, czy doszło do naruszenia art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w przypadku Komisji art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), chyba że bez takiej definicji nie jest możliwe ustalenie, czy porozumienie miało na celu lub skutkowało dostrzegalnym (odczuwalnym) wpływem na konkurencję. W przedmiotowej sprawie taka wątpliwość nie istnieje. Negatywny wpływ analizowanego

¹ Taki pogląd został wyrażony w wyrokach Sądu I Instancji UE w sprawie T-62/98 Volkswagen AG przeciwko Komisji, pkt 230 oraz w sprawie T-29/92 SPO i inni przeciwko Komisji, pkt 74.

(„As regards the scope of the Commission's obligation to define the relevant market before finding an infringement of the Community competition rules, the Court points out that the approach to defining the relevant market differs according to whether Article 85 or Article 86 (now Article 82 EC) of the Treaty is to be applied. For the purposes of Article 86, the proper definition of the relevant market is a necessary precondition for any judgment as to allegedly anti-competitive behaviour, since, before an abuse of a dominant position is ascertained, it is necessary to establish the existence of a dominant position in a given market, which presupposes that such a market has already been defined. On the other hand, for the purposes of applying Article 85, the reason for defining the relevant market, if at all, is to determine whether the agreement, the decision by an association of undertakings or the concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market (Case T-29/92 SPO and Others v Commission [1995] ECR II-289, paragraph 74). Consequently, there is an obligation on the Commission to define the market in a decision applying Article 85 of the Treaty where it is impossible, without such a definition, to determine whether the agreement, decision by an association of undertakings or concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market (Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 European Night Services and Others v Commission [1998] ECR II-3141, paragraphs 93 to 95 and 105).”)

(“Jeśli chodzi o zakres obowiązku Komisji zdefiniowania rynku właściwego przed stwierdzeniem naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji, należy zauważyć, że podejście do definiowania właściwego rynku różni się w zależności od tego, czy stosowany jest art. 85 czy art. 86 (obecnie art. 82 Traktatu WE). W przypadku art. 86 właściwa definicja rynku właściwego jest niezbędnym, wstępnym warunkiem dla jakiegokolwiek orzeczenia o rzekomo antykonkurencyjnym zachowaniu, ponieważ przed stwierdzeniem nadużycia pozycji dominującej konieczne jest ustalenie istnienia pozycji dominującej na danym rynku, co wymaga uprzedniego zdefiniowania rynku. Z drugiej strony, w celu zastosowania art. 85, powód określenia rynku właściwego, jeżeli w ogóle należy go określić, to ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, a jego celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w ramach wspólnego rynku (sprawa T-29/92 SPO i in. przeciwko Komisji [1995] ECR II-289, paragraf 74). W konsekwencji Komisja ma obowiązek zdefiniowania rynku w decyzji wydanej na podstawie art. 85 Traktatu, jeżeli bez takiej definicji nie jest możliwe ustalenie, czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorców lub uzgodniona praktyka może wpływać na handel między państwami członkowskimi, a jej celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji w ramach wspólnego rynku (połączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 European Night Services i in. Przeciwko Komisji [1998] ECR II-3141, pkt 93-95 i 105).”)



porozumienia na konkurencję jest oczywisty i przejawia się przede wszystkim podwyższeniem cen, po jakich zamawiający nabywali usługi. Wartość, o jaką cena zamówienia została podwyższona na skutek celowego działaniem uczestników porozumienia stanowi z jednej strony szkodę dla zamawiającego związaną z naruszeniem regulacji antymonopolowych, a z drugiej strony korzyści, jakie uczestnicy porozumienia odnieśli w związku z uczestnictwem w porozumieniu.

Przy okazji rozważań dotyczących rynku właściwego Prezes Urzędu dokonał analizy porozumienia w kontekście możliwości wywierania przez nie wpływu transgranicznego. Ustalenie istnienia takiego wpływu uzasadniałoby zastosowanie, obok prawa krajowego, prawa unijnego. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z dnia 4 stycznia 2003 r. nr L 1) w celu zapewnienia skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji wynikających z TFUE organy ochrony konkurencji oraz sądy państw członkowskich UE zostały zobowiązane do stosowania art. 101 TFUE w sytuacji, gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE. W ocenie Prezesa Urzędu analizowane porozumienie nie spełniało przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi UE. Taka ocena uwzględnia takie czynniki jak charakter porozumienia, charakter produktów nim objętych oraz pozycję i znaczenie uczestników porozumienia. Jeżeli chodzi o charakter porozumienia, to Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że, w niniejszej sprawie, zasady działania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert, na którym oparte było porozumienie, nie utrudniały przedsiębiorcom spoza Polski dostępu do rynku krajowego. Odnośnie do charakteru produktu, tj. usług hostingu i kolokacji serwerów uwzględniono, że ze względów praktycznych mało prawdopodobne jest, aby zamawiający przedmiotowe usługi decydowali się na skorzystanie z centrum danych zlokalizowanych poza terytorium kraju. Klienci centrum danych mają m.in. zapewnione prawo dostępu do kolokowanego sprzętu w celu sprawdzenia warunków jego przechowywania. Ulokowanie sprzętu serwerowego w centrum danych poza granicami kraju utrudniałoby realizację tego uprawnienia. Takie spostrzeżenie po stronie podaźowej potwierdza brak udziału w analizowanych przetargach przedsiębiorców spoza Polski. Prezes Urzędu uwzględnił także pozycję rynkową uczestników porozumienia, która nie jest silna. Spośród stron postępowania jedynie Infomex należy do grona kilkunastu znaczących przedsiębiorców oferujących w Polsce usługi hostingu i kolokacji serwerów. Aktywność pozostałych uczestników porozumienia w sektorze publicznym na omawianym rynku właściwym ograniczała się do trzech przetargów omówionych w niniejszej decyzji.

„Zmowa przetargowa” - definicja

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są znowami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:



- 1) zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami;
- 2) celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
- 3) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

Należy przy tym wyjaśnić, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona zmowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zawiązujących się prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie „*przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania (...) lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się*”². Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej w razie uzgodnienia co do nie uczestniczenia określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum³.

Status przedsiębiorców

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2168, z późn. zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 i art. 2 ww. ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą. Strony niniejszego postępowania antymonopolowego prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą, posiadają zatem status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W konsekwencji są oni również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 6/09

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15



Forma porozumienia

Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się: 1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, 3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że pomiędzy przedsiębiorcami istniało porozumienie w formie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Taki wniosek wynika przede wszystkim z dowodów uzyskanych w toku przeszukania. Przedsiębiorcy dokonywali uzgodnień w bezpośrednich rozmowach telefonicznych i z wykorzystaniem komunikatora internetowego Skype, w korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną oraz w wiadomościach SMS.

Metody udowodnienia zmowy

W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreśla się, że: *„wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przestankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”*⁴.

Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, w odniesieniu do porozumień cenowych, że *„mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”*⁵.

W celu wykazania zmowy przetargowej możliwe jest stosowanie przez Prezesa Urzędu reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy

⁴ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XVII AmA 117/05

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06



z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 155), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Analogiczne zasady wynikają z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, w którym wielokrotnie wyrażany był pogląd o tym, że skoro zakaz udziału w antykonkurencyjnych porozumieniach oraz sankcje, które grożą podmiotom naruszającym prawo, są powszechnie znane, to normalne jest, iż działania, które te porozumienia obejmują takie jak spotkania odbywają się potajemnie, a dokumentacja z nimi związana jest ograniczona do minimum. Nawet jeżeli zostaną wykryte dokumenty świadczące o bezprawnym działaniu przedsiębiorców, to będą one zazwyczaj jedynie fragmentaryczne i odosobnione. Dlatego często będzie konieczna rekonstrukcja niektórych elementów w drodze dedukcji. W większości przypadków istnienie niedozwolonego porozumienia musi być wywnioskowane na podstawie szeregu zbieżnych okoliczności oraz przesłanek, które rozpatrywane łącznie mogą stanowić, w braku innego możliwego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁶.

Taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Zebrany w postępowaniu materiał dowodowy zawiera wiele szczegółowych informacji o przebiegu współpracy Infomex z Nabino i NETcom w ww. przetargach. Część zdarzeń oraz ich znaczenie musi być jednak rekonstruowana w oparciu o zasady logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego na podstawie fragmentarycznych informacji. Ta fragmentaryczność wynika przy tym z różnych okoliczności, spośród których można wskazać trzy zasadnicze. Po pierwsze, część uzgodnień dokonywana była jedynie ustnie w rozmowach telefonicznych. Przykładowo, bezpośrednio przed cytowaną już wymianą wiadomości SMS pomiędzy [Pracownik2 Infomex] a [Członek zarządu Nabino] rozpoczynającej się od zdania: „Potrzebuję złożyć ofertę do Umwm jak 4 lata temu” [Pracownik2 Infomex] próbował potączyć się z [Członek zarządu Nabino] telefonicznie. [Członek zarządu Nabino] był jednak w tym czasie na spotkaniu. Wymiana wiadomości SMS miała zatem miejsce jedynie dlatego, że [Członek zarządu Nabino] nie mógł odebrać telefonu. Po drugie, część korespondencji e-mail pomiędzy przedstawicielami Infomex, Nabino i NETcom mogła zostać usunięta przed przeprowadzeniem przeszukania. Potwierdza to chociażby wymiana wiadomości SMS pomiędzy [Prokurent Infomex] a [Członek zarządu Nabino] o następującej treści: [Prokurent Infomex]: „Usuń proszę te ostatnie maile, jutro Ci powiem o co kaman”, [Członek zarządu Nabino]: „Są tylko na naszych serwerach”, [Prokurent Infomex]: „Niech nie będzie nigdzie”, [Członek zarządu Nabino]: „Done [ang. „Zrobione”]. Dobranoc”. Rozmowa ta miała miejsce w dniu 30 października 2012 r., tj. w dniu otwarcia ofert w przetargu przeprowadzonym przez UMWM. Po trzecie, przeszukanie zostało przeprowadzone jedynie w siedzibach Infomex i Nabino, w związku z czym informacje o współpracy tych przedsiębiorców są znacznie obszerniejsze niż o współpracy Infomex z NETcom.

⁶ Wyrok w sprawie Knauf Gips KG przeciwko Komisji, C-407/08 P, pkt 49, wyrok w sprawach potączonych Aalborg Portland i inni przeciwko Komisji, pkt 55-57



Odnosząc się do podniesionego przez Infomex argumentu, że przedmiotowe postępowanie ma w istocie charakter poszlakowy, należy wskazać, iż w materiale dowodowym sprawy zostały zgromadzone nie tylko dowody pośrednie, ale i bezpośrednie. Dowodami o takim charakterze są zabezpieczone w trakcie przeszukania wiadomości e-mail, a w szczególności dotycząca przetargu przeprowadzonego przez CKE korespondencja prowadzona pomiędzy [Pracownik2 Infomex] a [Członek zarządu Nabino], która stanowi bezpośredni dowód na okoliczność uzgodnienia przez Infomex i Nabino złożenia niekompletnej oferty oraz sposobu uzupełnienia oferty, a zatem uzgodnienia w przedmiocie wycofania oferty. To zagadnienie zostało szerzej przedstawione w dalszej części uzasadniania.

Mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

Zasada działania

Zebrane w sprawie dowody zdaniem Prezesa Urzędu wskazują, że strony postępowania realizowały jeden z mechanizmów zmowy przetargowej nazywany w doktrynie prawa konkurencji „rozstawianiem i wycofywaniem ofert”. Oferty Infomex, Nabino i NETcom były „rozstawiane”, tj. oferowane w nich ceny były odpowiednio różnicowane, a następnie po otwarciu ofert, gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę była wycofywana.

Skuteczne zastosowanie metody rozstawiania i wycofywania ofert warunkuje szczególny układ ofert w klasyfikacji, w którym oferty uczestników zmowy muszą zająć pierwsze i bezpośrednio kolejne miejsca. Tylko taki układ ofert w klasyfikacji umożliwia, w przypadku wycofania oferty zawierającej niższą cenę, uzyskanie przez zamawiających się dodatkowych korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia za wyższą cenę. Przedzielenie ofert zamawiających się ofertą wykonawcy nie będącego uczestnikiem zmowy oznacza, że wycofanie oferty nie może zostać zrealizowane, gdyż spowodowałoby uzyskanie zamówienia przez podmiot spoza kręgu zamawiających się.

Układ ofert w klasyfikacji umożliwiający podwyższenie ceny zamówienia przy zapewnieniu jego uzyskania przez innego uczestnika zmowy wystąpił w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r. w zakresie ofert Nabino i NETcom oraz w przetargu przeprowadzonym przez tego samego zamawiającego w 2015 r. W pierwszym przetargu oferta Nabino zajęła pierwszą pozycję, a oferta NETcom drugą. W kolejnym przetargu pozycje tych przedsiębiorców były odwrotne. W obydwu przypadkach oferta zawierająca niższą cenę została wycofana. W ocenie Prezesa Urzędu wycofanie tych ofert było działaniem uzgodnionym i zaplanowanym.

Omawiany rozkład ofert nie wystąpił natomiast w przetargu przeprowadzonym przez CKE oraz w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r. w zakresie oferty NETcom i Infomex. W przetargu CKE oferty Nabino i NETcom zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1 oraz 4 i zostały przedzielone dwiema „obcymi ofertami”. W przetargu UMWM oferta Infomex zajęła 4 pozycję i została w klasyfikacji ofert oddzielona od ofert Nabino (pozycja pierwsza) i NETcom (pozycja druga) ofertą przedsiębiorcy nie będącego uczestnikiem porozumienia. W powyższych przypadkach nie doszło do wycofania ofert. W ocenie Prezesa Urzędu, w razie wystąpienia oczekiwanego przez zamawiających się układu



ofert w klasyfikacji, doszłoby także do wycofania ww. ofert (tj. Nabino w przetargu CKE i NETcom w przetargu UMWM z 2012 r.). Tym samym w przetargu przeprowadzonym przez UMWM 2012 r. najdalej idący, najkorzystniejszy dla zmwiających się scenariusz zakładał wycofanie dwóch ofert (Nabino i NETcom) i doprowadzenie w ten sposób do wyboru zawierającej najwyższą cenę oferty Infomex. W ocenie Prezesa Urzędu brak wycofania ofert w omawianych przypadkach należy tłumaczyć tym, że spowodowałyby to uzyskanie zamówienia przez podmiot spoza grona uczestników zmwowy.

Odmowa przedłużenia związania ofertą

W kontekście mechanizmu wycofywania ofert warto omówić okoliczność dotyczącą przedłużenia związania ofertą, jaka wystąpiła w przetargu przeprowadzonym przez CKE. Zamawiający po ogłoszeniu wyników przetargu wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą o 60 dni, co wiązało się również z przedłużeniem okresu ważności wadium. Wszyscy wykonawcy za wyjątkiem NETcom, którzy nadal uczestniczyli w postępowaniu przetargowym (tj. którzy nie zostali wykluczeni lub których oferty nie zostały odrzucone), wyrazili taką zgodę. NETcom przesłał zamawiającemu e-mail w którym wskazał, że nie wyraża zgody na przedłużenie związania ofertą i wnosi o zwrot wpłaconego wadium w wysokości 17 500 zł. W ocenie Prezesa Urzędu takie działanie NETcom było związane z układem ofert NETcom i Nabino w klasyfikacji. Zostały one przedzielone dwoma „obcymi” ofertami. Oznacza to, że nie wystąpiły warunki mogące pozwolić na uzyskanie dodatkowych korzyści w przypadku wycofania tańszej oferty. Na tym etapie postępowania przetargowego Infomex posiadał już wiedzę, że oferta Nabino nie zostanie wycofana. Tym samym dalszy udział NETcom w przetargu nie był potrzebny, a odmowa przedłużenia okresu związania ofertą umożliwiała NETcom szybsze odzyskanie wpłaconego wadium. Prezes Urzędu rozważył, czy działania NETcom można uzasadniać wyłącznie tą ostatnią okolicznością (wcześniejsze odzyskanie wadium) i ocenia to jako mało prawdopodobne. W oderwaniu od okoliczności przedmiotowej sprawy nie jest wykluczone, że takie działanie przedsiębiorcy byłoby racjonalne. Przedsiębiorca mógłby uznać, że w związku z zajęciem odległego miejsca w klasyfikacji ofert nie ma realnej szansy na uzyskanie zamówienia i chcąc wcześniej odzyskać wadium odmawia wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. W kontekście przedmiotowego przetargu należy jednak zwrócić uwagę, że ww. zgodę wyraził każdy z pozostałych wykonawców, w tym ci, którzy w klasyfikacji ofert zajęli miejsca dalsze niż NETcom. Było to zatem zachowanie najbardziej adekwatne w warunkach omawianego przetargu. Odmowa przedłużenia związania ofertą była zaś wyjątkiem, zachowaniem nietypowym. Czwarta pozycja NETcom w klasyfikacji pozostawiała przy tym pewną szansę na uzyskanie zamówienia w przypadku rezygnacji z dalszego udziału w przetargu (np. poprzez niewyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą) wyprzedzających go przedsiębiorców. Udział w niedozwolonym porozumieniu spowodował jednak, że taka niepewność co do zachowania Nabino nie istniała.

Metoda wycofywania ofert

Stosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania ofert było ich nieprawidłowe uzupełnianie na wezwanie zamawiającego. Pierwotnie składane przez przedsiębiorców oferty nie zawierały aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z podatkami albo aktualnego zaświadczenia



właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Po otwarciu ofert i uzyskaniu wiedzy o cenach zaproponowanych przez innych wykonawców, przedsiębiorcy podejrzewani o działanie w ramach zмовy, na wezwanie zamawiającego, uzupełniali swoje oferty, w zależności od układu ofert w klasyfikacji, o prawidłowe (aktualne) zaświadczenia albo nieprawidłowe (nieaktualne) zaświadczenia. Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika, że przedsiębiorcy w każdym przypadku dysponowali aktualnym zaświadczeniem. Oferta tego z przedsiębiorców podejrzewanych o udział w zмовie, który proponował najwyższą cenę, była zawsze kompletna. W przetargu przeprowadzonym przez CKE niekompletna była tańsza oferta Nabino, a kompletna droższa oferta NETcom. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r. kompletna była jedynie zawierająca najwyższą cenę oferta Infomex, zaś tańsze od niej oferty Nabino i NETcom były niekompletne. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. kompletna była droższa oferta Nabino, zaś tańsza oferta NETcom była niekompletna.

Szczególna sytuacja wystąpiła w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r., w którym zamawiający wezwał NETcom do złożenia - obok aktualnego zaświadczenia ZUS - wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższa okoliczność mogła nie być przewidziana przez przedsiębiorców i wpłynąć na zmianę ich planów co do sposobu wycofania oferty. NETcom uzupełnił ofertę o prawidłowe zaświadczenie, ale jednocześnie poinformował, że cena w ofercie została omyłkowo zaniżona i nie gwarantuje prawidłowego wykonania umowy. Udzielenie takich wyjaśnień spowodowało odrzucenie oferty NETcom. W ocenie Prezesa Urzędu pierwotną intencją zamawiających się było wycofanie oferty NETcom poprzez przestanie na wezwanie UMWM nieaktualnego zaświadczenia. Ostatecznie jednak do wycofania oferty został wykorzystany fakt wezwania NETcom przez zamawiającego do przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny. Taki sposób wycofania oferty mógł być korzystniejszy dla przedsiębiorców, gdyż zapewniał ochronę wadium i dodatkowo uwiarygadniał działania NETcom - skoro to sam zamawiający powziął wątpliwość odnośnie zaoferowanej przez NETcom ceny to wystarczające było potwierdzenie, że wątpliwości UMWM są zasadne, a cena została błędnie skalkulowana.

Błąd w wycenie usługi przez NETcom jako przyczyna wycofania oferty

Prezes Urzędu dokonał analizy przedstawionego przez Infomex najbardziej prawdopodobnego - zdaniem tego przedsiębiorcy - powodu wycofania oferty przez NETcom w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. W ocenie Infomex NETcom ewidentnie pomylił się w wycenie usługi, gdyż złożył ofertę z ceną niższą od oferty, którą otrzymał od Infomex. Infomex wskazał przy tym, że ze zgromadzonych w trakcie przeszukania dowodów wynika, iż Nabino oraz NETcom otrzymali od Infomex podobne oferty cenowe.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że istnieją poważne wątpliwości, jaką ofertę Infomex faktycznie złożył NETcom. W trakcie przeszukania w siedzibie Infomex pozyskano bowiem ofertę OŻ/001393/15 od Infomex dla Nabino oznaczoną datą 13.08.2015 r. na usługę [§<] zawierającą cenę [§<] zł. Natomiast przeszukanie skrzynki poczty elektronicznej [Prokurent Nabino] pozwoliło na ustalenie, że w dniu 13 sierpnia 2015 r. [Pracownik2 Infomex] przesał [Prokurent Nabino] pocztą e-mail plik w formacie PDF stanowiący ofertę oznaczoną takim samym symbolem (OŻ/001393/15), taką samą datą (13.08.2015r.)



i dotyczącą tej samej usługi, lecz zawierającą inną cenę. W ofercie przesłanej pocztą e-mail wskazano jako opłatę miesięczną cenę [x] zł, a zatem za cały okres świadczenia usługi [x] zł.

Kwestia ceny, jaką Infomex zaoferował Nabino została poruszona także w korespondencji e-mail z dnia 14 października 2015 r. stanowiącej negocjacje wysokości prowizji dla Nabino. [Członek zarządu Nabino] argumentował w niej, że: „Ofertę od was [przyp. UOKiK: Infomex] dostaliśmy na [x] pln, co przy różnicy w ofercie dawaliśmy [x] netto (...)”. Nie powinno być zatem wątpliwości, że taka właśnie oferta (a zatem zawierająca cenę niższą niż w ofercie pozyskanej w trakcie przeszukania w siedzibie Infomex) została złożona Nabino przez Infomex. W tej sytuacji istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że również NETcom otrzymał od Infomex ofertę z ceną inną niż ta zawarta w ofercie pozyskanej w trakcie przeszukania siedziby Infomex. Jeżeli Infomex zaproponował NETcom taką samą (lub podobną) cenę co Nabino, to oznacza to, że NETcom złożył UMWM ofertę zawierającą cenę wyższą od ceny zaoferowanej mu przez Infomex.

Taką sytuację uprawdopodobnia okoliczność, że popełnienie przez NETcom omyłki polegającej na zaoferowaniu zamawiającemu ceny istotnie niższej od ceny zawartej w ofercie podwykonawczej należy uznać za wyjątkowo mało prawdopodobne. W tej sytuacji nie chodziło o błąd w kalkulacji wysokości prowizji czy wyceny usług NETcom, lecz o zaoferowanie ceny poniżej znanych NETcom kosztów podwykonawstwa, określonych wprost w ofercie otrzymanej od Infomex.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, iż rzeczywiste rozliczenia pomiędzy Infomex a Nabino i NETcom mogły nie opierać się na powyższych ofertach. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności.

Negocjacje pomiędzy Infomex a Nabino odnośnie wysokości prowizji dla Nabino związanej z przetargiem UMWM z 2015 r. były prowadzone już po rozstrzygnięciu tego przetargu, tj. w dniach 14 i 15 października 2015 r. W ich toku [Członek zarządu Nabino] próbując uzyskać satysfakcjonującą go prowizję wskazywał, że „Ofertę od was [przyp. UOKiK: Infomex] dostaliśmy na [x] pln, co przy różnicy w ofercie dawaliśmy [x] netto, myślę sobie dobra. Gdzieś tam jesteśmy sensownie uwzględnieni przy normalnych stawkach, lecimy. A po otwarciu nagle okazuje się, że nie jesteśmy uwzględnieni”. Z kolei [Członek zarządu Infomex] sugerował [Członek zarządu Nabino], żeby ten „nie robił cyrków i że następnym razem wpiery ustalą warunki a potem będą robić nie na odwrót”.

Już powyższy wyimek negocjacji wskazuje, że nie ograniczały się one jedynie do korekty kwoty zawartej w ofercie Infomex dla Nabino, lecz w istocie prowadzone były od początku, a cena zawarta w ofercie Infomex dla Nabino nie stanowiła ich punktu wyjścia. Ostatecznie Nabino uzyskało prowizję w wysokości jedynie [x] ceny zamówienia, a zatem znacznie mniej od kwoty stanowiącej różnicę ceny zawartej w ofercie Nabino dla UMWM oraz ofercie Infomex dla Nabino (1 580 796 zł - [x] zł = [x] zł, tj. około [x]% ceny zamówienia).

Jeżeli oferta Infomex dla Nabino byłaby traktowana przez strony jako wiążąca, to powyższe negocjacje zasadniczo nie powinny mieć miejsca. Usługa Infomex na rzecz Nabino byłaby wykonywana po cenie wynikającej z oferty Infomex, zaś prowizja doliczona przez Nabino do ceny zawartej w ofercie Infomex stanowiłaby jego wynagrodzenie bez konieczności dokonywania jakichkolwiek uzgodnień.



Rozbieżność pomiędzy prowizją wynikającą z porównania ceny zawartej w ofercie Infomex i ofercie przetargowej a faktyczną prowizją uzyskaną przez wykonawcę mogła dotyczyć także przetargu przeprowadzonego przez UMWM w 2012 r. Wskazuje na to fragment ww. negocjacji pomiędzy Infomex a Nabino, w którym [Członek zarządu Infomex] próbując przekonać [Członek zarządu Nabino] do proponowanego wynagrodzenia stwierdził, że „3 lata inna firma dostawała [§<] zł m-c i się cieszyła. Masz obrót przepływ kasy i referencje plus za nic [§<]”. [Członek zarządu Infomex] bez wątplenia odnosił się w tym zdaniu do zamówienia udzielonego przez UMWM w 2012 r., zaś „inna firma” to NETcom. Z porównania ceny zawartej w ofercie Infomex dla NETcom z 2012 r. oraz oferty NETcom dla UMWM może wynikać, że NETcom doliczył do ceny zaoferowanej mu przez Infomex [§<] zł brutto własnej prowizji (1 726 920 zł - [§<] zł). Z powyższego e-maila wynika natomiast, że NETcom za pełnienie funkcji formalnego wykonawcy otrzymywał jedynie [§<] zł netto miesięcznie, tj. łącznie [§<] zł netto w ciągu 36 miesięcy wykonywania usługi. Kwota podana przez [Członek zarządu Infomex] jest przy tym prawdopodobnie prawdziwa. Wskazują na to comiesięczne przelewy NETcom na rzecz Infomex wykonywane w trakcie realizacji zamówienia udzielonego przez UMWM w 2012 r. tytułem wynagrodzenia za usługi podwykonawcy. Były to kwoty [§<] zł brutto (np. faktura VAT FŻ/002465/15 z dnia 12 sierpnia 2015 r. Z kolei miesięczne płatności, jakie UMWM zobowiązany był realizować na rzecz NETcom z tytułu świadczenia zamówionej usługi wynosiły 47 970 zł (1 726 920 zł/36 miesięcy). Różnica między tymi kwotami wynosi [§<] zł brutto, a więc dokładnie [§<] zł netto.

Konkludując powyższe rozważania należy wskazać, że rzekomy błąd NETcom w wycenie usługi nie był faktyczną przyczyną wycofania oferty NETcom w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. W ocenie Prezesa Urzędu nie doszło do omyłki w tym zakresie. Najbardziej prawdopodobną przyczyną złożenia przez NETcom oferty zawierającej cenę niższą od ceny zawartej w ofercie pozyskanej w trakcie przeszukania w siedzibie Infomex jest to, że Infomex nie przesłał NETcom tej oferty, lecz inną, zawierającą niższą cenę. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje ponadto, że faktyczne rozliczenia między stronami mogły nie opierać się na tych ofertach.

Uzgodnienie w sprawie wycofania oferty w przetargu CKE - dowód bezpośredni

Bezpośrednich dowodów na celowe i uzgodnione z Infomex złożenie przez Nabino niekompletnej oferty w przetargu przeprowadzonym przez CKE, a następnie uzgodnienie przez tych przedsiębiorców sposobu uzupełnienia oferty, dostarczyło przeszukanie skrzynki poczty elektronicznej [Członek zarządu Nabino]. Dowód w tym zakresie stanowi korespondencja e-mail pomiędzy [Pracownik1 Infomex] a [Członek zarządu Nabino] prowadzona w trakcie trwania postępowania przetargowego. W ramach tej korespondencji [Pracownik1 Infomex] przesłał [Członek zarządu Nabino] gotową ofertę, jaką Nabino miało złożyć CKE, tj. wypełniony „Formularz Oferty/Formularz Cenowy” wraz z załącznikami. Na 11 stronie tej oferty znajduje się treść: „[Tutaj zaświadczenie Urzędu Skarbowego ale nieaktualne!]”. Dla słów „ale nieaktualne!” został ustawiony czerwony kolor czcionki. Już po otwarciu przez zamawiającego ofert, kiedy przedsiębiorcy mieli wiedzę o układzie ofert w klasyfikacji, [Pracownik1 Infomex] przesłał [Członek zarządu Nabino] wiadomość e-mail, w której wskazał: „[Członek zarządu Nabino] jak wezwą do uzupełnienia (ZUS czy US nie pamiętam co było za stare) - to uzupełnijcie prawidłowo - tym ważnym na dzień składania ofert. Ok?”.



Ryzyko zatrzymania wadium

W każdym z trzech analizowanych w niniejszej sprawie postępowań przetargowych zostało zastrzeżone wadium. Stosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert może wiązać się z ryzykiem zatrzymania przez zamawiającego wadium. Wobec powyższego Prezes Urzędu dokonał oceny racjonalności (opłacalności) analizowanego porozumienia w kontekście ryzyka zatrzymania wadium.

W przypadku postępowań przetargowych, w których zamawiający zastrzega wniesienie wadium, a mechanizm zmowy obejmuje działania, które umożliwiają zamawiającemu zatrzymanie wadium, korzyść jaką mogą odnieść uczestnicy niedozwolonego porozumienia, stanowi różnica zaoferowanych przez nich cen pomniejszona o kwotę wadium (w przypadku zatrzymania wadium przez zamawiającego). Jeżeli wysokość wadium przewyższa różnicę zaoferowanych cen, to uczestnicy zmowy nie uzyskają żadnych korzyści związanych z udziałem w znowie. Taka sytuacja, ze względu na brak ekonomicznego uzasadnienia, może wskazywać na inne przyczyny wycofania oferty niż zamiar doprowadzenia do wyboru droższej oferty innego uczestnika przetargu. Z tego względu ryzyko zatrzymania wadium może mieć istotne znaczenia dla oceny zachowań przedsiębiorców podejrzanych o działanie w ramach zmowy przetargowej i racjonalności ewentualnie zawartego porozumienia.

Poziom ryzyka utraty wadium uzależniony jest od stosowanej metody wycofania ofert. W przypadku odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego zatrzymanie wadium jest obligatoryjne (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm., zwanej dalej: „PZP”). Z tego względu w praktyce uczestnicy zmów przetargowych zazwyczaj stosują inne metody wycofywania ofert, w szczególności nieprawidłowe uzupełnienie oferty na wezwanie zamawiającego. Taka metoda była stosowana w przedmiotowej sprawie.

Zagadnienie zatrzymania wadium w przetargu nieograniczonym w przypadku niezpełnienia lub nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uregulowane w art. 46 ust. 4a PZP. Przepis ten został wprowadzony do PZP ustawą nowelizującą z 2008 r. Cel regulacji następująco przybliży uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej: *„Istotna z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego jest propozycja zawarta w art. 46 ust. 4a. Wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. (...)”*⁷.

Od czasu wprowadzenia omawiany przepis był kilkakrotnie nowelizowany. W czasie przetargów przeprowadzonych w 2012 r. obowiązywał w brzmieniu „Zamawiający

⁷ Druk Nr 471 Sejmu RP VI kadencji



zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”, zaś w trakcie przetargu przeprowadzonego w 2015 r. w brzmieniu: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”.

Uregulowany w omawianym art. 46 ust. 4a PZP problem zatrzymania wadium z uwagi na nieuzupełnienie bądź nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywołał w doktrynie i orzecznictwie liczne rozbieżności, co przełożyło się na niejednorodną praktykę zamawiających. Decyzja w sprawie zatrzymania wadium w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia oferty jest podejmowana przez zamawiającego i zależy od jego oceny przyczyn wadliwego uzupełnienia oferty przez wykonawcę (czy „leżą one po jego stronie”). W praktyce nieprawidłowe uzupełnienie oferty na wezwanie zamawiającego może służyć jako metoda wycofania ofert pozwalająca na ograniczoną ochronę wadium. W przedmiotowej sprawie metoda okazała się skuteczna, gdyż w przetargach, w których doszło do wycofania oferty, wadium zostało zwrócone.

Niezależnie od powyższych rozważań należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie różnice cen w poszczególnych ofertach w każdym przypadku znacznie przewyższały zastrzeżone przez zamawiających wadium. W przetargu przeprowadzonym przez CKE różnica w cenie oferty NETcom i Nabino wynosiła 198 768 zł, podczas gdy wadium 17 500 zł, tj. ponad 10 razy mniej. Natomiast w przetargach przeprowadzonych przez UMWM w 2012 r. i 2015 r. różnica cen zawartych w drugiej i pierwszej ofercie (odpowiednio 314 388 zł i 256 824 zł) stanowiła ponad sześciokrotność wadium (odpowiednio 50 000 zł i 40 000 zł). W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r., w którym w ocenie Prezesa Urzędu zamiarem stron było, w razie wystąpienia sprzyjających okoliczności, wycofanie dwóch ofert i doprowadzenie w ten sposób, do wyboru zawierającej najwyższą cenę oferty Infomex, różnica w cenie najdroższej oferty Infomex i najtańszej oferty Nabino wynosiła 580 068 zł, zaś wadium 50 000 zł. Zatem nawet w przypadku zatrzymania wadium wniesionego przez Nabino oraz NETcom (łącznie 100 000 zł), korzyść związana z udziałem w przetargu w ramach umowy sześciokrotnie przewyższałaby straty związane z zatrzymaniem wadium.

Podsumowując niniejszy punkt uzasadnienia należy wskazać, że: (1) przedsiębiorcy stosowali metodę wycofywania ofert, która zmniejszała ryzyko zatrzymania wadium (choć nie eliminowała go) i (2) w każdym możliwym scenariuszu wycofania oferty korzyść, jaką przedsiębiorcy uzyskali lub mogli uzyskać znacznie przewyższała kwoty wadium, jakie mogły zostać utracone w związku z wycofywaniem ofert. Tym samym ryzyko zatrzymania wadium nie miało wpływu na racjonalność działania stron postępowania w warunkach umowy przetargowej opartej o mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert.



Rola Infomex w porozumieniu

Strony postępowania wskazały, że ich współpraca w poszczególnych przetargach inicjowana była przez Nabino i NETcom, które - niezależnie od siebie - zwracały się do Infomex z prośbą złożenia im oferty podwykonawczej. Ustalone w sprawie fakty nie potwierdzają takiego przebiegu zdarzeń. W szczególności przeczy temu wymiana wiadomości SMS pomiędzy [Pracownik2 Infomex] a [Członek zarządu Nabino] z dnia 5 sierpnia 2015 r. zaczynającą się od SMS [Pracownik2 Infomex] o treści „*Potrzebuję złożyć ofertę do Umwm tak jak 3 lata temu.*”. Ta rozmowa zainicjowała współpracę Infomex i Nabino w ramach przetargu UMWM przeprowadzonego w 2015 r. Zatem to pracownik Infomex jako pierwszy zwrócił się do [Członek zarządu Nabino] z propozycją współpracy. Późniejszy e-mail [Prokurent Nabino], zawierający informację o zamiarze udziału Nabino w tym przetargu oraz prośbę o wycenę zamawianej przez UMWM usługi stanowił następstwo ww. wymiany wiadomości SMS i nie był inicjatywą własną [Prokurent Nabino].

Podobny wniosek może wynikać z korespondencji e-mail [Pracownik2 Infomex] i [Członek zarządu Infomex] przeprowadzonej bezpośrednio po ukazaniu się ogłoszenia o przetargu UMWM w 2015 r. W świetle całokształtu okoliczności sprawy słowa [Członek zarządu Infomex] o tym, że „*(...) będziemy musieli do tego przesiąść i wymyśleć patent*” oraz, że po opublikowaniu przez UMWM pełnej specyfikacji zamówienia [Pracownik2 Infomex] ma „*dać cynk bo trza będzie tą lekturę przeczytać i podrapać się po głowie jaki zastosować manewr aby nie stracić klienta a jeszcze na tym dobrze zarobić*” w ocenie Prezesa Urzędu dotyczą właśnie taktyki ubiegania się o to zamówienie poprzez pośredników z wykorzystaniem mechanizmu wycofywania ofert.

Taki sam wniosek wynika z poniżej zacytowanych wyimków korespondencji e-mail pomiędzy [Pracownik2 Infomex] a [Członek zarządu Nabino] z dnia 14 października 2015 r. stanowiącej negocjacje wysokości wynagrodzenia przysługującego Nabino od Infomex:

[Pracownik2 Infomex]: „*Generalnie jest to prośba aby nam [Infomex] pomóc w temacie a nie czerpać z niego korzyści*”,

[Pracownik2 Infomex]: „*(...) myślałem o Tobie [przyp. UOKiK: [Członek zarządu Nabino], że jesteś facetem, któremu jak przyniosę temat to się ucieszy i pomoże koledze po fachu*”,

[Członek zarządu Nabino]: „*Pomóc pomogłem, zgłosiłeś się, złożyłem, nie robiłem żadnych fochów (...)*”.

Powyższe wskazuje, że Infomex był inicjatorem współpracy co najmniej w przetargu UMWM z 2015 r. To Infomex „*zgłosił się*” do Nabino i „*przyniósł temat*” temu przedsiębiorcy. [Członek zarządu Nabino] stwierdzając, że [Pracownik2 Infomex] „*zgłosił się*” niewątpliwie miał na myśli cytowaną już w niniejszej decyzji wymianę wiadomości SMS, w której reprezentant Infomex wyraził potrzebę złożenia oferty do UMWM.

Zasady logiki i doświadczenia życiowego wskazują, że współpraca w pozostałych przetargach, tj. UMWM z 2012 r. i CKE miała takie same początki. Wskazuje na to fakt, że to Infomex był głównym beneficjentem współpracy z Nabino i NETcom nakierowanej na manipulowanie procedurą przetargową w celu podwyższenia ceny zamówienia. Przykładowo w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. wycofanie oferty przez NETcom skutkowało podwyższeniem ceny zamówienia o 256 824 zł brutto. Jak już wyjaśniono,



prowizja dla Nabino za pełnienie funkcji wykonawcy miała wynieść jedynie [§<] ceny zamówienia. Oznacza to, że pozostała kwota stanowiła dodatkową korzyść dla Infomex wynikającą z udziału w niedozwolonym porozumieniu. Podobna sytuacja miała miejsce w przetargu UMWM przeprowadzonym w 2012 r., w którym wycofanie oferty przez Nabino skutkowało podwyższeniem ceny o 314 388 zł brutto. Jak już wyjaśniono prowizja NETcom wyniosła [§<] zł brutto ([§<] zł x 36 miesięcy), zaś pozostała kwota stanowiła dodatkową korzyść Infomex.

Wykazywanie przez Infomex większej aktywności w zawarciu i realizacji porozumienia w porównaniu do pozostałych uczestników mogło być związane ze specyficzną pozycją Infomex względem Nabino i NETcom. Infomex w każdym z analizowanych przetargów został wskazany w ofertach tych przedsiębiorców jako kompleksowy podwykonawca i podmiot udzielający zasoby. Infomex jako jedyny posiadał infrastrukturę niezbędną do wykonania zamówienia, tj. centrum danych. Z tego względu po uzyskaniu zamówienia przez Nabino lub NETcom były one w całości realizowane przez Infomex.

Z ustalonych faktów wynika, że Infomex pełnił rolę lidera zmywy, który koordynował działania pozostałych uczestników porozumienia, opracowywał dla nich gotowe do złożenia zamawiającym oferty przetargowe i przekazywał wytyczne dotyczące działania po otwarciu ofert. W tym zakresie należy szczególną uwagę zwrócić na powoływaną już korespondencję [Pracownik1 Infomex] z [Członek zarządu Nabino] w trakcie postępowania przetargowego przeprowadzonego przez CKE. Załączona do tej korespondencji oferta dla Nabino zawierała informację, aby dołączyć do niej nieaktualne zaświadczenie ZUS. Natomiast po otwarciu ofert przez zamawiającego, gdy Infomex posiadał wiedzę o rozkładzie ofert w klasyfikacji, [Pracownik1 Infomex] przestał [Członek zarządu Nabino] prośbę, aby ten na wezwanie zamawiającego uzupełnił ofertę prawidłowo.

Infomex był do tego stopnia zainteresowany udziałem Nabino i NETcom w przetargach, że przekazał (pożyczył) Nabino środki na zapłatę wadium wymaganego w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r.

Ustalone okoliczności wskazują, że Infomex przygotowywał dla Nabino i NETcom oferty przetargowe, które po uzupełnieniu o „dokumenty firmowe” (zaświadczenie z ZUS i US, odpis KRS, informacja z KRK) mogły zostać złożone zamawiającym. Bezpośrednio wskazuje na to przesłanie przez [Pracownik1 Infomex] [Członek zarządu Nabino] pocztą e-mail dokumentu o nazwie „*oferta Nabino*” stanowiącego gotową ofertę, jaką Nabino złożyło w przetargu CKE. Ostatecznie złożona przez Nabino w tym przetargu oferta zawierała wyższą cenę od tej zawartej w ofercie przesłanej przez [Pracownik1 Infomex]. Wytłumaczenie tego faktu wynika z treści jego e-maila, w którym wskazał: „*doślę wypełnioną tabelę opisu przedmiotu zamówienia oraz aktualizację cen, dlatego jeszcze nie drukujcie*”.

Taka sytuacja najprawdopodobniej powtórzyła się w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r. [Pracownik2 Infomex] w dniu 13 sierpnia 2015 r. przestał [Prokurent Nabino] e-mail z załączonym archiwum ZIP o nazwie „*nabino*”, które zawiera łącznie cztery pliki: trzy dokumenty Microsoft Word o nazwach „*koperta*”, „*oferta-umwm-nabino*” i „*siwz*” oraz jeden plik tekstowy w formacie txt o nazwie „*instrukcja*”. Jak już wyjaśniono, ze względu na nieustalenie hasła poszczególne pliki nie zostały otwarte. Jednak w świetle ustalonych faktów w ocenie Prezesa Urzędu uprawniony jest wniosek, że plik „*oferta-umwm-nabino*”



miął podobny charakter co plik „oferta Nabino” przesłany Nabino w 2012 r. na potrzeby przetargu CKE, czyli była to uzupełniona i gotowa do złożenia UMWM oferta przetargowa. Taki wniosek wzmacnia prośba [Pracownik2 Infomex] do [Prokurent Nabino] z dnia 10 sierpnia 2015 r. o „przesłanie papieru firmowego” Nabino, w odpowiedzi na którą [Prokurent Nabino] przesłał [Pracownik2 Infomex] e-mail z załączonym plikiem „papier firmowy.docx.”. Z tych faktów wynika oczywisty wniosek, że [Pracownik2 Infomex] przygotował Nabino gotową ofertę dla UMWM, a jego działania były tak daleko idące, że obejmowały nawet zamieszczenie poszczególnych dokumentów wchodzących w skład ofert na papierze firmowym Nabino.

Na przygotowanie ofert przez Infomex dla NETcom wskazuje w szczególności fakt, że przesłane przez [Pracownik2 Infomex] [Prokurent Nabino] w 2015 r. oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy zostało sporządzone na papierze firmowym NETcom, zaś w miejscu, w którym należało wpisać miejscowość (miejsce) i datę złożenia oświadczenia wpisano „Kielce, dnia 17.08.2015 r.”. Wskazuje to, że plik zawierający to oświadczenie został pierwotnie przygotowany przez [Pracownik2 Infomex] dla NETcom, a następnie przesłany Nabino, które miało go dostosować do własnej oferty poprzez zmianę papieru firmowego oraz miejsca i daty złożenia oświadczenia (Nabino zmieniło jedynie papier firmowy, zaś słowa „Kielce, dnia 17.08.2015 r.” nie zostały zmienione). Z powyższego faktu można wyprowadzić wniosek, że pozostała część oferty przetargowej NETcom również została przygotowana przez Infomex.

Powyżej wskazane fakty (większa aktywność Infomex w zawarciu i realizacji porozumienia, jego organizowanie oraz koordynacja działań pozostałych uczestników, jak również faktyczna dostawa zamawianych usług przez Infomex) sprawiają, iż to, że Infomex w niektórych przetargach występował wyłącznie w charakterze podwykonawcy Nabino i NETcom nie składając własnej oferty przetargowej nie ma wpływu na zakres podmiotowy porozumienia lub sposób ograniczenia konkurencji. Fakt, że Infomex był w każdym przypadku podwykonawcą Nabino i NETcom oraz faktycznym dostawcą usług wprowadza do porozumienia dodatkowo element wertykalny, jednak nie zmienia jego charakteru, tj. ograniczenia konkurencji pomiędzy konkurentami w postępowaniach przetargowych, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów.

Prawnej oceny i kwalifikacji współpracy stron postępowania jako porozumienia ograniczającego porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o horyzontalnym charakterze (skutku) nie zmienia także to, że nie wykazano istnienia bezpośrednich kontaktów pomiędzy Nabino i NETcom. Dla wystąpienia horyzontalnego skutku porozumienia nie jest konieczne dokonywanie uzgodnień bezpośrednio przez wszystkich uczestników porozumienia. W przedmiotowej sprawie o horyzontalnym charakterze (skutku) porozumienia decydują nie bezpośrednio ustalenia, lecz ustalenia pośrednie w postaci koordynacji działań Nabino i NETcom przez Infomex.

Konkludując powyższe należy wskazać, że całokształt przedstawionych powyżej faktów i ich ocena wskazuje na zawarcie przez Infomex, Nabino i NETcom zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.



W opisanych przetargach strony postępowania występowały jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące, które w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz za pośrednictwem Infomex koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Celem porozumienia Infomex, Nabino i NETcom było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych - o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu - poprzez wygranie przetargów, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Stosowanie przez przedsiębiorców metody rozstawiania i wycofywania ofert umożliwiało im pozyskiwanie zamówień po cenie wyższej niż w przypadku braku porozumienia.

Jedno naruszenie

W ocenie Prezesa Urzędu uzgodnienia i działania podejmowane przez przedsiębiorców we wszystkich trzech przetargach stanowią przejawy jednego naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Kluczowa dla takiej kwalifikacji jest wypracowana w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej koncepcja jednego i ciągłego naruszenia („single continuous infringement”). Koncepcja ta zakłada, że w zмовach trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji, uprawnione jest przyjęcie, iż stanowią one jedno, ciągłe naruszenie. Omawiane rozwiązanie pozwala na zgrupowanie wielu działań zmierzających do realizacji tego samego celu i potraktowanie ich jako przejawy funkcjonowania tego samego porozumienia.

Takie podejście zostało zaprezentowane po raz pierwszy w decyzji Komisji Europejskiej z 1986 r. w sprawie Polypropylene, w której ustalono, że kilkunastu producentów branży petrochemicznej przez pięć lat podejmowało różnorodne działania charakteryzujące się jednakowym celem - kontrolowaniem cen polipropylenu w Europie. W tej sprawie Sąd Pierwszej Instancji UE uznał, że „sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia.”⁸. Z kolei w sprawie Komisja Europejska przeciwko Anic Participazioni SpA, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że antykonkurencyjne porozumienie może się składać nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania⁹.

Powyższa koncepcja jest stosowana w krajowym orzecznictwie sądowym¹⁰. Jest także szeroko wykorzystywana w orzecznictwie Prezesa Urzędu, w którym przyjmuje się, że zмова przetargowa może mieć nie tylko charakter jednorazowy i dotyczyć jednego przetargu, ale i charakter ciągły i polegać na uzgadnianiu przez przedsiębiorców zachowań w szeregu następujących po sobie przetargach. W takich przypadkach Prezes Urzędu przyjmuje, że działania podejmowane przez przedsiębiorców w ramach poszczególnych przetargów stanowią jedynie przejawy realizacji szerszej i uzgodnionej przez przedsiębiorców strategii nakierowanej na ograniczanie konkurencji. Przyjęcie, że

⁸ Sprawa T-6/89 Enichem Anic SpA przeciwko Komisji, pkt 204

⁹ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja

¹⁰ Przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt 1057/15



w przypadku każdego przetargu przedsiębiorcy umawiają się po raz kolejny, tworząc za każdym razem nowe, odrębne porozumienie, byłoby sztuczne i nierealne.

W ocenie Prezes Urzędu okoliczności przedmiotowej sprawy w pełni uzasadniają zastosowanie koncepcji jednego naruszenia. Szczegółowe uzgodnienia dotyczące taktyki działania w poszczególnych przetargach oraz realizacja tych uzgodnień stanowiły przejawy stosowania porozumienia nakierowanego na zakłócanie konkurencji w przetargach na usługi hostingu i kolokacji serwerów.

Działania przedsiębiorców w analizowanych postępowaniach przetargowych polegające na składaniu niekompletnych ofert i późniejszym ich wycofywaniu były jednorodne i powtarzalne; nie miały one charakteru incydentalnego. Jednakowa była metoda wycofywania ofert wykorzystująca nieaktualne zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub opłacaniu składek ubezpieczeniowych. O wypracowaniu i stosowaniu przez przedsiębiorców powtarzalnej metody działania świadczy sposób zapoczątkowania uzgodnień dotyczących przetargu przeprowadzonego przez UMWM w 2015 r. Była to wyjątkowa krótka wymiana wiadomości SMS pomiędzy [Pracownik2 Infomex] a [Członek zarządu Nabino] („Potrzebuję złożyć ofertę do UMWM jak 3 lata temu”; „Wadium?”; „40k”; „OK”). [Członek zarządu Nabino] nie był zainteresowany jakimikolwiek szczegółami zasad współpracy z Infomex, gdyż miał pełną świadomość na czym miał polegać jego udział w przetargu.

Kolejnymi elementami wskazującymi na jedno naruszenie jest stały krąg uczestników porozumienia - Infomex, Nabino oraz NETcom, a także zbliżony charakter usług zamawianych w analizowanych przetargach (usługi centrum danych - kolokacja dla UMWM i hosting dla CKE). Ponadto w dwóch przetargach zamawiającym był ten sam podmiot - UMWM.

Dla możliwości zastosowania koncepcji jednego naruszenia istotne jest także podejmowanie poszczególnych działań w określonym przedziale czasu. W tym kontekście należało rozważyć, czy upływ 3 lat pomiędzy dwoma przetargami przeprowadzonymi w 2012 r. a przetargiem przeprowadzonym w 2015 r. jest przeszkodą dla przyjęcia koncepcji jednego naruszenia. W ocenie Prezesa Urzędu odpowiedź jest negatywna, a dokonując takiej oceny miał na uwadze specyficzne okoliczności sprawy, tj. w szczególności to, że trzyletni okres rozdzielał jedynie samo przeprowadzenie postępowań przetargowych, nie zaś bieżącą współpracę Infomex z Nabino i NETcom związaną z realizacją uzyskanych zamówień. Trzyletni cykl dokonywania szczegółowych uzgodnień w przetargach determinowany był więc jedynie okresem, na jaki zawierane były umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie wiązał się z ewentualnym porzuceniem przez poszczególnych przedsiębiorców zamiaru niedozwolonego wpływania na wyniki przetargów. Należy także podkreślić, że nie niweczy ciągłości i jednolitości porozumienia okoliczność, że strony dokonują uzgodnień w pewnych odstępach czasu, o ile dotyczą tego samego celu i są powzięte ze z góry podjętym zamiarem.

Podsumowując niniejszy punkt uzasadnienia w ocenie Prezesa Urzędu analizowane porozumienie ma charakter ciągły i jednolity w szczególności z tych względów, że polega na działaniach dotyczących usług o zbliżonym charakterze (w ocenie Prezesa Urzędu należących do tego samego rynku właściwego), ma ten sam cel gospodarczy i antykonkurencyjny charakter w postaci uzgodnionego wpływania na wyniki przetargów i podwyższaniu cen zamawianych usług, oraz było realizowane przez dłuższy okres przez zwartą grupę przedsiębiorców.



Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

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

Z powyższego przepisu wynika, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, zaś efekt w postaci ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniami przedsiębiorców polegającymi na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno co najmniej dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Zebrane w sprawie dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten został faktycznie zrealizowany przez uczestniczących w nim przedsiębiorców, którzy dzięki uzgodnionym zachowaniom uzyskali zamówienia po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowych. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe - na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej



wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

sposzczywa na przedsiębiorcy, a zatem strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

KARA PIENIĘŻNA

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym 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, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma fakultatywny charakter. O tym, czy w konkretnej sprawie zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę takiej praktyki zasadą było nakładanie kary pieniężnej. W dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu dotyczącym zmwów przetargowych odstępianie od nałożenia kary miało miejsce jedynie wyjątkowo, w tych sprawach, w których wystąpiły nadzwyczajne okoliczności, takie jak precedensowy



charakter sprawy. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie wystąpiły. Stosowany przez uczestników porozumienia mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert jest od lat intensywnie zwalczany przez Prezesa Urzędu i stanowi najliczniej reprezentowany w jego orzecznictwie typ zмовы przetargowej.

Prezes Urzędu uznał zatem za zasadne nałożenie na wszystkie strony postępowania antymonopolowego kar pieniężnych. Przemawiają za tym cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Nałożenie kary pieniężnej służyć będzie zatem jako środek odstrasżający strony postępowania od stosowania podobnych praktyk w przyszłości (prewencja indywidualna). Rozstrzygnięcie o karze ma również być sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna). Kara pieniężna spełni również funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla stron niniejszego postępowania uzasadnioną zidentyfikowanymi korzyściami, jakie przedsiębiorcy odnieśli wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu.

Umyślność i nieumyślność działania

Możliwość nałożenia na przedsiębiorców kary na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymaga wykazania, że naruszenie zakazu określonego w tej ustawie było co najmniej nieumyślne. Oznacza to, że z punktu widzenia zastosowania art. 106 ust. 1 ustawy istotna jest podmiotowa strona czynu, tj. wina przedsiębiorcy i świadomość istnienia naruszonych norm prawnych. Wina może przybrać dwa stopnie, tj. winy umyślnej i winy nieumyślnej. Umyślność naruszenia zachodzi w sytuacji, gdy sprawca działa ze świadomością ograniczeń, jakie nakłada na niego ustawa, oraz świadomością antykonkurencyjnych skutków swojego zachowania. Natomiast z działaniem nieumyślnym mamy do czynienia wówczas, gdy przedsiębiorca nie miał świadomości, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lecz jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć (można od niego zasadnie wymagać, aby taką świadomość w odniesieniu do swoich działań posiadał)¹¹.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy w ocenie Prezesa Urzędu każda ze stron postępowania ponosi co najmniej winę nieumyślną, co umożliwia nałożenie kar pieniężnych na wszystkich uczestników porozumienia.

W przypadku Infomex wina przybiera postać umyślności. Przedsiębiorca ten realizował z góry ustaloną taktykę pozyskiwania zamówień publicznych polegającą na składaniu ofert zamawiającym za pośrednictwem współpracujących przedsiębiorców. Infomex przygotowywał tym podmiotom gotowe do złożenia zamawiającym oferty oraz uzgadniał z nimi braki formalne ofert. Celem tych działań było uzyskiwanie kontroli nad przebiegiem przetargów i osiąganie dodatkowych korzyści poprzez manipulację jego wynikami. Działania Infomex były powtarzalne, zaplanowane i przemyślane. Infomex realizował swój plan umyślnie i z pełną świadomością jego bezprawności.

W przypadku Nabino oraz NETcom wina występuje w postaci co najmniej nieumyślności. Zgromadzony materiał dowodowy nie wskazuje na to, aby uzgodnienia były dokonywane

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt III SK 24/14 i z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10



bezpośrednio pomiędzy Nabino i NETcom. Koordynacja poszczególnych działań tych przedsiębiorców następowała w sposób pośredni, poprzez Infomex. Nie można wykluczyć, że Infomex nie przekazywał Nabino i NETcom pełnej informacji o swoich zamierzeniach i roli, jaką miały spełnić w jego taktyce pozyskiwania zamówień. Należy jednak mieć na uwadze, że Nabino i NETcom są profesjonalistami w obrocie i wielokrotnymi uczestnikami postępowań przetargowych na różne zamówienia z sektora IT. Przedsiębiorcy z całą pewnością posiadają znaczną wiedzę dotyczącą praktycznych aspektów procedury udzielania zamówień publicznych. Można od nich zasadnie wymagać, aby domyślili się, że przyczyną przekazywanych im przez Infomex poleceń złożenia oferty niekompletnej (ale podlegającej uzupełnieniu) było przygotowanie tej oferty do ewentualnego wycofania. Nabino i NETcom powinni mieć przy tym świadomość, jaki jest najbardziej prawdopodobny cel takiego wycofania oferty. Obydwaj przedsiębiorcy powinni rozpoznać to, że wykonując prośby i polecenia Infomex stają się elementem procedury nakierowanego na zakłócenie konkurencji. W odniesieniu do Nabino potwierdza to wprost korespondencja e-mail pomiędzy [Członek zarządu Nabino] a reprezentantami Infomex przeprowadzona już po rozstrzygnięciu przetargu UMWM w 2015 r. i dotycząca wysokości wynagrodzenia dla Nabino. [Członek zarządu Nabino] wskazał m.in. że: „*Bufor pomiędzy dwoma ofertami [przyp. UOKiK: ofertą Nabino i NETcom] był na ponad 250 tysięcy. Temat byście wzięli w każdym z przypadków bo byliście zapewne podwykonawcą tu i tu.*”, „[Członek zarządu Infomex], *wszystko prawda. Jak również to, że macie +250tys względem innej firmy.*” i „*w przypadku [ż<] [przyp. UOKiK: wynagrodzenie od Infomex dla Nabino] nadal masz [ż<] więcej do dyspozycji niż w przypadku nie brania udziału przez nas.*”. Wynika z tego, że [Członek zarządu Nabino] domyślał się, jakie były plany Infomex i rola Nabino w tych planach, jednak mimo tego kontynuował współpracę z Infomex.

Obrót

Jako zasadę w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przyjęto, że kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę nie może być większa niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Od powyżej zasady przyjęto dwa odstępstwa modyfikujące relewantny okres „obrotowy”, jaki Prezes Urzędu bierze pod uwagę przy ustaleniu kary pieniężnej oraz maksymalną wysokość kary. Pierwsza regulacja szczególna dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro. W takim przypadku Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary (art. 106 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Jeżeli jednak średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął równowartości co najmniej 100.000 euro zastosowanie znajdzie druga regulacja szczególna. W takim przypadku Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro (art. 106 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym: „*Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku*



przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2; 4) (...)"

Zgodnie z art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przeliczenie wartości euro na złote jest dokonywane według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary. Dla ustalenia wartości euro w przedmiotowej sprawie relewantny jest zatem kurs średni euro ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu 29 grudnia 2017 r. w tabeli nr 251/A/NBP/2017 i wynoszący 4,1709. Uwzględniając ten kurs próg 100.000 euro, o którym mowa w przywołanych przepisach wynosi 417 090 zł, zaś maksymalna kara, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na podstawie art. 106 ust. 6 wynosi 41 709 zł.

W 2017 r. Infomex, NETcom i Nabino osiągnęły obrót odpowiednio w wysokości [§<] zł, [§<] i [§<] zł. Infomex i NETcom przekroczyli próg 417 090 zł, co oznacza, że maksymalna wysokość kary, jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć na tych przedsiębiorców wynosi odpowiednio [§<] zł i [§<] zł. Z kolei Nabino osiągnęło obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro. W związku z powyższym Prezes Urzędu uwzględnił średni obrót osiągnięty przez Nabino w trzech kolejnych latach obrotowych (2015, 2016 i 2017), który wyniósł [§<] zł. Maksymalna kara, jaka mogła zostać nałożona na Nabino wynosi zatem [§<] zł.

Wysokość kar pieniężnych

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu kieruje się normatywnymi przestankami ustalania wysokości kar pieniężnych wymienionymi w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz dodatkowo regułami wypracowanymi w orzecznictwie sądowym. Prezes Urzędu dokonując wyliczenia wysokości kar stosuje opublikowane na stronie internetowej Urzędu „Wyjaśnienia dotyczące ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”. Przedstawiona w nich metodologia ustalania kar została oparta na normatywnych przestankach ustalania kar i dotychczasowym dorobku orzecznictwa w sprawach antymonopolowych.

Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: „Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także (...) okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz (...) specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.”



Natura naruszenia

Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń bardzo poważnych, bowiem jest nim zmowa przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe porozumienie ograniczające konkurencję. Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy. W przedmiotowej sprawie kwoty wyjściowe będąca podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na Infomex, Nabino i NETcom zostały ustalone odpowiednio na poziomie: [3<]%, [3<]% i [3<]% obrotu, przy czym w przypadku Infomex i NETcom relewantny był obrót osiągnięty w 2017 r., zaś w przypadku Nabino średni obrót osiągnięty w latach obrotowych 2015, 2016 i 2017. Kwota wyjściowa dla wyliczenia kary została zatem przyjęta na poziomie: (1) 1 141 501,16 zł dla Infomex, (2) 140 628, 66 zł dla NETcom i (3) 10 623,67 zł dla Nabino.

Specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutki rynkowe naruszenia

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorcy, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.

Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że rynek hostingu i kolokacji serwerów jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. O intensywności konkurencji na tym rynku świadczy przede wszystkim znaczna liczba ofert złożonych w ramach przetargu przeprowadzonego przez CKE w 2012 r. Mniejsza liczba ofert składana w przetargach przeprowadzonych przez UMWM wiązała się z niedostatecznym czasem, jaki zamawiający przewidział na migrację systemów do nowej lokalizacji oraz tym, że kolokowany sprzęt już znajdował w Data Center Infomex (co znacznie polepszało pozycję Infomex w przetargu poprzez wyeliminowanie ryzyk i kosztów związanych z transportem i uruchomieniem sprzętu w nowej lokalizacji - ta okoliczność mogła osłabić zamiar ubiegania się o zamówienie przez innych przedsiębiorców).

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargów, a także negatywne skutki dla organizatora przetargu (UMWM), który dwukrotnie wybrał oferty nie będące najkorzystniejszymi cenowo w świetle pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów.

W dalszej kolejności rozważono udział obrotu ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem w całkowitym obrocie osiągniętym przez przedsiębiorców.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że skala przychodu ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem (praktyką) może być jednym z kryteriów oceny proporcjonalności wysokości kary¹². *„Odwołanie się do przychodu ze sprzedaży towarów objętych przypisaną przedsiębiorcy praktyką służy dostarczeniu kryterium, za pomocą którego można weryfikować dodatkowo realną dolegliwość kary pieniężnej nałożonej nawet w dolnych*

¹² Wyrok SN z 20 kwietnia 2016 r., III SK 24/14



granicach (...), w przypadku przedsiębiorców wielobranżowych, o szerokim spektrum działalności, gdy przypisana mu praktyka dotyczy tylko wąskiego wycinka prowadzonej działalności. Wówczas bowiem kara pieniężna wymierzona w wysokości niskiej procentowo lecz istotnej kwotowo może być nadmiernie dolegliwa dla karanego przedsiębiorcy, nawet przy uwzględnieniu funkcji represyjnej i prewencyjnej kary pieniężnej oraz podstawowych okoliczności obciążających.”¹³. SN wskazuje także, że funkcje kar pieniężnych i inne względy mogą przemawiać za zignorowaniem omawianej okoliczności.¹⁴ SN podkreśla, że aby zrealizować swoje funkcje, kara pieniężna musi być odczuwalna, a niekiedy wręcz bardzo dotkliwa. Obliczanie kary jako ułamek obrotu osiągniętego z tytułu sprzedaży towarów objętych porozumieniem spowodowałoby, że z reguły nie będzie ona spełniała swoich funkcji oraz nie będzie realizowała przesłanki proporcjonalności sankcji, gdyż będzie w oderwaniu od potencjału ekonomicznego naruszcyciela.¹⁵

W przedmiotowej sprawie według oświadczeń Infomex i NETcom ich obrót związany ze świadczeniem usług hostingu i kolokacji serwerów w 2017 r. wynosił odpowiednio [3<] zł i [3<] zł. W odniesieniu do całego obrotu osiągniętego przez tych przedsiębiorców był on zatem niewielki. Pozostała część obrotu została osiągnięta w związku ze sprzedażą towarów i świadczeniem usług należących do innych rynków produktowych. Mając zatem na uwadze tezy z orzecznictwa SN przytoczone w akapicie powyżej, Prezes Urzędu dokonał adekwatnego do okoliczności sprawy obniżenia kwot bazowych kar nakładanych na Infomex i NETcom.

W przypadku Nabino nie dokonano takiej redukcji. Przedsiębiorca ten przekazał informację, że obrót uzyskany w 2017 r. w całości pochodził z usług hostingu i kolokacji serwerów, natomiast nie przekazał informacji za relewantne w jego przypadku lata 2015 i 2016. Nawet jeżeli obrót związany z tym usługami stanowił w latach 2015 i 2016 niewielką część całego obrotu, to całościowa ocena wszystkich istotnych okoliczności sprawy, obejmująca w szczególności wysokość korzyści, jakie Nabino osiągnęło w związku z udziałem w porozumieniu, przemawiałaby za nieuwzględnieniem w procesie ustalania wysokości kary tego przedsiębiorcy skali obrotu związanego z praktyką w jego całym obrocie. Zagadnienie korzyści z praktyki zostało szczegółowo przedstawione w dalszej części uzasadnienia, w tym zaś miejscu należy jedynie wskazać, że w przypadku Nabino wynosiły one co najmniej [3<] tysięcy zł. Obniżenie kary w stosunku do Nabino prowadziłoby do sytuacji, w której korzyści, jakie przedsiębiorca uzyskał z praktyki znacznie przewyższałyby wysokość kary pieniężnej. W takiej sytuacji realna dotkliwość kary byłaby niedostateczna dla zapewnienia realizacji jej represyjnej i prewencyjnej funkcji.

Podsumowując, na etapie analizy specyfiki rynku i działalności przedsiębiorców oraz skutków rynkowych naruszenia zostały uwzględnione następujące okoliczności: konkurencyjny charakter rynku, faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, negatywne skutki porozumienia oraz, wobec Infomex i NETcom, niewielki udział obrotu z towarów należących do rynku właściwego w obrocie przedsiębiorcy. Kwoty bazowe na tym etapie kalkulacji kary

¹³ Wyrok SN z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16

¹⁴ Wyrok SN z 4 marca 2014 r., III SK 34/13

¹⁵ Wyrok SN z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16



zostały zmniejszone o 60% wobec Infomex i o 80% wobec NETcom. Z kolei kwota bazowa Nabino została podwyższona o 10%.

Kary pieniężne wyliczone na obecnym etapie wynoszą: (1) 456 600,46 zł w przypadku Infomex, (2) 28 125,73 zł w przypadku NETcom i (3) 11 686,04 zł w przypadku Nabino.

Okres naruszenia

Kalkulując wymiar kary Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przestankę długotrwałości naruszenia. Ustalone w sprawie fakty świadczą, że porozumienie trwało od połowy 2012 r. co najmniej do końca 2015 r. Porozumienie zalicza się do porozumień długotrwałych, gdyż za takie traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. W tym okresie uczestnicy porozumienia usiłowali wpłynąć na wyniki trzech przetargów. W dwóch przypadkach zdołali doprowadzić do podwyższenia ceny zamówienia przez co odnieśli dodatkowe korzyści, zaś zamawiający poniósł dodatkowe koszty. Mając to na uwadze w odniesieniu do każdej ze stron postępowania postanowiono podwyższyć wysokość kary ustaloną na poprzednim etapie o 70%.

Kary pieniężne wyliczone na obecnym etapie wynoszą: (1) 776 220,79 zł w przypadku Infomex, (2) 47 813,75 zł w przypadku NETcom i (3) 19 866,26 zł w przypadku Nabino.

Okoliczności łagodzące i obciążające

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W ustalonym stanie faktycznym sprawy Prezes Urzędu nie znalazł okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie kary czyli okoliczności łagodzących. Podnoszona przez Infomex współpraca z Prezesem Urzędu polegała na udzielaniu odpowiedzi na pytania Prezesa Urzędu kierowane na podstawie art. 50 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przedstawieniu propozycji przyjęcia zobowiązań. Udzielanie tego rodzaju odpowiedzi stanowi obowiązek przedsiębiorcy, a jego wypełnienie nie może zostać uznane za rodzaj współpracy z organem ochrony konkurencji, który uzasadniałby zmniejszenie wymiaru kary pieniężnej. Współpracy o takim charakterze nie stanowi także złożenie propozycji przyjęcia przez przedsiębiorcę zobowiązań czy złożenie wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej.

Z kolei okolicznościami obciążającymi są: rola lidera lub inicjatora porozumienia, przymuszenie, wywieranie presji, umyślność naruszenia, czy też dokonanie uprzednio podobnego naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu postanowił uwzględnić jako okoliczność obciążającą w stosunku do Infomex umyślność naruszenia. Szczegółowe rozważania



dotyczące umyślności i nieumyślności działania uczestników porozumienia zostały już przedstawione na początku uzasadnienia decyzji w zakresie rozstrzygnięcia o karze.

W związku z uwzględnieniem w odniesieniu do Infomex okoliczności obciążającej w postaci umyślności naruszenia i brakiem okoliczności łagodzących, kara pieniężna ustalona na poprzednim etapie została podwyższona wobec Infomex o 20% oraz nie została zmodyfikowana wobec pozostałych uczestników porozumienia.

Na tym etapie kalkulacji kar wynoszą one, po zaokrągleniu: (1) w przypadku Infomex 931 465 zł, (2) w przypadku NETcom 47 814 zł i (3) w przypadku Nabino 19 866 zł.

Korzyści z praktyki

W dalszej kolejności Prezes Urzędu rozważył, czy ewentualne dysproporcje pomiędzy wysokością kary a możliwymi do oszacowania rzeczywistymi lub potencjalnymi korzyściami, jakie uczestnicy porozumienia odnieśli w związku z udziałem w porozumieniu, uzasadniają zmianę wysokości kary.

Konieczność zachowania proporcjonalności kary do korzyści z praktyki jest silnie akcentowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku SN z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt III SK 43/16, zostały sformułowane wskazówki, jakimi należy się kierować przy ocenie proporcjonalności kar pieniężnych nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję, w przypadku których można zidentyfikować i choćby szacunkowo obliczyć korzyści, jakie przedsiębiorca odniósł (mógł odnieść) wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu.

SN jako punkt wyjścia przyjmuje założenie, że zawieranie i wykonywanie porozumień ograniczających konkurencję należy sankcjonować w taki sposób, by naruszenie reguł konkurencji było całkowicie nieopłacalne dla uczestników porozumienia. W ww. wyroku stwierdzono, że *„realizacja funkcji represyjnej kary pieniężnej oraz funkcji prewencyjnej (zarówno w wymiarze prewencji szczególnej jak i ogólnej) uzasadnia przyjęcie generalnego założenia, zgodnie z którym kara w wysokości 10-krotności dających się zidentyfikować korzyści materialnych, nie może być a priori uznana za karę nieproporcjonalną.”*. Taki mnożnik zapewnia, zdaniem Sądu Najwyższego, realizację funkcji kary przy jednoczesnym poszanowaniu zasady proporcjonalności w tych przypadkach, w których stwierdzono naruszenie istotnego dla prawa ochrony konkurencji zakazu, a kara mieści się jednocześnie w dolnych granicach jej maksymalnego wymiaru.

W przypadku zмовы przetargowej opartej na mechanizmie rozstawiania i wycofywania ofert możliwe jest wyliczenie korzyści rzeczywiście uzyskanych przez zмawiających się przedsiębiorców oraz maksymalnych korzyści, jakie uczestnicy porozumienia mogli potencjalnie odnieść w przypadku wystąpienia najbardziej korzystnych dla nich okoliczności determinowanych układem ofert w klasyfikacji. Tym samym w przedmiotowej sprawie możliwe jest dokonanie oceny proporcjonalności nakładanych kar w stosunku do odniesionych korzyści z niedozwolonej praktyki.

Rzeczywistą korzyść, jaką przedsiębiorcy odnieśli wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu, stanowi łączna kwota, o jaką udało się im podnieść cenę zamówień publicznych udzielanych w przetargach, w których działali w warunkach zмовы przetargowej. W poszczególnych przetargach rzeczywista korzyść wyniosła: 314 388 zł



w przetargu UMWM przeprowadzony w 2012 r. (1 726 920 zł - 1 412 532 zł) i 256 824 zł w przetargu UMWM przeprowadzony w 2015 r. (1 580 796 zł - 1 323 972 zł). Niedozwolona współpraca nie doprowadziła do uzyskania przez strony postępowania korzyści w przetargu przeprowadzonym przez CKE. Łączna rzeczywista korzyść osiągnięta przez przedsiębiorców w związku z zawarciem i funkcjonowaniem niedozwolonego porozumienia wyniosła 571 212 zł.

Z kolei maksymalną korzyść, jaką przedsiębiorcy mogli uzyskać z związku z udziałem w niedozwolonym porozumieniu stanowi różnica najwyższej i najniższej ceny, jaką przedsiębiorcy zawarli w swoich ofertach w poszczególnych przetargach. Warunkiem osiągnięcia takiej korzyści był brak przedzielenia w każdym z przetargów ofert uczestników porozumienia ofertą innego przedsiębiorcy. Potencjalna korzyść w poszczególnych przetargach wynosiła: (1) 198 768 zł w przetargu CKE (747 840 zł - 549 072 zł), (2) 580 068 zł w przetargu UMWM 2012 (1 992 600 zł - 1 412 532 zł) i (3) 256 824 zł w przetargu UMWM 2015 (1 580 796 zł - 1 323 972 zł). Łączna maksymalna korzyść we wszystkich przetargach mogła wynieść 1 035 660 zł.

Ceny zawarte w ofertach uczestników porozumienia i wyliczenie rzeczywistej oraz maksymalnej (potencjalnej) korzyści z praktyki przedstawia poniższa tabela. Pogrubioną czcionką zaznaczono oferty wybrane w przetargu przez zamawiającego jako najkorzystniejsze.

Wykonawca Przetarg	Nabino	NETcom	Infomex	Korzyść potencjalna (maksymalna)	Korzyść rzeczywista
CKE	549 072 zł	747 840 zł		198 768 zł	0 zł
UMWM 2012	1 412 532 zł	1 726 920 zł	1 992 600 zł	580 068 zł	314 388 zł
UMWM 2015	1 580 796 zł	1 323 972 zł		256 824 zł	256 824 zł

Razem	1 035 660 zł	571 212 zł
--------------	---------------------	-------------------

Jak już wyjaśniono głównym beneficjentem współpracy Infomex, Nabino i NETcom nakierowanej na manipulowanie procedurą przetargową w celu podwyższenia ceny zamówienia był Infomex. W przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2012 r., w którym wycofanie oferty przez Nabino skutkowało podwyższeniem ceny o 314 388 zł, prowizja NETcom, będąca jednocześnie jego korzyścią z praktyki, wyniosła [?<] zł, zaś pozostała kwota stanowiła korzyść Infomex. Z kolei w przetargu przeprowadzonym przez UMWM w 2015 r., w którym wycofanie oferty przez NETcom skutkowało podwyższeniem ceny o 256 824 zł, prowizja Nabino wyniosła - według ustaleń Prezesa Urzędu - [?<] ceny zamówienia, a więc około [?<] tysięcy zł. Pozostała kwota stanowiła korzyść Infomex. W przypadku przetargu przeprowadzonego przez CKE zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwolił na dokonanie ustaleń co do korzyści osiągniętych przez Nabino w związku z tym przetargiem. Uwzględniając powyższe ustalenia należy przyjąć, że całkowite rzeczywiste korzyści, jakie poszczególni przedsiębiorcy odnieśli w związku z udziałem w niedozwolonym porozumieniu wyniosły w przybliżeniu: (1) w przypadku Infomex [?<] tysięcy zł, (2) w przypadku Nabino co najmniej [?<] tysięcy zł i (3) w przypadku NETcom [?<] tysięcy zł.

W przedstawionych okolicznościach sprawy w ocenie Prezesa Urzędu nałożenie na Infomex kary w wysokości poniżej dwukrotności rzeczywistych korzyści z praktyki, a jednocześnie na poziomie potencjalnych (maksymalnych) korzyści, jakie Infomex mógł odnieść z praktyki



stanowi adekwatną sankcję zapewniającą realną odczuwalność kary i realizację jej funkcji, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady proporcjonalności. Takie same wnioski dotyczą kary nałożonej na NETcom, która stanowi około [x%]-krotność uzyskanych przez tego przedsiębiorcę korzyści z praktyki i mieści się w granicach wskazanych przez SN. W przypadku tego przedsiębiorcy Prezes Urzędu miał na uwadze jego znaczny potencjał ekonomiczny mierzony w relacji do nakładanej kary (kara stanowi zaledwie [x%] obrotu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2017 r. i została ustalona na niższym poziomie niż kary nakładane na pozostałych przedsiębiorców). W przypadku Nabino kara pieniężna została ustalona na poziomie nieco niższym od korzyści z praktyki. Jest to następstwem uwzględnienia potencjału ekonomicznego tego przedsiębiorcy, wyraźnie niższego od potencjału pozostałych stron postępowania. Kara nałożona na Nabino stanowi [x%] relewantnego obrotu, a zatem została ustalona na poziomie wyraźnie wyższym niż kary pozostałych przedsiębiorców i jest ona dostatecznie odczuwalna dla zapewnienia realizacji funkcji kar.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił nałożyć na: (1) Infomex karę w wysokości 931 465 zł, co stanowi [x%] obrotu osiągniętego przez niego w 2017 r., (2) NETcom karę w wysokości 47 814 zł, co stanowi [x%] obrotu osiągniętego przez niego w 2017 r. i (3) Nabino karę w wysokości 19 866 zł, co stanowi [x%] średniego obrotu osiągniętego przez niego w latach 2015, 2016 i 2017. Taki poziom kar uwzględnia wszystkie istotne okoliczności sprawy oraz zapewnia, że będą dostatecznie odczuwalne dla osiągnięcia represyjnego i prewencyjnego celu sankcji. Jednocześnie dolegliwość kar będzie nie większa, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia tych celów.

KOSZTY POSTĘPOWANIA

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na koszty niniejszego postępowania antymonopolowego składają się wydatki związane z prowadzoną w jego toku korespondencją w kwotach: (1) 23,40 z Infomex, (2) 23,40 z Nabino i (3) 23,40 z NETcom.



POUCZENIA

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określone wyżej kary pieniężne należy uiścić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia tej decyzji. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Krakowie, 31-011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Krakowie
Waldemar Jurasz

