



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ

RŁO-410-2()/15/TD

Łódź, dnia 28 grudnia 2017 r.

Decyzja Nr RŁO 8/2017

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

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

– Przedsiębiorstwo „Optimus” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu,

oraz

– Jolantę Lis-Gajewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska w Żaganii,

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

1) Gminę Miasto Łódź w przedmiocie: Dostawa sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 grudnia 2013 r.,

2) Gminę Kłódzko w przedmiocie: Zakup sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 marca 2014 r.,

3) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V, z datą ogłoszenia: 22 kwietnia 2014 r.,

4) Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu w przedmiocie: Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych, z datą ogłoszenia: 28 lipca 2015 r.

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

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

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się postępowanie antymonopolowe prowadzone w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorców:

- Przedsiębiorstwo „Optimus” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu,

oraz

- Jolantę Lis-Gajewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska w Żaganii,

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

- 1) Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w Pabianicach w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania, z datą ogłoszenia: 10 grudnia 2013 r.,
- 2) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!, z datą ogłoszenia: 11 czerwca 2014 r.,

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

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

- **działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony 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) 40.944,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery złote 00/100) – na Przedsiębiorstwo „Optimus” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu,



2) 15.918,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset osiemnaście złotych 00/100) – na Jolanę Lis-Gajewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska w Żaganiu,

płatne do budżetu państwa.

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

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości:

1) 62,00 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa złote 00/100) – Przedsiębiorstwo „Optimus” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu,

2) 62,00 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa złote 00/100) – Jolanę Lis-Gajewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska w Żaganiu,

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

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwany dalej: „Prezesem Urzędu” – przeprowadził postępowanie wyjaśniające o sygnaturze akt RŁO-400-9/15/TD, wszczęte w związku z zawiadomieniem, w celu wstępnego ustalenia, w celu wstępnego ustalenia, czy na rynku dostaw sprzętu komputerowego i multimedialnego oraz oprogramowania na skutek zachowania uczestników tego rynku podczas organizowanych przetargów (niezależnie od formy) nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W związku z faktem, iż zebrany w powyższym postępowaniu materiał wskazał na naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanowieniem z dnia 29 grudnia 2015 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorców:

– Przedsiębiorstwo „Optimus” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu (zwana dalej również: „Optimus”),

oraz



- Jolantę Lis-Gajewską prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska w Żaganiu (zwana dalej również: „BKH”),

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

- 1) Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w Pabianicach w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania, z datą ogłoszenia: 10 grudnia 2013 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Pabianice”**),
- 2) Gminę Miasto Łódź w przedmiocie: Dostawa sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 grudnia 2013 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Miasto Łódź”**),
- 3) Gminę Kłodzko w przedmiocie: Zakup sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 marca 2014 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Kłodzko”**),
- 4) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V, z datą ogłoszenia: 22 kwietnia 2014 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Świecie - Dobre kształcenie”**),
- 5) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!, z datą ogłoszenia: 11 czerwca 2014 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Świecie - Młodzi górą”**),
- 6) Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu w przedmiocie: Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych, z datą ogłoszenia: 28 lipca 2015 r. (**postępowanie zwane dalej: „Przetarg Kujawsko-Pomorskie”**),

warunków składanych ofert i zasad postępowania, mające na celu doprowadzenie do wyboru jednego z wyżej wymienionych przedsiębiorców, co może stanowić naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

(dowód: karta Nr 1-3)

Prezes Urzędu zawiadomił ww. przedsiębiorców o wszczęciu niniejszego postępowania oraz o zaliczeniu w poczet dowodów dokumentów zgromadzonych w toku ww. postępowania wyjaśniającego.

(dowód: karty Nr 4-5 oraz 8-9a i 10-11a)

W pismach z odpowiednio 18 i 20 stycznia 2016 r. przedsiębiorcy Optimus i BKH ustosunkowali się do postawionych zarzutów.

(dowód: pismo Optimus, karty Nr 2074-2081, pismo BKH, karty Nr 1887-1890)

Pismem z dnia 31 sierpnia 2017 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom szczegółowe uzasadnienie zarzutów (SUZ). Mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy oraz jego ocenę prawną Prezes Urzędu poinformowała w SUZ, iż zamierza wydać, na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów decyzję administracyjną stwierdzającą zawarcie przez Optimus i BKH porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w



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

- 1) Gminę Miasto Łódź w przedmiocie: Dostawa sprzętu komputerowego,
- 2) Gminę Kłódzko w przedmiocie: Zakup sprzętu komputerowego,
- 3) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V,
- 4) Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu w przedmiocie: Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych,

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

Jednocześnie Prezes Urzędu poinformował, iż zamierza umorzyć niniejsze postępowanie antymonopolowe w pozostałej części zarzutów, tj. w odniesieniu do przetargów ogłoszonych przez:

1) Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w Pabianicach w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania,

2) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!

(dowód: SUZ oraz zwrotne potwierdzenia odbioru, karty Nr 3226-3249)

Pismem z dnia 12 września 2017 r. przedsiębiorca BKH złożył wniosek o wydłużenie terminu na ustosunkowanie się do przedstawionego szczegółowego uzasadnienia zarzutów z 14 do 30 dni. Poinformowano przedsiębiorcę o pozytywnym rozpatrzeniu ww. wniosku.

(dowód: karty Nr 3252-3254)

Pismem z dnia 4 października 2017 r. przedsiębiorca BKH ustosunkował się do przedstawionego szczegółowego uzasadnienia zarzutów. BKH nie zgodził się z ustaleniami Prezesa Urzędu, mającymi uzasadniać podtrzymywanie 4 z 6 postawionych zarzutów.

(dowód: karty Nr 3255-3258)

I. W toku postępowania Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Przedsiębiorcy

Przedsiębiorstwo Optimus Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu (zwana dalej: „Optimus” lub „Spółka”) jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr 0000203770 i prowadzi działalność handlową m.in. w zakresie sprzedaży wyposażenia biurowego, komputerów oraz sprzętu telekomunikacyjnego (52,48,A). Większościowym udziałowcem i prezesem jednoosobowego zarządu spółki jest Pan Roland Jurek.

(dowód: odpis KRS, karty Nr 3168-3171)

Jolanta Lis-Gajewska prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą BKH-System Jolanta Lis-Gajewska w Żaganiu (zwana dalej: „BKH”) jest zarejestrowana jako przedsiębiorca w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej pod nr Regon 970258173. Przeważającą działalnością przedsiębiorcy jest sprzedaż detaliczna komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania (47.41.Z). Pełnomocnikiem (pełnomocnictwo ogólne, wpis w CEIDG) przedsiębiorcy jest Pan Marek Gajewski, mąż Jolanty Lis-Gajewskiej.

(dowód: odpis CEIDG, karta Nr 3172)

Współpraca przedsiębiorców – w tym w zakresie postępowań przetargowych

Wyjaśnienia Optimus

Prezes Zarządu Optimus oświadczył, iż zna się osobiście od kilkunastu lat z Panem Markiem Gajewskim, reprezentującym BKH.

Współpraca handlowa Optimus z BKH ma charakter wymiany towarów handlowych i wzajemnego wykonywania usług serwisowych i wdrożeniowych. Wynika ona z faktu, że Optimus ma dostęp do niektórych towarów w znacznie lepszych cenach niż BKH i odwrotnie – są towary, dla których BKH uzyskuje znacznie lepsze ceny. Dla przykładu, BKH ma lepsze ceny na komputery i serwery (*tajemnica przedsiębiorcy*) i (*tajemnica przedsiębiorcy*), natomiast Optimus na komputery i serwery (*tajemnica przedsiębiorcy*). Podobnie jest z urządzeniami drukującymi i oprogramowaniem. Serwisowe doświadczenia przedsiębiorców w wielu obszarach są różne. BKH ma lepsze doświadczenia w instalowaniu oprogramowania i jego konfigurowaniu. Optimus lepiej radzi sobie z naprawami sprzętowymi i montażem nietypowych konfiguracji sprzętowych. Takie pogrupowanie pozwala uzyskiwać znacznie lepsze ceny od dystrybutorów czy producentów, którzy bardzo często uzależniają rabatowanie od wielkości obrotów na danym sprzęcie. Obaj producenci posiadają też autoryzacje różnych producentów. BKH posiada prawo (certyfikat) do sprzedawania oprogramowania (*tajemnica przedsiębiorcy*) w cenach edukacyjnych. Odwrotnie jest w przypadku np. urządzeń drukujących firmy (*tajemnica przedsiębiorcy*), której autoryzowanym partnerem jest Optimus. W takich przypadkach zdecydowanie korzystniejsze ceny uzyskują obaj przedsiębiorcy. Posiadane doświadczenie i umiejętności oraz dostęp do lepszych cen jest wykorzystywany w niektórych przetargach.

Optimus i BKH korzystają wspólnie z usług serwisu bazy informacji o przetargach (*tajemnica przedsiębiorcy*), koszt ogółem ok. 400 zł rocznie). Jak wyjaśnił Pan Roland Jurek, jeśli pojawia się ogłoszenie o przetargu, wtedy zarówno Optimus, jak i BKH dowiadują się u swoich dostawców, czy mają oni produkty (sprzęt), który pasowałby do specyfikacji. Jeśli uda się skompletować w takiej współpracy pełny zakres produktów pasujący do specyfikacji, wtedy przedsiębiorcy podejmują decyzję, że „*albo jeden przedsiębiorca składa ofertę, albo obaj*”. Przedsiębiorcy składają oferty jednocześnie po to, aby wysondować, jakie ceny są na rynku, jakie marże można uzyskać wygrywając w przetargu.

Pan Roland Jurek stwierdził, iż współpraca z BKH w zakresie składania ofert w przetargach daje możliwość efektywniejszego działania przy obsłudze przetargu. Np. na otwarcie i przeglądanie ofert stawia się przedstawiciel Optimus i przekazuje informacje z otwarcia do BKH, który nie musiał się dzięki temu stawiać w siedzibie zamawiającego. Przedsiębiorcy są organizacyjnie lepiej przygotowani do składania wyjaśnień (zgrupowanie dokumentów, sporządzenie i wysłanie wyjaśnień) odnośnie specyfikacji. Ponadto czasem Optimus uzgadnia z BKH podział pracy w przygotowywaniu dokumentacji do oferty przetargowej (np. zdobywanie zaświadczeń czy certyfikatów od producenta).

Optimus wskazała, że w przypadku wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty, nie zawsze jest sens, aby przygotowywać odpowiedź, jeśli może wygrać współpracująca firma. W takiej sytuacji jeden z przedsiębiorców może liczyć na realizację podwykonawstwa (lub sprzedaży) dla drugiego, współpracującego podmiotu (jeśli podmiot wygra przetarg). Ponadto czasami trzeba grupować zakupy, aby móc uzyskać od dostawcy korzystniejsze warunki zakupu. W takich przypadkach Optimus kupuje więcej towaru, niż bieżące potrzeby, zakładając, że odsprzeda towar do BKH bez marży, po to, aby np. zrealizować cel sprzedażowy wymagany przez producenta i uzyskać w ten sposób od niego bonus (co może się potem przełożyć na możliwość złożenia lepszej oferty w kolejnych przetargach).

Optimus wyjaśniła przy tym, iż: „jeśli uda się dzięki współpracy z drugą firmą uzyskać sprzęt po lepszej cenie do oferty, to w przypadku wygrania oferty przez BKH lub Spółki, obaj przedsiębiorcy dzielą się udziałem z zysku (różnicy cen) z dostarczenia sprzętu zakupionego taniej dzięki obopólnej współpracy”.

Współpraca pomiędzy Spółką a BKH w kontekście przetargów dotyczących dostaw dla szkół związana jest również z następującymi okolicznościami: Spółka nie może dokonać zakupu oprogramowania systemowego (*tajemnica przedsiębiorcy*) w wersji edukacyjnej przeznaczonej dla szkół, ponieważ nie posiada osób ze zdany specjalnym egzaminem (*tajemnica przedsiębiorcy*). Egzamin ten wymagany jest przez (*tajemnica przedsiębiorcy*). Egzamin taki zdał p. Marek Gajewski z BKH. To BKH dokonuje zakupu oprogramowania, które następnie jest instalowane na komputerach, dostarczanych potem do Spółki razem z oprogramowaniem, z przeznaczeniem na realizację przez Spółkę dostaw do zamawiających (szkół). W tym kontekście Optimus wskazała, iż znaczna część obrotów pomiędzy Optimus a BKH wynika ze sprzedaży tych samych produktów przez Optimus do BKH i z powrotem, przez BKH do Optimus. Wynika to z tego, iż BKH kupuje od Optimus np. komputery, następnie instaluje na nich oprogramowanie (*tajemnica przedsiębiorcy*) w wersji edukacyjnej (posiadając stosowną licencję), a następnie odsprzeda całe zestawy komputerowe (z oprogramowaniem) do Optimus. Optimus może dzięki takiemu rozwiązaniu dostarczyć do zamawiających całe zestawy komputerowe (z oprogramowaniem) po stawce VAT 0%. Jak wskazała Optimus, taka sama sytuacja może mieć miejsce w „drugą stronę”. Opisany mechanizm współpracy dotyczy tylko i wyłącznie komputerów z oprogramowaniem przeznaczonych dla instytucji edukacyjnych uprawnionych do licencji edukacyjnych (*tajemnica przedsiębiorcy*).

Wyjaśnienia złożone przez Spółkę w toku kontroli dotyczyły również zakresu współpracy między ww. spółkami w odniesieniu do konkretnych postępowań przetargowych. Wyjaśnienia te odnosiły się również do korespondencji elektronicznej prowadzonej pomiędzy przedsiębiorcami i pozyskanej w toku kontroli przeprowadzonej w siedzibie Optimus. Z treści korespondencji wynika wprost, iż przedsiębiorcy wymieniają się w kontekście przetargów informacjami, w tym informacjami o ogłoszeniach o przetargach oraz o warunkach ofert składanych w postępowaniach przetargowych, a także wspólnie konsultują przystąpienie do przetargu.

Optimus zastrzegła jednak, iż w (*tajemnica przedsiębiorcy*)% przypadków przystępuje do przetargów samodzielnie, bez żadnej konsultacji z BKH, jeśli jednak jest potrzebne szersze doświadczenie, konsultuje przystąpienie do przetargu wspólnie z BKH.

(dowód: notatka z odbierania wyjaśnień Optimus, karty Nr 1418-1422)

Wyjaśnienia BKH

BKH złożył również wyjaśnienia dotyczące zakresu współpracy ze Optimus, w tym w zakresie przetargów. Informacje te potwierdzają wyjaśnienia przekazane przez Optimus.



BKH współpracuje z Optimus na wielu płaszczyznach, zaś osoby fizyczne reprezentujące obu przedsiębiorców łączy kilkunastoletnia znajomość. Współpraca ma charakter wymiany towarów handlowych i wzajemnego wykonywania usług serwisowych i wdrożeniowych. Wynika ona z faktu, iż Optimus ma dostęp do niektórych towarów w znacznie lepszych cenach niż BKH i odwrotnie. Przykładowo, BKH ma lepsze ceny na komputery i serwery (*tajemnica przedsiębiorcy*), (*tajemnica przedsiębiorcy*), natomiast Optimus – na komputery i serwery (*tajemnica przedsiębiorcy*). Podobnie jest z urządzeniami drukującymi i oprogramowaniem. Dzięki współpracy obaj przedsiębiorcy uzyskują korzystniejsze ceny zakupu, co przynosi korzyści zarówno im, jak i ich klientom. Współpraca ta dotyczy również niektórych przetargów. Informacje o przetargach BKH uzyskuje za pośrednictwem wyspecjalizowanej usługi świadczonej przez podmiot zewnętrzny. W celu ograniczenia kosztów tej usługi, są one dzielone na BKH i Optimus. Zatem do tych samych informacji ma dostęp również Optimus. Bywa, że BKH konsultuje wyszukane ogłoszenie z Optimus, jeśli wymagane jest większe doświadczenie lub wiedza o niektórych produktach jest lepsza. Czasami konsultacje dotyczą informacji z otwarcia ofert lub informacji pozyskanych przy przeglądaniu ofert po ich otwarciu przez zamawiającego. Dzięki temu uzyskiwana jest wiedza o możliwych do zastosowania marżach w innych postępowaniach. Jeśli w postępowaniach wymagana jest duża, a czasami bardzo duża liczba dodatkowych dokumentów (certyfikaty, specyfikacje techniczne, deklaracje itp.), współpraca dotyczy pozyskania tych dokumentów od producentów lub dystrybutorów. Ma to również miejsce wtedy, gdy z opisu przedmiotu zamówienia może wynikać, że spółka Optimus mogłaby mieć lepsze ceny.

(dowód: pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karty Nr 355-359)

Udział przedsiębiorców w postępowaniach o zamówienia publiczne

Informacje przekazane przez przedsiębiorców BKH i Optimus wskazują, iż obaj przedsiębiorcy dysponują dużym doświadczeniem, jeżeli chodzi o uczestnictwo w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych. BKH wskazało, iż uczestniczyło w latach od początku 2014 do października 2015 jako oferent przynajmniej w 42 postępowaniach w sprawach zamówień publicznych, przy czym w 12 z nich oferta BKH była wybrana do realizacji.

(dowód: pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karty Nr 355-358)

Jednocześnie Optimus udokumentowała zawarcie w latach 2013-2015 (do października) 59 umów na realizację zamówień publicznych.

(dowód: protokół kontroli wraz z załącznikami, karty Nr 1276-1285, 1541-1854)

Okoliczności postępowań przetargowych podlegających ocenie

W toku niniejszego postępowania antymonopolowego ustalono następujący stan faktyczny dotyczący zachowań przedsiębiorców Optimus i BKH w trakcie analizowanych postępowań przetargowych:

1. Przetarg ogłoszony przez Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w dniu 10.12.2013 r. w przedmiocie: „Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania” (zwany dalej również: „Przetarg Pabianice”).

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów i urządzeń peryferyjnych (w tym monitorów, drukarek, tablic interaktywnych i rzutników multimedialnych).



Zamawiający wymagał w SIWZ, aby dostarczane tablice interaktywne były wyposażone w funkcję 4Touch, a monitory LCD miały minimalnie przekątną 19”.

(dowód: SIWZ, karta Nr: 2156, 2159, 2165)

Pismem z dnia 13 grudnia 2013 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej, wyjaśnienia do treści SIWZ. Zamawiający wskazał m.in., iż jednym z minimalnych wymagań, jakie musi spełnić tablica interaktywna, jest funkcja 4Touch, która pozwala na jednoczesną pracę (pisanie, rysowanie i in.) 4 osób na jednej tablicy. Wyjaśnienia w tym zakresie zamawiający przekazał w związku z zapytaniem jednego z potencjalnych oferentów (nie był to Optimus, ani BKH): „Czy zamawiający zgodzi się na zastosowanie tablic posiadających możliwość jednoczesnego pisania przez 2 użytkowników (...)?”. Określone w SIWZ minimalne wymagania zamawiającego odnośnie tablic interaktywnych były przedmiotem zapytań ze strony wykonawców i wyjaśnień ze strony zamawiającego również w szerszym zakresie, tj.: prędkości odczytu, czasu reakcji, wymiaru powierzchni roboczej, rozdzielczości. We wszystkich tych aspektach, po uwagach i zapytaniach ze strony potencjalnych wykonawców, zamawiający zmienił treść SIWZ, o czym również poinformował w ww. piśmie z dnia 13 grudnia 2013 r.

(dowód: pismo zamawiającego, karta Nr 2182, 2183, 2185; protokół postępowania – karta Nr 2155)

Oferty należało składać do dnia 20 grudnia 2013 r. do godz. 10:00. Złożone oferty otwarto w dniu 20 grudnia 2013 r. o godz. 10:15. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający wskazał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 122.237,00 zł brutto.

Oferty spełniające wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny.

(dowód: SIWZ, karty Nr 2160)

W postępowaniu złożyło oferty 6 wykonawców przy czym trzy najkorzystniejsze cenowo oferty były następujące:

1. BKH System Jolanta Lis- Gajewska, Żagań – 89289,25 zł.
2. PPHU ZUBER Andrzej Zuber, Wrocław – 92496,00 zł (przed poprawieniem oczywistej omyłki).
3. Optimus Sp. z o.o., Sieradz – 92684,28 zł.

Oferta BKH z dnia 17 grudnia 2013 r. wpłynęła do zamawiającego w dniu 18 grudnia 2013 r. o godz.14:20, jako druga w kolejności złożenia. Oferta Optimus z dnia 19 grudnia 2013 r. wpłynęła do zamawiającego w dniu 20 grudnia 2013 r. o godz. 8:05, jako piąta w kolejności złożenia.

(dowód: rejestr przyjętych ofert, karta Nr 2188, oferta BKH karta Nr 2228; oferta Optimus karta Nr 2242)

Oferty przedsiębiorców BKH i Optimus rozdzielała – pod względem wartości – oferta przedsiębiorcy PPHU ZUBER A. Zuber. W protokole z dnia 20 grudnia 2013 r., komisja przetargowa wniosła jednak o poprawienie oczywistej omyłki w ofercie ww. przedsiębiorcy, co było równoznaczne z poprawieniem łącznej ceny brutto tego oferenta na kwotę **118.326,00 zł**. W formularzu ofertowym wykonawca PPHU ZUBER A. Zuber nie przemnożył ceny jednostkowej oferowanej centralnej jednostki komputerowej przez liczbę sztuk (15). Niezależnie od powyższego oferta PPHU ZUBER została przez zamawiającego odrzucona z



powodu niezgodności z SIWZ, o czym zamawiający poinformował wykonawców w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 stycznia 2014 r. Przedsiębiorca ten zaoferował komputer wyposażony w procesor jednordzeniowy, podczas gdy wymagania SIWZ określały wyposażenie w procesor dwurdzeniowy.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 2154, protokół komisji Nr 2, karta Nr 2259, oferta PPHU ZUBER, karta Nr 2193, zawiadomienie z dnia 14.01.2014 r., karta Nr 37)

Składając oferty, wykonawcy Optimus i BKH zwracali się do zamawiającego z prośbą o przesłanie (faxem) protokołu z otwarcia ofert, zawierającego wszelkie informacje ogłoszone podczas otwarcia. Zamawiający zrealizował powyższą prośbę kierując do ww. wykonawców pisma z dnia 23 grudnia 2013 r., w których przekazał informacje o przewidzianym budżecie zamówienia (122.237,00 zł), nazwach oferentów oraz warunkach złożonych ofert (cena ofertowa, warunki gwarancji, termin wykonania zamówienia).

(dowód: wniosek BKH, karta Nr 2226, wniosek Optimus, karta Nr 2238, pisma zamawiającego, karty Nr 2249-2255)

Oferty Optimus i BKH były identyczne co do zakresu producentów i modeli oferowanych urządzeń, poza modelem tablicy interaktywnej:

- *Tablica interaktywna marki Multitablica model Trace* – w ofercie Optimus
- *Tablica interaktywna marki Multitablica model Trace dualpen* – w ofercie BKH

(dowód: oferta BKH, karta Nr 2232, oferta Optimus, karta Nr 2242)

Oferty Optimus i BKH miały w swoim zgłoszeniu te same braki formalne. Pismem z dnia 23.12.2013 r. zamawiający wezwał Optimus i BKH do dostarczenia odpowiedniej dokumentacji dotyczącej opisu oferowanego produktu w postaci: karty technicznej, folderu lub innego dokumentu, na podstawie którego zamawiający potwierdzi zgodność parametrów oferowanego sprzętu zgodnie z SIWZ.

Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie ofert do 31 grudnia 2013 r. (godz. 12:00).

(dowód: protokół Nr 2 komisji przetargowej, karta Nr 2259, pisma z wezwaniem zamawiającego, karty Nr 31 i 53).

Pismem z dnia 30 grudnia 2013 r. BKH przesłało zamawiającemu uzupełniające dokumenty, w tym specyfikację techniczną tablicy interaktywnej Multitablica Trace IR TI-4180.

(dowód: karta Nr 18, 25)

Ostatecznie oferta BKH została odrzucona z powodu zmiany oferty w zakresie zaproponowanej tablicy interaktywnej. BKH wskazało w ofercie tablicę umożliwiającą jednoczesną pracę przez maksymalnie 2 użytkowników. W uzasadnieniu odrzucenia oferty BKH zamawiający wskazał m.in., co następuje: „*Wykonawca w ofercie w formularzu cenowym m.in. zaoferował tablicę interaktywną Multitablica Tace dualpen. Wobec braku opisu oferowanego produktu w postaci karty technicznej, folderu lub innego dokumentu dla wymienionego w ofercie sprzętu, zamawiający (...) wezwał do uzupełnienia niniejszego dokumentu, wskazując, że opis musi odnosić się do wskazanej w formularzu cenowym tablicy interaktywnej Multitablica tace dualpen. W dniu 31.12.2013 r. wykonawca uzupełnił brakujące dokumenty m.in. przedstawiając opis tablicy interaktywnej – Multitablica Trace IR Model TI-4180. Zmiana modelu tablicy interaktywnej – Multitablica Tace dualpen wskazanej w ofercie*



wykonawcy na tablicę interaktywną Multitablica trace IR stanowi niezgodną z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmianę treści oferty”.

(dowód: zawiadomienie z dnia 14 stycznia 2014 r., karta Nr 37-38)

Zamawiający zawarł umowę z Optimus w dn. 21.01.2014 r.

(dowód: protokół 3, karta Nr 32),

Ustalono, iż Optimus wystawił fakturę sprzedaży dla zamawiającego w dniu 14 lutego 2014 r., a BKH dokonał pod koniec stycznia 2014 r. sprzedaży na rzecz Optimus 15 szt. monitorów LCD 19,5” AOC e2050 oraz kasę fiskalną Sento E. Urządzenia tego rodzaju i w tej ilości były przedmiotem dostaw zrealizowanych przez Optimus dla zamawiającego.

(dowód: pismo Optimus, faktura Optimus FV/14/0126, karta Nr 3090, faktura BKH z dnia 28.01.2014 r. FA/205510/02, karta Nr 3070, faktura BKH z 30.01.2014 r. FA/205512/02, karta Nr 3071)

Przedsiębiorca BKH przekazał Prezesowi Urzędu informacje, iż dostarczał tablice interaktywne w postępowaniach o zamówienie publiczne organizowanych m.in. przez: Powiat Żniński (2013 r.), Gminę Bogatynia (2012 r.), Miasto Jelenia Góra (2012 r.), Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy w Bełchatowie (2012 r.), Gminę Janikowo (2012 r.), Gminę Drawsko Pomorskie (2012 r.).

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu o wyjaśnienie powodu wpisania w formularzu ofertowym modelu tablicy interaktywnej „dual-pen” BKH wskazał, i „*błędnie wpisał model tablicy, która nie realizowała jednoczesnej pracy dla czterech osób*”, a ponadto: *”Po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień BKH-System zdało sobie sprawę, że analizowało jedno (dobre) a wpisało drugie (złe) – z niewiadomego powodu. Zamiast wpisać dobrą nazwę, wpisana została zła (być może na samym początku budowania oferty, a potem już została niezauważona). Popelniono błąd podczas wpisywania nazwy. BKH-System mogło wpisać nazwę na roboczo.(...) Decyzja należała do zamawiającego, czy potraktować to jako omyłkę, czy zmianę treści”*.

2. Przetarg ogłoszony przez Miasto Łódź w dniu 19.12.2013 r. w przedmiocie: „Dostawa sprzętu komputerowego” (zwany dalej również: „Przetarg Miasto Łódź”).

Przedmiotem zamówienia w ww. postępowaniu była dostawa komputerów i urządzeń peryferyjnych.

- komputery stacjonarne z monitorem 24’’ – 16 szt,
- komputer stacjonarny z monitorem 27’’ – 2 szt.
- laptopy – 4 + 1 szt.,
- drukarska laserowa wielofunkcyjna – 1 szt.,
- drukarka laserowa – 2 szt.,
- skanery szczelinowe – 6 szt.,
- przełączniki sieciowe – 10 + 15 szt.,
- projektowy – 2 szt.,
- dysk przenośny – 1 szt.,
- pendrive – 3 szt.



Na potwierdzenie, że oferowany sprzęt odpowiada wymaganiom zamawiającego, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty m.in.: dokumenty poświadczające, że oferowany sprzęt jest produkowany zgodnie z odpowiednimi normami ISO, deklaracje zgodności CE lub certyfikat B (dla obudowy) oraz specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu. Zamawiający określił minimalne wymagania w zakresie parametrów technicznych ww. urządzeń. (dowód: SIWZ, karty Nr 2884-2892)

Oferty należało składać do dnia 30 grudnia 2013 r. do godz. 11:30.

(dowód: SIWZ, karta Nr 2876-2877)

Oferty spełniające wszystkie wymogi formalne były oceniane wyłącznie według kryterium ceny.

(dowód: SIWZ, karta Nr 2879)

Otwarcie złożonych ofert nastąpiło w dniu 30 grudnia 2013 r.. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający określił kwotę 148.780,94 zł brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 1897)

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

(dowód: karta Nr 1918)

W postępowaniu złożyło oferty 4 wykonawców (w kolejności cen łącznych brutto wskazanych w formularzu ofertowym), w tym BKH i Optimus. Oferty Optimus i BKH były najkorzystniejsze cenowo:

- BKH – 127 983,67 zł, po poprawieniu omyłek 133.831,38 zł,
- Optimus – 137 719,41 zł, po poprawieniu omyłki 137.849,79 zł.

(dowód: karty 1898, 1951, 2862, 2865 oraz 1931, 2867),

Pismem z dnia 7.01.2014 r. zamawiający wezwał BKH i Optimus do uzupełniania – w terminie do 16 stycznia 2014 r. do godz. 11:00 – oferty o wymagane certyfikaty jakości i bezpieczeństwa oraz specyfikacje techniczne.

Jednocześnie, w ww. piśmie poinformował BKH o poprawieniu omyłki rachunkowej w zakresie sumowania poszczególnych pozycji zamówienia w rubryce „Wartość brutto”. W wyniku poprawienia omyłki wartość oferty wzrosła z 127.983,67 zł do 133.704,69 zł.

(dowód: pismo zamawiającego z dnia 7 stycznia 2014 r., karta Nr 2864-2865, karty Nr 2867-2868)

BKH w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (tj. do dnia 16.01.2014 r. do godz. 11:00) nie uzupełnił wymaganej dokumentacji. W związku z tym zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca wykazał, iż oferowane przez niego urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ. Tym samym oferta BKH została przez zamawiającego odrzucona.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 1899; zawiadomienie, karta Nr 1907-1906)



Pismem z dnia 22.01.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując na wybór oferty Optimus, a także przekazał informacje o ofertach odrzuconych w postępowaniu.

(dowód: zawiadomienie, karty Nr 1905-1917)

Oferty Optimus i BKH zawierały identyczną niezgodność z wzorem formularza ofertowego określonym przez zamawiającego: w punkcie 5 i 6 zestawienia asortymentu zamieniono wartość ilości sztuk asortymentu. Zgodnie z SIWZ, zamawiający wymagał dostarczenia m.in. 1 szt drukarki laserowej wielofunkcyjnej oraz 2 szt. innych drukarek laserowych. Tymczasem, zarówno w ofercie Optimus, jak i ofercie BKH wskazano w tym zakresie co następuje:

- drukarka laserowa wielofunkcyjna Xerox WorkCentre 3615V_DN **szt. 2 (zamiast szt. 1),**
- drukarka laserowa Lexmark MS810dn **szt. 1 (zamiast szt. 2).**

Ponadto, oferty Optimus i BKH były identyczne, jeżeli chodzi o określenie nazw producentów i modeli oferowanych urządzeń. Ceny jednostkowe brutto 7 z 12 pozycji ofertowych Optimus były wyższe od odpowiednich cen BKH o 2,9%. Dotyczyło to produktów, których łączna wartość brutto wynosiła dla każdego z przedsiębiorców 93% wartości oferty ogółem (por. tabela poniżej).

(dowód: formularze ofertowe Optimus i BKH, karty Nr 1930-1931 oraz 1951)

Tab. 1. Porównanie urządzeń i cen jednostkowych zaoferowanych przez Optimus i BKH w postępowaniu Urzędu Miasta Łodzi „Dostawa sprzętu komputerowego”

Urządzenie	ilość	Cena jedn. brutto Optimus	Cena jedn. brutto BKH	różnica
Komputer stacjonarny NTT Business W901S	16	4205,37	4086,06	2,92%
Komputer stacjonarny NTT Business W901S	1	4600,2	4468,59	2,95%
Laptop HP 4540s	4	3938,46	3826,53	2,93%
Laptop HP PB 430	1	3667,86	3493,2	5,00%
Drukarka laserowa wielofunkcyjna Xerox WorkCentre 3615V_DN	2 (omyłka powinno być: 1)	3669,09	3564,54	2,93%
Drukarka laserowa Lexmark MS810dn	1 (omyłka powinno być: 2)	3799,47	3691,23	2,93%
Skaner szczelinowy Fujitsu fi-6130Z	6	3383,73	3286,56	2,96%



Przełącznik sieciowy Cisco SG100D-08	10	217,71	210,33	3,51%
Przełącznik sieciowy Cisco SG100D-05	15	196,8	190,65	3,23%
Projektor Casio XJ-A141	2	4455,06	4328,37	2,93%
Dysk przenośny Seagate STCD500202	1	264,45	254,61	3,86%
Pendrive ADATA DashDrive Elite UE700	3	222,63	215,25	3,43%

(dowód: formularze ofertowe Optimus i BKH, karty Nr 1930-1931 oraz 1951)

Pismem z dnia 23 stycznia 2014 r. przedsiębiorca „e-Tech” Jacek Sójka Sp. j. (jeden z oferentów) skierował do zamawiającego odwołanie od decyzji komisji przetargowej uznającej ofertę Optimus za najkorzystniejszą w postępowaniu, wnosząc o ponowne dokonanie ocen złożonych ofert z wykluczeniem z postępowania o zamówienie publiczne oferty Optimus z uwagi na niezgodność z SIWZ.

(dowód: karta Nr 159)

W związku z powyższymi pismami z dnia 23 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował zarówno BKH, jak i Optimus, o poprawieniu omyłek w złożonych ofertach ww. przedsiębiorców w ten sposób, iż w załączniku nr 5 do SIWZ – Formularz ofertowy poz. 5 poprawiono na „1 szt.”, poz. 6 poprawiono na: „2 szt.”. Poinformował również wykonawców, iż omyłka wynika z podania w złożonych ofertach błędnej ilości wymaganych przez zamawiającego urządzeń dla pozycji 5 i 6 formularza ofertowego, a także, iż w wyniku dokonanej poprawki wzrosła całkowita cena oferty: ostatecznie do kwoty 133.831,38 zł w przypadku BKH oraz do kwoty 137.849,79 zł w przypadku Optimus.

Zamawiający poinformował ww. wykonawców, iż w przypadku milczenia wykonawców (brak informacji o braku zgody na dokonanie poprawy omyłek), zamawiający uzna, iż wykonawcy wyrażają zgodę na dokonanie poprawy omyłek i ich oferta nie będzie podlegała odrzuceniu.

(dowód: pisma zamawiającego do Optimus i BKH z dnia 23.01.2014 r., karty Nr 2862-2863 oraz 2867-2868)

Ponadto zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2014 r. skierował do oferentów zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert.

(dowód: karta Nr 158)

W dniu 28 stycznia 2014 r. komisja przetargowa dokonała powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując powtórnie ofertę Optimus. Zamawiający wskazał, iż oferta Optimus odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w specyfikacji kryterium wyboru. Przekazał również informacje o ofertach odrzuconych – w tym o ofercie BKH. Umowę z Optimus zamawiający zawarł w dniu 10 lutego 2014 r.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 1902, Zawiadomienie z dnia 29.01.2014 r., karta Nr 178)



W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień co do powodów nie uzupełniania przez BKH na wezwanie zamawiającego oferty w toku ww. postępowania o zamówienie publiczne, Pan Marek Gajewski wyjaśnił w imieniu BKH : „Z powodu upływu czasu nie potrafię przypomnieć sobie tego postępowania. (...) Zapewne nie otrzymałem od producenta certyfikatów w wymaganym czasie, w tej sytuacji uznałem, że załączanie tylko specyfikacji technicznej miało się z celem, bo i tak zamawiający odrzuciłby ofertę”.

(dowód: pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karta Nr 360 – pkt 6h)

W postępowaniu o zamówienie publiczne Gminy Kłodzko pn. „Zakup sprzętu komputerowego” Gmina Kłodzko (2014 r., por. pkt 3 poniżej), przedsiębiorcy Optimus i BKH przedstawili identyczne co do treści certyfikaty zgodności produktów z normami, w tym certyfikaty CE komputerów serii NTT Business, będące również przedmiotem dostaw w związku z zamówieniem Miasta Łodzi.

(dowód: karty Nr 2265-2266, 2331-2332, 2355-2386, 2392-2430)

3. Przetarg ogłoszony przez Gminę Kłodzko w dniu 19.03.2014 r. w przedmiocie: „Zakup sprzętu komputerowego” (zwany dalej również: „Przetarg Kłodzko”).

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów i urządzeń peryferyjnych.

- stacjonarne komputery z zainstalowanymi systemami operacyjnymi i oprogramowaniem biurowymi – 15+1 szt.,
- monitory LCD – 16 szt.,
- UPS – 16 szt.,
- laptopy – 2 szt.,
- urządzenie wielofunkcyjne A4 kolor – 3 szt.
- drukarka A4 mono – 1 szt.,
- drukarka A3 kolor – 1 szt.
- kamera – 1 szt.,
- aparat cyfrowy – 1 szt.

Zamawiający określił minimalne wymagania w zakresie parametrów technicznych ww. urządzeń. W tym zakresie wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty m.in.: dokumenty poświadczające, że oferowany sprzęt jest produkowany zgodnie z odpowiednimi normami ISO, deklaracje zgodności CE, specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu (karty produktu opisujące parametry techniczne).

Oferty należało składać w siedzibie Urzędu Gminy Kłodzko do dnia 28 marca 2014 r. do godz. 10:00. Złożone oferty otwarto w dniu 28 marca 2014 r. o godz. 10:05.

Spełniające wszystkie wymogi formalne oferty były oceniane wyłącznie według kryterium ceny.

Zawiadamiający poinformował, iż w przypadku uchylenia się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy, dokona wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzenia ich ponownej oceny.

(dowód: SIWZ, karty Nr 2467-2495, protokół postępowania, karty Nr 2434-2440)

W postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym Optimus na kwotę **90.620,25 zł brutto** oraz BKH na kwotę **91.991,70 zł brutto**. Najkorzystniejszą ofertę złożyło CPU ZETO. Oferty Optimus i BKH-System uplasowały się odpowiednio na drugiej i trzeciej pozycji (w kolejności od najkorzystniejszej) spośród ofert złożonych ogółem.

Oferta Optimus wpłynęła do zamawiającego w dniu 27 marca 2014 r. o godz. 12:05, jako czwarta w kolejności złożenia. (dowód: kopia koperty, karta Nr 2312)

Oferta BKH wpłynęła do zawiadamiającego w dniu 28 marca 2014 r. o godz. 7:40, jako szоста w kolejności złożenia. (dowód: kopia koperty, karta Nr 2336)

(dowód: protokół postępowania, karty Nr 2437, zbiorcze zestawienie ofert, karty Nr 2441-2442)

W korespondencji elektronicznej Pana Rolanda Jurka (prezes zarządu Optimus) do Pana Marka Gajewskiego (pełnomocnik BKH) z dnia 28 marca 2014 r. (godz.14:13 – a więc kilka godzin po otwarciu ofert przez zamawiającego), zawarto informację o następującej treści: „*W kłodzku wp(...) się ZETO, ciekawe na czym poszli*”.

(dowód: korespondencja, karta Nr 1407)

Pismem z dnia 2 kwietnia 2014 r. zamawiający skierował do Optimus wezwanie do uzupełnienia w terminie do dnia 4 kwietnia 2014 r. do godz. 15:00, brakujących dokumentów, tj. m.in.: certyfikatów ISO, kart produktu, deklaracji zgodności CE, aktualnych zaświadczeń US, ZUS. (dowód: wezwanie, karta Nr 2387)

Pismem złożonym w dniu 4 kwietnia 2014 r. (o godz. 13:00) Optimus przedstawił wymagane dokumenty, w tym zaświadczenie ZUS wystawione w dniu 6 marca 2014 r. oraz zaświadczenie US wystawione w dniu 7 marca 2014 r.

(dowód: pismo, karty Nr 2389-2433)

Pismem z dnia 2 kwietnia 2014 r. zamawiający skierował do BKH wezwanie do uzupełnienia w terminie do dnia 4 kwietnia 2014 r. do godz. 15:00, brakujących dokumentów w następującym zakresie: certyfikaty ISO, karty produktu, deklaracji zgodności CE.

(dowód: wezwanie, karta nr 2269)

Pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r. BKH przedstawił wymagane dokumenty.

(dowód: karty Nr 2263-2267, 2309-2311,)

W dniu 9.04.2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i o dokonany wybór (CPU ZETO) zawiadomił wykonawców, wskazując również na ilość punktów otrzymanych przez poszczególnych oferentów, spełniających kryteria formalne postępowania.

(dowód: zawiadomienie, karta Nr 2284, 2438)

Pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r. BKH skierowało do zamawiającego prośbę o przekazanie kopii ofert CPU ZETO Sp. z o.o. oraz Optimus. W zainteresowaniu BKH były w szczególności informacje o produktach, jakie ww. wykonawcy zaoferowali (marka, model, typ). Zamawiający przekazał BKH żądane informacje drogą elektroniczną w dniu 10 kwietnia 2014 r.

(dowód: korespondencja, karty Nr 2456-2457)

Pismem (fax) z dnia 10 kwietnia 2014 r. Optimus skierowało do zamawiającego prośbę o przesłanie kopii oferty CPU ZETO Sp. z o.o. Tego samego dnia drogą elektroniczną zamawiający przekazał ww. ofertę.



(dowód: korespondencja, karty Nr 2454-2455)

W dniu 11.04.2014 r. do zamawiającego wpłynęły faxem od Optimus i BKH zastrzeżenia odnośnie do wyboru najkorzystniejszej oferty. Skarżący zarzucili, że zaproponowane przez CPU ZETO urządzenie wielofunkcyjne oraz monitory są niezgodne z SIWZ. BKH wskazał ponadto, iż również zaproponowany przez oferenta zasilacz awaryjny (UPS) nie spełnia wymagań SIWZ. Wnoszący zastrzeżenia oferenci wnieśli o odrzuceniu oferty CPU ZETO jako niezgodnej z określonymi w SIWZ wymaganiami. (dowód: karty Nr 2286-2290)

Po przeanalizowaniu informacji przedstawionych w zgłoszonych zastrzeżeniach i ponownej weryfikacji oferty CPU ZETO, zamawiający podjął decyzję o jej odrzuceniu. Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej w następnej kolejności przewyższała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe. O unieważnieniu przetargu zamawiający poinformował w piśmie z dnia 15.04.2014 r. (dowód: karta Nr 2307)

Kolejny przetarg w tej sprawie ogłoszono w dn. 16.04.2014 r. W kolejnym przetargu ofertę złożyła BKH (Optimus nie przystąpił do postępowania). Oferta BKH została jednak odrzucona jako niezgodna z SIWZ. (dowód: zawiadomienie z dnia 12.05.2014 r., karta Nr 2549).

W toku kontroli w siedzibie Optimus zabezpieczono wydruki korespondencji elektronicznej pomiędzy Panem Rolandem Jurkiem i Panem Markiem Gajewskim. W e-mailu z 25.03.2014 o temacie "Re: Kłodzko" skierowanym do BKH Pan Roland Jurek informuje: „*Ja zrobiłem 3% do ceny zakupu. Może Ty na 5%*”. Do korespondencji załączono m.in. plik „*Formularz_cenowy_z_nazwami_ceny_zakupu.xls*”. Formularz przedstawia zestawienie cen na poszczególne pozycje ofertowe, podsumowując wartość brutto w kwocie **87.611,35 zł**. Powyższy formularz cenowy wymienia urządzenia w zakresie i liczbie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia Gminy Kłodzko: komputery stacjonarne NTT, monitory Acer, UPS Ever Duo, laptop Lenovo, urządzenie wielofunkcyjne HP LaserJet Pro, drukarka OKI, drukarka Xerox, kamera Panasonic, aparat Panasonic.

(dowód: karty Nr 1405-1406)

Karty produktów przekazane zamawiającemu przez Optimus oraz BKH w złożonych ofertach dotyczyły urządzeń wymienionych w formularzu cenowym z ww. korespondencji elektronicznej.

(dowód: karty produktów i certyfikaty zgodności, odpowiednio dla Optimus karty Nr 2331-2335, 2392-2430, dla BKH-System karty Nr 2264-2266, 2355-2386)

W korespondencji email z 27.03.2014 r. Pan Marek Gajewski skierował do Optimus zapytanie "*Cenę jaką mam przyjąć?*" (temat: „Re: Kłodzko”) uzyskując odpowiedź: "*+5% do cen zakupu*".

(dowód: karta Nr 1408)

Wartość brutto oferty Optimus była wyższa o ok. 3,4% od wartości określonej w ww. formularzu z załącznika do korespondencji elektronicznej z dnia 25 marca 2014 r. Wartość brutto oferty BKH w ww. przetargu była wyższa o 5,0% od wartości określonej w ww. formularzu.

(dowód: załącznik do korespondencji elektronicznej z 25.03.2014 r., karty Nr 1405-1406, protokół postępowania, karta Nr 2437)

Optimus wyjaśnił, odnosząc się do ww. okoliczności, co następuje: „*Często się tak zdarza, że BKH zapytuje Spółkę o uzyskiwane przez Spółkę ceny zakupu określonych*



produktów. (...) Treść maila mówi również o tym, że Spółka zamierzała złożyć ofertę w przetargu do Gminy Kłodzko zakładając marżę 3% od cen zakupu. W emailu jest sugestia, aby BKH założył w swojej ofercie marżę 5%.”.

(dowód: notatka z odbierania wyjaśnień w toku kontroli, karta Nr 1421)

BKH wyjaśnił, odnosząc się do treści i okoliczności ww. korespondencji elektronicznej, co następuje: „Dotyczyć to może przetargu w Gminie Kłodzko. Telefonicznie poprosiłem o sprawdzenie, jakie marże mogłyby być do uzyskania przy wsparciu partnera OKI przez producenta. 3% prawdopodobnie oznaczało, że zostało dodane do ceny zakupu uzyskanej od producenta przez spółkę Optimus, a cena drukarki OKI w mojej ofercie miała być o 5% wyższa. 5% oznaczało pewnie wartość marży dla drukarki OKI jaką można by uzyskać od dystrybutora (...)”.

(dowód: pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karta 360)

4. Przetarg ogłoszony przez Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół Świecie w dniu 22.04.2014 r. w przedmiocie: „Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V” (zwany dalej również: „Przetarg Świecie – Dobre kształcenie”).

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów, urządzeń peryferyjnych, a także urządzenia i narzędzia sieciowe.

- zestawy komputerowe- monitor, jednostka centralna, klawiatura, mysz, oprogramowanie, oprogramowanie antywirusowe, pakiet programów biurowych – 15 zestawów,
- serwer oparty na procesorze 4- rdzeniowym, 8 GbRAM- 1 szt.;
- monitor do serwera – 1 szt.;
- zasilacz awaryjny do serwera- 1 szt.;
- urządzenie wielofunkcyjne- 1 szt. ;
- mata antyelektrostatyczna + opaska antyelektrostatyczna i przewód- 4 szt.;
- zestaw podzespołów komputerowych do montażu (jednostki centralnej) – 4 zestawy,
- narzędzia do montażu komputerów- 4 zestawy,
- przyrządy pomiarowe i testery- 2 zestawy;
- serwer do montażu 1U (rack)- 1 szt.;
- switch programowalny- 24 porty- 2 szt,
- switch programowalny – 8 portów- 2 szt.;
- macierz dyskowa – 2 szt.;
- dyski sieciowe- 2 szt.;
- szafa sieciowa stojąca typu rack – 1 szt.;
- print serwer LAN- 2 szt.
- print serwer WiFi- 2 szt.;
- router WiFi – 2 szt.;

- ACCES POINT- 2 szt;
- sieci przewodowe- komponenty- 1 zestaw;
- sieci bezprzewodowe – komponenty- 1 zestaw;
- narzędzia sieciowe – 1 zestaw.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 241 oraz SIWZ, karta Nr 2907)

Wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający dokonywał zgodnie z kryterium najniższej ceny. Oferty należało składać w Powiatowym Zespole Ekonomiczno-Administracyjnym Szkół w Świeciu do dnia 30 kwietnia 2014 r. do godz. 15:15.

(dowód: SIWZ, karty Nr 2907-2912)

Złożone oferty otwarto w dniu 30 kwietnia 2014 r. o godz. 15:30. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę 66.744,04 zł brutto, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 241-242)

W postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców (w kolejności cen łącznych brutto wskazanych w formularzu ofertowym):

1. Optimus Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 84k 98-200 Sieradz- 55.294,71 zł
2. BKH System Jolanta Lis- Gajewska ul. Długa 1 68-100 Żagań – 57.763,94 zł
3. EL TORO Borkowski Błatkiewicz Sp.j ul. Raclawicka 23 73-110 Stargard Szczeciński – 70.091,55 zł

Spośród przedstawionych ofert najkorzystniejsze złożyli Optimus i BKH.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 245)

Wszystkie oferty spełniały warunki formalne i SIWZ zamówienia. Zamawiający nie wzywał oferentów do uzupełnień ofert. W ramach przetargu jako najkorzystniejszą, zamawiający wybrał ofertę Optimus, o czym poinformował wykonawców w piśmie z dnia 12 maja 2014 r., zawierającym również informację o uzyskanej przez poszczególne oferty liczbie punktów oceny.

(dowód: zawiadomienie, karta Nr 246)

Pismem z dn. 16.05.2014 r. Optimus odstąpił od zawarcia umowy z zamawiającym. Przedsiębiorca uzasadnił powyższe: „*część produktów zaproponowanych w postępowaniu została wycofana z oferty dystrybutora sprzętu, a dostępna nowa wersja jest w znacznie wyższej cenie*”.

(dowód: karta Nr 247).

W związku z powyższym zamawiający wybrał ofertę BKH, zawierając umowę w dn. 26.05.2014 r.

(dowód: zawiadomienie z dnia 19 maja 2014 r., karta Nr 248; umowa, karta Nr 2947)

Dostawa BKH dla zamawiającego w ww. postępowaniu przetargowym pokrywała się z przedmiotem faktur sprzedaży Optimus do BKH co do ilości i rodzaju urządzeń w zakresie ponad 2/3 wartości dostaw (por. tabela poniżej).

Tab. 2. Porównanie dostaw BKH do zamawiającego oraz sprzedaży Optimus do BKH w tym samym czasie.



Element oferty	Dostawa BKH dla zamawiającego	Dostawa Optimus do BKH
	szt.	szt.
zestawy komputerowych – jednostki centralne NTT W 572M	15	15
switch programowalny 24 porty Netgear Prosafe 19” FS728TP	2	2
mata elektrostatyczna z opaską i przewodem	4	4
macierz dyskowa – serwer plików QNAP TS-221	2	2
serwer druku LAN Digitus USB 2.0	2	2
serwer druku WiFi Digitus USB 2.0.	2	2
PLANET VDR-300NU router WiFi VDSL2	1	1
Router NETGEAR WNDR3700 WiFi Dual Band	1	1
Acces point EDIMAX EW-7415PND wiereless Ap PoE	2	2
Szafa stojąca sieciowa typu rack	1	1

(dowód: faktura BKH-System nr FA/205646/02 z dnia 6 czerwca 2014 r., karty nr 2958-2961, faktury Optimus nr FV/14/0487 z dnia 31 maja 2014 r. oraz FV/14/0507 z dnia 9 czerwca 2014 r., karty Nr 3083-3085, pismo PZEAS Świecie z dnia 8 listopada 2016 r., kart nr 3136)

Oprócz urządzeń i wyposażenia wymienionego w powyżej tabeli dostawa BKH-System dla zamawiającego w ww. postępowaniu przetargowym pokrywała się przedmiotem ww. faktur sprzedaży Optimus do BKH-System w zakresie ilości i rodzaju komponentów i narzędzi sieciowych, a także urządzenia wielofunkcyjnego marki OKI (opis na fakturze BKH-System dotyczył modelu MC 332dn, zaś na fakturze Optimus MC342dnw) i serwerów Solar Actina.

(dowód: faktura BKH-System nr FA/205646/02, karty nr 2958-2961, faktury Optimus nr FV/14/0487 oraz FV/14/0507, karty Nr 3083-3085)

BKH przyznało, iż faktura Nr FV/14/0487 wystawiona przez Optimus (oprócz innych faktur innych dostawców) dotyczyła produktów, których część lub całość mogła być zakwalifikowane dla dostawy w ww. zamówieniu publicznym.

(dowód: pismo BKH-System z dnia 28 października 2016 r., karta Nr 3126-3127).



Wezwaniem z dnia 24 czerwca 2016 r. Prezes Urzędu wystąpił do Optimus m.in. z następującymi zapytaniami:

Czy Przedsiębiorca był w jakimkolwiek zakresie dostawcą dla przedsiębiorcy BKH-System Jolanta Lis-Gajewska usług bądź towarów/produktów w związku z realizacją przez tego przedsiębiorcę zamówienia w wyniku wygrania przetargu wymienionego powyżej (tj. Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V’)? Jeśli tak, wskazać i udokumentować (specyfikacje, faktury itp.) zakres, ceny jednostkowe i wartość tych dostaw.

W piśmie z dnia 18 stycznia 2016 r. Przedsiębiorca wskazał, że powodem odstąpienia od zawarcia umowy z zamawiającym w ww. sprawie była niedostępność części wskazanych w ofercie produktów w zaproponowanych wcześniej przez dostawcę cenach. Wyjaśnić w związku z tym jakich konkretnie produktów (ze specyfikacji oferty) dotyczyła ta sytuacja oraz wskazać ich dostawców (nazwa, adres).

(dowód: wezwanie, karty Nr 3021-3022)

W odpowiedzi na ww. wezwanie Optimus wskazał odpowiednio, co następuje:

Nie prowadzimy ewidencji dokumentującej sprzedaż do naszych odbiorców pozwalających na stwierdzenie, czy dane urządzenie zakupione przez odbiorcę nie zostało zakupione do dalszej odsprzedaży. (...) Nie mam wiedzy, czy jakkolwiek z transakcji sprzedaży sprzętu do Przedsiębiorcy BKH-System Jolanta Lis-Gajewska była dokonana w związku z realizacją zamówienie ZS Świecie „Dobre kształcenie V”.

Brak dotyczył kas Novitus PS3000, które w chwili składania ofert były dostępne u naszego dostawcy (...) i od którego uzyskaliśmy ceny specjalne do tego postępowania.

(dowód: pismo Optimus doręczone w dniu 15 lipca 2016 r., karta Nr 3056)

Kasy fiskalne nie były jednak przedmiotem zamówienia w ww. postępowaniu, co wynika z zakresu SIWZ.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 241 oraz SIWZ, karta Nr 2907)

5. Przetarg ogłoszony przez Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół Świecie w dniu 11.06.2014 r. w przedmiocie: „Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!” (zwany dalej również: „Przetarg Świecie - Młodzi górą”).

Przedmiotem zamówienia była dostawa komputerów wraz z wyposażeniem oraz urządzenia peryferyjne (projektory, urządzenie wielofunkcyjne).

Wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty m.in.: aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków, aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS o nie zaleganiu w opłacaniu składek – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający nie żądał wniesienia wadium. Spełniające wszystkie wymogi formalne oferty były oceniane wyłącznie według kryterium ceny.

(dowód: SIWZ, karta Nr 2930, 2933)

Oferty należało składać w Powiatowym Zespole Ekonomiczno- Administracyjnym Szkół w Świeciu do dnia 23 czerwca 2014 r. do godz. 12:30.



(dowód: protokół postępowania, karta Nr 259)

Złożone oferty otwarto w dniu 23 czerwca 2014 r. o godz. 12:45. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę 103.350,00 zł brutto, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 259-260)

W postępowaniu złożyło oferty 6 wykonawców. Spośród złożonych ofert najkorzystniejszą z nich złożyło przedsiębiorstwo BKH o wartości 89.041,92 zł brutto oraz Optimus o wartości oferty 91.347,60 zł brutto.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 260, 262, pismo zamawiającego z dnia 18 marca 2015 r., karty Nr 181-186)

Oferta BKH oznaczona była datą 18 czerwca 2014 r. i wpłynęła do zawiadamiającego pocztą w dniu 20 czerwca 2014 r.

(dowód: oferta BKH, karta Nr 200; kopia koperty, karta Nr 345)

Przedsiębiorcy BKH i Optimus złożyli wnioski do zamawiającego o przekazanie drogą elektroniczną lub faxem informacji z otwarcia ofert. W otwarciu ofert w dniu 23 czerwca 2014 r. nie uczestniczyli wykonawcy. Zamawiający przekazał faxem BKH i Optimus (oraz innym wykonawcom) informacje z otwarcia ofert w dniu 24 czerwca 2017 r. (a więc po upływie terminu na składanie ofert).

(dowód: pismo zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r., karty Nr 3208-3210)

Pismem z dnia 24 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał BKH do uzupełnienia braków formalnych poprzez przekazanie aktualnych zaświadczeń ZUS oraz US, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a także oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania.

BKH załączył do oferty zaświadczenia wystawione w dniach odpowiednio 13 (ZUS) i 14 (US) marca 2014 r., a więc wcześniej, niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Ponadto BKH dołączył do oferty niewypełniony załącznik nr 4 do SIWZ (formularz oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej).

(dowód: wezwanie z dnia 24 czerwca 2014 r., karta Nr 198; Zaświadczenia załączone do oferty, karty Nr 341-342; Oświadczenie załączone do oferty, karta Nr 338)

W dniu 27 czerwca 2014 r. BKH uzupełnił braki formalne. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach potwierdzało stan faktyczny na dzień 20 czerwca 2014 r. Zaświadczenie ZUS potwierdzało niezaleganie z opłacaniem składek ZUS na dzień 24.06.2014 r., a więc dzień po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym oferta BKH została odrzucona.

(dowód: zaświadczenie ZUS, karta Nr 228, zawiadomienie z dnia 3 lipca 2014 r., karta Nr 263)

W związku z odrzuceniem oferty BKH zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2014 r. poinformował pozostałych uczestników o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybranym wykonawcą została spółka Optimus.

(dowód: Nr karty 263)

Zamawiający zawarł z Optimus umowę w dniu 10 lipca 2014 r.

(dowód: karta Nr 2962)



Jak wynika z faktury sprzedaży z dnia 25 lipca 2014 r. wystawionej przez Optimus w związku z realizacją ww. umowy z zamawiającym, Optimus dostarczył do zamawiającego następujące urządzenia:

- laptop Toshiba Satellite C55-A-1H9 (20 szt.),
- zestaw komputerowy (łącznie 20 szt.),
- projektor NEC M322W (4 szt.),
- słuchawki bezprzewodowe LH-50 (10 szt.),
- drukarka Brother MFC-J4410DW (1 szt.),
- monitor Acer B193W (10 szt.),
- głośniki i mikrofony (1 szt.)

Jednocześnie, BKH dokonało w dniu 16 lipca 2014 r. sprzedaży na rzecz Optimus łącznie 20 szt. komputerów marki NTT oraz 10 szt. monitorów LCD marki Acer B193W.

(dowód: faktura Nr FA/205678/02 z dnia 16 lipca 2014 r., karta Nr 3079)

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu o wyjaśnienie powodów niezłożenia zaświadczeń, BKH wskazał: *"nie zawsze udaje się uzyskać wymagane dokumenty na czas po zorientowaniu się, że poprzednie przestały być ważne"*.

(dowód: pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karta Nr 355 i 360 pkt 6a)

Wniosek BKH o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek ZUS wpłynął do Inspektoratu w Żarach zielonogórskiego Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) w dniu 18 czerwca 2014 r. (środa, godz. 12:11) i złożony został poprzez Platformę Usług Elektronicznych. W formularzu wnioskodawca nie sprecyzował, czy zaświadczenie odbierze osobiście, czy oczekuje jego przesłania pocztą (choć formularz zawiera wskazanie opcji „odbiorę osobiście” lub „proszę, aby zostało wysłane pocztą”). ZUS podejmował w związku z tym dodatkowy kontakt z wnioskodawcą w celu ustalenia sposobu i terminu odbioru zaświadczenia. Pracownik ZUS ustalił w rozmowie telefonicznej z BKH, iż zaświadczenie powinno zostać wysłane pocztą. Zaświadczenie zostało wydane w dniu 24 czerwca 2014 r. (wtorek), a więc w przewidzianym w art. 217 § 3 kpa siedmiodniowym terminie. Termin ważności poprzedniego zaświadczenia ZUS wydanego dla BKH upływał 13 czerwca 2014 r., a więc pięć dni przed tym, jak BKH złożył wniosek o wydanie następnego zaświadczenia.

ZUS wyjaśnił, iż w przypadku braku zaznaczenia we wniosku o wydanie zaświadczenia sposobu jego odbioru przez płatnika, podejmowany jest przez pracowników ZUS dodatkowy kontakt z wnioskodawcą w celu ustalenia sposobu dostarczenia zaświadczenia. Nie wpływa to jednak na dotrzymanie ww. ustawowego terminu załatwienia sprawy. ZUS wyjaśnił również, iż w praktyce wnioski o wydanie zaświadczenia złożone osobiście w sali obsługi klientów załatwiane są „od ręki”, natomiast wnioski wpływające za pośrednictwem innych kanałów wpływu załatwiane są niezwłocznie, z zachowaniem ustawowego terminu załatwienia sprawy.

(dowód: pismo ZUS z dnia 22 czerwca 2016 r., karta Nr 3024-3027, wydruk urzędowego poświadczenia przedłożenia, karta Nr 1890)

W okresie od początku 2013 r. do czerwca 2014 r. BKH złożyło łącznie sześć wniosków o wydanie zaświadczenia ZUS. Dwa z wniosków zostały złożone osobiście w sali obsługi klientów. W tych przypadkach zaświadczenia zostały wydane z datą wpływu wniosków. W



pozostałych czterech przypadkach wnioski zostały złożone za pośrednictwem platformy usług elektronicznych. W jednym spośród tych czterech przypadków zaświadczenie zostało wystawione w dniu złożenia wniosku, w dwóch przypadkach – w dzień następujący po dniu złożenia wniosku oraz w jednym – w szóstym dniu po dniu złożenia wniosku.

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

(dowód: pisma ZUS z dnia 22 czerwca 2016 r. oraz 27 lipca 2016 r., dowód: karty Nr 3024- 3041 oraz 3098).

6. Przetarg ogłoszony przez Urząd Marszałkowski Województwo Kujawsko-Pomorskie w dniu 28.07.2015 r. (zwany dalej również: „Przetarg Kujawsko-Pomorskie”).

W dniu 28 lipca 2015 r. Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu ogłosił zapytanie ofertowe na dostawę 14 zestawów komputerów stacjonarnych. Oferty należało kierować do zamawiającego do dnia 29 lipca 2015 r.

W związku z zapytaniami oferentów, w dniu 29 lipca 2015 r. przedłużono termin składania ofert do 30 lipca 2015 r., zmieniając jednak również treść zamówienia w zakresie ilości (do 16 zestawów) oraz w zakresie parametrów technicznych zamawianego sprzętu.

W dniu 31 lipca 2015 r. dokonano kolejnej zmiany ogłoszenia o zapytaniu ofertowym, w zakresie niektórych parametrów technicznych zamawianego sprzętu komputerowego. W związku z tym przedłużono okres składania ofert do 1 sierpnia 2015 r.

(dowód: wydruk, karta Nr 2104)

W notatce służbowej zamawiającego z dnia 30 lipca 2015 r. zawarto informacje o wartościach złożonych ofert. Spośród dwunastu złożonych ofert oferta Optimus (51.987,18 zł) była trzecia w kolejności najkorzystniejszych, zaś oferta BKH (62.582,40 zł) – ósma. Po drugiej zmianie treści ogłoszenia wpłynęły jedynie trzy oferty (brak było ofert BKH i Optimus).

(dowód: notatki służbowe zamawiającego z 30.07. i 3.08.2015 r., karty Nr 2103 i 2118)

Analiza przekazanych przez zamawiającego ofert przedsiębiorców wykazała, iż przedsiębiorcy Optimus i BKH zaoferowali produkty identyczne pod względem producentów i modeli: komputer Actina Sierra 300X Monitor Philips 223V5LSB. W obu ofertach oferowane komputery były wyposażone w procesor Intel Core i3-4150.

(dowód: oferta Optimus, karta Nr 2120, oferta BKH, karta Nr 2137)

Przekazana przez zamawiającego kopia oferty Optimus datowana była dniem 29 lipca 2015 r. i opiewała na łączną kwotę brutto 51.987,18 zł za 14 zestawów komputerów. Cena jednostkowa jednego zestawu w ofercie Optimus wynosiła zatem 3.713,37 zł. Przekazana przez zamawiającego kopia oferty BKH oznaczona była datą 29 lipca 2015 r. i opiewała na łączną kwotę brutto 62.582,40 zł za 16 zestawów komputerowych. Cena jednostkowa jednego zestawu w ofercie BKH wynosiła zatem 3.911,40 zł i była wyższa od oferty Optimus o 5,3 proc.

(dowód: oferty Optimus i BKH, karty Nr 2120-2121, 2137-2139,

W toku kontroli w siedzibie Optimus zabezpieczono wydruki korespondencji elektronicznej pomiędzy Panem Rolandem Jurkiem (Optimus) i Panem Markiem Gajewskim (BKH), dotyczącej ww. zapytania ofertowego:



BKH (28.07.2015, g. 16:28): „*To się pokazało dzisiaj rano. Na jutro e-mailem – wchodzimy?*”,

Optimus (28.07.2015, g. 16:46): „*Wchodzimy, zobacz co to za procesor. Mam jakieś wyceny z Actionu to sobie to wycenimy sami*”,

BKH (28.07.2015, g. 21:42): w treści podany link internetowy <http://bip.kujawsko-pomorskie.pl/...>,

Optimus (28.07.2015, g. 23:23): „*nasza cena zakupu (tajemnica przedsiębiorcy) netto za 1 sztukę. Moja oferta w załączniku, zrób 5% więcej*”,

BKH (29.07.2015, g. 07:26): „*Termin realizacji do 1.08. Czyli do piątku*”,

BKH (29.07.2015, g. 21:36): „*(...) to jest właściwa wersja. Zmiana ilości i ceny*”. W załączeniu korespondencja zawierała dokument elektroniczny o nazwie „*oferta_UM_kujawsko-pomorskie_poprawka.docx*”. Dokumentem tym była oferta Optimus dotycząca 16 zestawów komputerów Actina Sierra 300X z monitorem Philips 223V5LSB.

(dowód: karty Nr 1337, 1350-1351)

Optimus wyjaśnił, odnosząc się do okoliczności zgłoszenia oferty w sprawie ww. zamówienia, iż „*BKH miał najprawdopodobniej możliwość dostarczenia innego komputera (zestaw z innym procesorem)*”, w związku z czym w ww. korespondencji Optimus sugerował, aby „*w swojej ofercie BKH dał w tej opcji cenę oferty 5% ponad uzyskaną przez BKH cenę zakupu. Być może któraś z ofert (Optimus lub BKH) wygrałaby konkurs ofert.*”

(dowód: notatka z odbierania wyjaśnień z dnia 9 października 2015 r., karta Nr 1421)

Z kolei przedsiębiorca BKH wyjaśnił na wezwanie Prezesa Urzędu, odnosząc się do treści ww. korespondencji elektronicznej, co następuje: „*Sformułowanie >Wchodzimy? – Wchodzimy< mogło oznaczać, że BKH-SYSTEM skonfiguruje komputer inny niż Action'u, z innym procesorem pasującym do wymagań. W przypadku konfigurowania komputerów pod specjalne zamówienia ceny zakupu do uzyskania mogą być nieco niższe i tak mogła zostać zrozumiana sugestia w kwestii ustalania wartości. Komunikat >Moja oferta w załączniku zrób 5% więcej< oznaczała możliwą do uzyskania od producenta cenę – myślę, że urządzenia drukującego Xerox (komputer był wyceniony z konfiguratora). W rezultacie Zamawiający po wysłaniu oferty zmienił ilości, a następnie jeszcze raz zmienił wymagania*”.

(dowód: karta wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 12 października 2015 r. wraz z załącznikiem, karta Nr 346347, 350, pismo BKH z dnia 26 października 2015 r., karta Nr 361).

Prezes Urzędu poczynił również ustalenia dotyczące zachowań przedsiębiorców w trakcie innych postępowań przetargowych, nie wymienionych w sentencji zarzutu.

Zamówienie Powiatu Żnińskiego w przedmiocie „Dostawa sprzętu RTV, komputerowego i multimedialnego wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu Autostrada Kompetencji i Umiejętności” (w ramach priorytetu IX Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach POKL Działania 9.2. Podniesienie atrakcyjności i jakości szkolnictwa zawodowego), ogłoszone w dniu 8 listopada 2012 r. (zwane dalej: „przetarg Powiat Żniński”).

W postępowaniu tym przedmiotem zamówienia były m.in. tablice interaktywne oraz kasy fiskalne. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, przy czym tylko oferty BKH i Optimus podlegały ocenie. Pozostałe oferty zostały odrzucone, jako niespełniające minimalnych wymagań. Jako



najkorzystniejszą wybrano w tej sytuacji ofertę BKH (51.340,40 zł). Pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. BKH poinformowało, iż „na skutek pomyłki w obliczeniach zmuszeni jesteśmy odstąpić od podpisania umowy na dostawę sprzętu (...)”. W związku z powyższym zamawiający wybrał droższą ofertę Optimus (55.463,16 zł). Na wezwanie Prezesa Urzędu BKH wyjaśniło ponadto, iż powodem odstąpienia od zawarcia umowy było ponowne przeanalizowanie kalkulacji oferty w zakresie notebooków. Ponowna kalkulacja wg przedsiębiorcy wykazała, iż „cena ofertowa nie zawierała oprogramowania”. Przedsiębiorca wyjaśniał dalej: „To była kwota około 1000 zł netto na jednej sztuce. Przy 5 sztukach przekraczała znacząco zaplanowane korzyści”.

(dowód: pismo Starosty Żnińskiego z dnia 10.08.2015 r. wraz z załącznikami, karty Nr 1223 i 1251-1262, pismo BKH z dnia 26.10.2015 r., karta Nr 359, notatka służbowa z dnia 12.12.2016 r. wraz z załącznikami, karty Nr 3139-3167).

W postępowaniu o zamówienie publiczne „Dostawa sprzętu ICT, audiowizualnego, tablic interaktywnych wraz z oprogramowaniem oraz kserokopiarki w ramach projektu systemowego (...) Przedszkole przy szkole w Gminie Gubin” (zwanym dalej: „przetarg Gmina Gubin”) ogłoszonym przez Gminę Gubin w dniu 8 maja 2014 r. wpłynęły oferty trzech przedsiębiorców. Najkorzystniejszą cenowo ofertę złożył Optimus, następną w kolejności była oferta BKH.

(dowód: protokół postępowania, karta Nr 2709)

Pismem z dnia 26 maja 2014 r. zamawiający Gmina Gubin wezwała zarówno Optimus, jak i BKH o uzupełnienie dokumentów potwierdzających, iż wykonawca jest aktualnie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 130.000 zł brutto. BKH przekazało żądane dokumenty pismem z dnia 28 maja 2014 r., przy czym opłacenie składki na ubezpieczenie nastąpiło w dniu 9 maja 2014 r. (a więc po opublikowaniu ogłoszenia o ww. zamówieniu publicznym). OPTIMUS przesłało brakujący dokument pismem z dnia 26 maja 2014 r., jednak przesłana polisa dotyczyła okresu ubezpieczenia kończącego się w dniu 26 października 2013 r. Dokument polisy na dzień składania ofert był nieważny, co było równoznaczne z niespełnieniem jednego z warunków SIWZ i spowodowało ostatecznie odrzucenie oferty OPTIMUS. Na wezwanie Prezesa Urzędu (*tajemnica przedsiębiorcy*) S.A. przekazał jednak informację, iż OPTIMUS posiadała ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej m.in. w okresie od 28 stycznia 2014 r. do 26 października 2014 r. na sumę gwarancyjną (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł. OPTIMUS przekazała więc zamawiającemu nieważną polisę, pomimo posiadania ważnego ubezpieczenia.

(dowód: korespondencja pomiędzy zamawiającym oraz OPTIMUS i BKH, karty Nr 2757-2773; pismo ubezpieczyciela z dnia 31 marca 2017 r., karta Nr 3199)

Podsumowanie najważniejszych ustaleń:

Poniżej przedstawiono zbiorcze zestawienie okoliczności dotyczących tych postępowań przetargowych, w których poczynione ustalenia pozwalają wykazać naruszenie przez przedsiębiorców Optimus i BKH zakazu porozumień ograniczających konkurencję:



Tab. 3. Okoliczności przetargów wskazujące na porozumienie ograniczające konkurencję.

Przetarg i przedmiot dostawy	Ilość ofert	Pozycja oferty		Oferta zwycięska i jej wartość	Okoliczności wskazujące na zмовę
		BKH	Optimulus		
Przetargi wskazane w sentencji zarzutu					
Miasto Łódź 19.12.2013 r. Zestawy komputerowe z urządzeniami końcowymi, projektory	4	1	2	Optimulus 137.849,79 zł	- odrzucenie oferty BKH w wyniku braku uzupełnienia wymaganej dokumentacji (pomimo wezwania), - Oferty Optimulus i BKH zawierały identyczną niezgodność z wzorem formularza ofertowego, - oferty Optimulus i BKH były identyczne, jeżeli chodzi o określenie nazw producentów i modeli oferowanych urządzeń, - rozbieżne wyjaśnienia BKH: „Zapewne nie otrzymałem od producenta certyfikatów w wymaganym czasie” oraz „(...) zostały popełnione fatalne błędy w obliczaniu ostatecznej ceny ofertowej. (...) jej realizacja spowodowałaby znaczne straty finansowe. W tej sytuacji BKH nie uzupełniło dokumentacji”. - sprzeczność wyjaśnień BKH z innymi ustaleniami: poprawienie omyłki spowodowało podwyższenie wartości oferty BKH, co nie mogło się przyczynić do utraty opłacalności dostawy.
Kłodzko 19.03.2014 r. Zestawy komputerowe z urządzeniami końcowymi, kamera i aparat cyfrowy	6	2	3	CPU ZETO	- korespondencja elektroniczna Optimulus do BKH przed złożeniem ofert: „Ja zrobiłem 3% do ceny zakupu. Może Ty na 5%”, „Cenę jaką mam przyjąć?”, „+5% do cen zakupu”, do korespondencji załączono zestawienie produktów z cenami, - wartość oferty BKH była wyższa o 5,0% od wartości określonej w ww. zestawieniu. - korespondencja pomiędzy BKH i Optimulus w kilka godzin po otwarciu ofert: „W kłodzku wp(...) się ZETO, ciekawe na czym poszli”,
Świecie - Dobre Kształcenie 22.04.2014 r. Zestawy komputerowe z urządzeniami końcowymi,	3	2	1	Początkowo Optimulus 55.294,71 zł, po odstąpieniu Optimulus wybrano ofertę BKH 57.763,94 zł	- nieuzasadnione odstąpienie od zawarcia umowy. Optimulus wskazał jako powód zmianę oferty dostawcy w zakresie kas fiskalnych, jednak kasy fiskalne nie były przedmiotem tego zamówienia, - poddostawy Optimulus do BKH,
Kuj-Pomorskie 28.07.2015 r. Zestawy komputerowe	12	8	3	Podmiot nie objęty zarzutem	- korespondencja elektroniczna: BKH: „To się pokazało dzisiaj rano (...) wchodzimy?”, Optimulus: „Wchodzimy (...)”, „Moja oferta w załączniku, zrób 5% więcej”, - zaoferowana cena jednostkowa BKH była wyższa od ceny Optimulus o 5,3%,

Optimulus osiągnął w 2016 r. obrót w wysokości (tajemnica przedsiębiorcy) zł.



(dowód: pismo Optimus z dnia 27.02.2017 – data wpływu, karta nr 3179)

BKH osiągnął w 2016 r. obrót w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł.

(dowód: wydruk – załącznik do pisma BKH z dnia 23.02.2017 r., karta nr 3197)

Obaj przedsiębiorcy osiągnęli w 2016 r. obroty na poziomie przekraczającym 100.000 euro (wg kursu średniego euro ogłoszonego przez NBP w 30 grudnia 2016 r. na poziomie 4,424 zł).

II. Stanowisko stron postępowania

W pismach z odpowiednio 18 i 20 stycznia 2016 r. przedsiębiorcy Optimus i BKH ustosunkowali się do postawionych zarzutów wskazując, co następuje:

(dowód: pismo Optimus, karty Nr 2074-2081, pismo BKH, karty Nr 1887-1890)

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w Pabianicach w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania, z datą ogłoszenia: 10 grudnia 2013 r. (zwane dalej: „Przetarg Pabianice”).

Stanowisko Optimus:

Zdaniem Optimus nie został ujawniony żaden dowód na okoliczność, że wskazani wyżej przedsiębiorcy dokonywali jakichkolwiek uzgodnień dotyczących warunków składanych ofert i zasad postępowania. Optimus wskazał, że oferta BKH już w chwili jej złożenia była niezgodna z SIWZ. Tablica interaktywna zaoferowana przez BKH nie miała funkcji pozwalającej na jednoczesną pracę czterech osób. Wobec tego zmiana w treści oferty dokonana przez BKH doprowadziła jedynie do stanu zgodności oferowanej tablicy interaktywnej z treścią SIWZ, z kolei zmiana treści oferty musiała doprowadzić do jej odrzucenia. W opisanej sytuacji, zdaniem Optimus nie było zatem możliwe, aby zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę BKH. Optimus wskazał ponadto, iż oferty BKH i Optimus rozdzielała oferta innego przedsiębiorcy, która została jednak odrzucona z powodu jej niezgodność z SIWZ. W związku z tym w opinii Optimus nie sposób zatem określić, w jaki sposób działanie BKH miałyby rzekomo doprowadzić do wyboru oferty Optimus, skoro oferta BKH już w dacie upływu terminu składania ofert była niezgodna z SIWZ i ostatecznie nieuniknione było jej odrzucenie, a niemożliwe było przewidzenie, że druga najkorzystniejsza oferta zostanie również uznana za niezgodną z SIWZ i odrzucona.

Stanowisko BKH:

Zdaniem BKH, z okoliczności dotyczących ww. zamówienia oraz treści i zachowania BKH wynika, że przedsiębiorca ten z determinacją dążył do otrzymania tego zamówienia. Przedsiębiorca zwrócił również uwagę, iż oferty BKH i Optimus były przedzielone ofertą trzeciego wykonawcy. W ocenie BKH nieuzasadnione jest twierdzenie, że działanie BKH mogło w jakikolwiek sposób spowodować wybranie oferty spółki Optimus. Po pierwsze dlatego, że w ocenie zamawiającego treść oferty była niezgodna z wymaganiami, a po drugie, iż nie sposób było przewidzieć, iż zamawiający odrzuci także przedzielającą ofertę trzeciego wykonawcy.

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Gminę Miasto Łódź w przedmiocie: Dostawa sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 grudnia 2013 r. (zwane dalej: „Przetarg Miasto Łódź”).

Stanowisko Optimus:



Zdaniem Optimus nie został ujawniony żaden dowód na okoliczność, że wskazani wyżej przedsiębiorcy dokonywali jakichkolwiek uzgodnień dotyczących warunków składanych ofert, w tym ceny, jak również koordynacji zachowań w ramach uczestnictwa tych podmiotów w postępowaniu. Optimus nie posiadał wiedzy, z jakich przyczyn BKH nie uzupełniło dokumentacji na wezwanie Zamawiającego.

Stanowisko BKH:

BKH przyznało, że w tym postępowaniu podczas wprowadzania danych z dokumentów do arkuszy i ustalaniu cen zakupu i sprzedaży popełnione zostały fatalne błędy w obliczaniu ostatecznej ceny ofertowej, uzasadniając, że była to końcówka roku i przygotowanie odbywało się w pośpiechu. Ponadto Zamawiający zamieścił dokumentację w postaci nieedytowalnej i konieczne było wykorzystanie oprogramowania, które przekształca takie dokumenty do postaci umożliwiającej wypełnienie. Nierzadko programy konwertujące źle przekształcają (zwłaszcza tabele). Zamawiający zwracając się do BKH w tej sprawie spowodował, że ponownie przeliczone zostały ceny i po ustaleniu wartości, oferta z finansowego punktu tu była dla BKH całkowicie nieopłacalna, a jej realizacja spowodowałaby znaczne straty finansowe. W tej sytuacji BKH nie uzupełniło dokumentacji.

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Gminę Kłodzko w przedmiocie: Zakup sprzętu komputerowego, z datą ogłoszenia: 19 marca 2014 r. (zwane dalej: „Przetarg Kłodzko”)

Stanowisko Optimus:

Optimus przypomniał, że w pierwotnie toczącym się postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy CPU ZETO. Przedsiębiorcy Optimus i BKH złożyli informacje o niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego poprzez wybór oferty CPU ZETO, co było naturalnym zachowaniem wykonawców w sytuacji dostrzeżenia obiektywnej niezgodności wybranej jako najkorzystniejsza oferty z SIWZ. Po unieważnieniu postępowania Optimus nie złożył oferty w kolejnym postępowaniu, BKH natomiast złożyło ofertę, która została odrzucona. Zdaniem Optimus nie można wskazać, w jaki sposób zachowania przedsiębiorców w obu postępowaniach miałyby ostatecznie doprowadzić do wyboru oferty jednego z nich – także wobec faktu, że BKH złożyło w drugim postępowaniu ofertę niezgodną z SIWZ. Ponadto, wobec odrzucenia BKH Zamawiający nie poniósł żadnego uszczerbku finansowego.

Stanowisko BKH:

W pierwszym postępowaniu Zamawiający wybrał ofertę CPU ZETO. Ponieważ w ocenie BKH wybrana oferta nie była zgodna z wymaganiami, jakie określił Zamawiający, BKH poinformowało o tym Zawiadającego. Zamawiający unieważnił postępowanie i w opinii BKH nie sposób dowieść, że działania BKH lub Optimus miały doprowadzić do wyboru jednej z ofert na podstawie rzekomych ustaleń, tym bardziej że w drugim postępowaniu wybrano ofertę CPU ZETO, ofertę BKH odrzucono, a Optimus nie złożył oferty.

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa wyposażenia do pracowni informatycznej Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w Nowem w ramach projektu pn.: Dobre kształcenie – lepszy start zawodowy V, z datą ogłoszenia: 22 kwietnia 2014 r. (zwane dalej: „Przetarg Świecie - Dobre kształcenie”)

Stanowisko Optimus:



Zdaniem Optimus w zakresie powyższego postępowania Prezes Urzędu nie dowodzi ani poczynienia przez strony postępowania ustaleń co do oceny czy też innych warunków składanych ofert, ani też podobieństwa złożonych przez nich ofert. Optimus odstąpił od podpisania umowy z uzasadnionej przyczyny, jaką była niedostępność części oferowanych produktów u dystrybutora po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dostępne wówczas produkty miały ceny wyższe od tych, w oparciu o które została sporządzona oferta Optimus, co spowodowało, że podpisanie umowy z Zamawiającym stało się ekonomicznie nieopłacalne.

Stanowisko BKH:

BKH oświadczyło, że nie miało wiedzy na temat powodów odstąpienia od Optimusa od podpisania umowy. Jednocześnie zdaniem BKH fakt, iż „*ceny jednostkowe netto 13 z 24 pozycji ofertowych BKH było wyższe od odpowiednich cen Optimus o ok. 6%*” nie dowodzi tezy jakoby BKH i Optimus ustalali ceny ofertowe lub inne warunki. Zdecydowana większość firm, które dostarczają sprzęt komputerowy na polskim rynku korzysta z dystrybucji kilku największych firm. Zdarza się, że u wszystkich dystrybutorów cena jest prawie taka sama, jeśli zatem na 13 z 24 pozycji operowano cenami zakupu z tego samego źródła i dla przykładu firma A założyła marżę 2%, a firma B np. 8%, to różnica może wynosić 6%.

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!, z datą ogłoszenia: 11 czerwca 2014 r. (zwane dalej: „Przetarg Świecie - Młodzi górą”)

Stanowisko Optimus:

Zdaniem Optimus nie został przedstawiony żaden dowód wskazujący na dokonywanie ustaleń dotyczących warunków składanych ofert, w tym ceny, jak również koordynacji zachowań w ramach uczestnictwa tych podmiotów w postępowaniu. Optimus wyjaśnił, że w dacie ogłoszenia przetargu (11.06.2014 r.) BKH dysponowało jedynie zaświadczeniem właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wydanym na dzień 13.03.2014 r. i to zaświadczenie zostało załączone do oferty. W dniu 18.06.2014 r. BKH w drodze elektronicznej wystąpiło do ZUS z wnioskiem o wydanie aktualnego zaświadczenia. Zaświadczenie ZUS zostało wydane dnia 24.06.2014 r. Zatem BKH wystąpiło z wnioskiem o wydanie aktualnego zaświadczenia ZUS na 5 dni przed upływem terminu składania ofert, zaś wydanie zaświadczenia dopiero z datą 24.06.2014 r. należy traktować jako okoliczność niezależną od wykonawcy. Według Optimus uzasadnione jest przekonanie, że przedstawiciel BKH wystąpił do ZUS o wydanie aktualnego zaświadczenia w najwcześniejszym możliwym terminie, ponieważ nierzadko wykonawcy zapoznają się z ogłoszeniem dopiero po pewnym czasie od jego publikacji, przy czym przygotowanie i weryfikacja wymaganych dokumentów są również czasochłonne.

Stanowisko BKH:

Zdaniem BKH Prezes Urzędu nie przedstawił dowodu, który mógłby wskazywać na dokonywanie ustaleń między BKH i Optimus. W chwili składania ofert BKH dysponowało zaświadczeniem wydanym 13.03.2014 r. Jednak jeszcze przed terminem składania ofert, w dniu 18.06.2014 r., BKH złożyło elektroniczny wniosek do ZUS o wydanie zaświadczenia. BKH założyło, że wniosek zostanie wydany w tym samym dniu lub ewentualnie następnym dniem i dostarczony pocztą. Praktyką ZUS było wydawanie zaświadczeń niezwłocznie. BKH było zaskoczone tym, że zaświadczenie zostało wydane 24.06.2014 r., co przekreśliło szanse na korzystne dla BKH rozstrzygnięcie postępowania.



Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu w przedmiocie: Dostawa zestawów komputerów stacjonarnych, z datą ogłoszenia: 28 lipca 2015 r. (zwane dalej: „Przetarg Kujawsko-Pomorskie”)

Stanowisko Optimus:

Optimus wyjaśnił, że ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone w trybie zapytania o cenę. Zamawiający dwukrotnie zmieniał treść zapytania ofertowego. Optimus i BKH dwukrotnie składali ofertę. Jednakże po otrzymaniu zapytania ofertowego obaj przedsiębiorcy zrezygnowali z ubiegania się o udzielenie zamówienia i ostatecznie żaden z nich nie złożył oferty w postępowaniu. W opinii Optimus Zamawiający nie poniósł w związku z tym żadnego uszczerbku finansowego.

Stanowisko BKH:

W opinii BKH to postępowanie było prowadzone bardzo szybko i było źle przygotowane. Wymagania były mało precyzyjne, a postępowanie prowadzone było w trybie zapytania o cenę, co spowodowało, że BKH wystawiło sprzęt nie analizując dokładnie wymagań. Zamawiający następnie zmienił specyfikację. BKH poprawiło ofertę. Następnie Zamawiający ponownie zmienił wymagania. Po tej zmianie BKH nie wysłało oferty. Zdaniem BKH w tej sytuacji nie widać podstaw do tezy o próbie wpływania na wynik postępowania.

Przedsiębiorca BKH ustosunkował się do przedstawionego szczegółowego uzasadnienia zarzutów, wskazując, co następuje:

(dowód: karty Nr 3255-3258)

BKH nie zgodził się z ustaleniami Prezesa Urzędu, mającymi uzasadniać podtrzymanie 4 z 6 postawionych zarzutów.

Odnosnie **Przetargu Miasta Łódź** BKH wskazał po pierwsze, iż w jego ocenie nie ujawniono materiału dowodowego świadczącego o nawiązaniu przez BKH i Optimus niedozwolonego porozumienia. Po drugie, zdaniem BKH niekonsekwentne jest odstąpienie od zarzutu sformułowanego w pkt 1 postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego (Przetarg Pabianice), przy jednoczesnym podtrzymaniu zarzutów z pkt 2 i 4 ww. postanowienia (odpowiednio Przetarg Miasto Łódź i Przetarg Świecie – Dobre Kształcenie). Jak wskazano w SUZ, w przypadku Przetargu Pabianice BKH i Optimus złożyli identyczne oferty co do zakresu producentów i modeli urządzeń, oferty zawierały te same braki formalne, a oferta przedsiębiorcy oferującego niższą cenę (BKH) podlegała odrzuceniu, dokonano również pomiędzy ww. przedsiębiorcami sprzedaży sprzętu, który był przedmiotem dostaw dla zamawiającego. Niejasne jest zdaniem BKH, dlaczego Prezes Urzędu nie zamierza odstąpić od zarzutu dotyczącego Przetargu Miasta Łódź, skoro jedyna różnica co do ustaleń polega na tym, iż w przypadku Przetargu Miasta Łódź ofert BKH i Optimus nie rozdzielała pod względem wartości inna oferta. Po trzecie BKH nie zgadza się z oceną, iż składał rzekomo sprzeczne wyjaśnienia. BKH zwrócił uwagę, że przedsiębiorcy udzielali Prezesowi Urzędu wyjaśnień po długim czasie od zakończenia postępowania przetargowego (odnośnie powodów nieuzupełnienia wymaganej dokumentacji). Stąd w toku czynności wyjaśniających zwracał uwagę na brak szczegółowej pamięci odnośnie przebiegu postępowania przetargowego. Sytuacja, w której BKH nie otrzymałby na czas certyfikatów od producenta (jedno z podnoszonych wyjaśnień) nie wyklucza zaistnienia jednocześnie sytuacji, w której poprawienie przez zamawiającego omyłki w obliczeniu ceny spowodowałoby nieopłacalność realizacji

zamówienia (drugie z podnoszonych wyjaśnień). BKH wyjaśnił przy tym, że w SIWZ wymagane były komputery i oprogramowanie. Po uzyskaniu informacji, że doszło do poprawienia przez zamawiającego omyłki rachunkowej, BKH spostrzegło, że w kalkulacji doszło do kolejnej omyłki (polegającej na nieuwzględnieniu wymaganego oprogramowania). Cena zakupu sprzętu komputerowego (wraz z pominiętym wcześniej w kalkulacji kosztem oprogramowania) przewyższałaby wartość ceny ofertowej. Na tym polegała nieopłacalność realizacji zamówienia z punktu widzenia BKH.

Odnosnie **Przetargu Kłodzko** zdaniem BKH okoliczności towarzyszące ww. postępowaniu wykluczają sytuację, w której BKH i Optimus zamierzaliby doprowadzić do wyboru przez zamawiającego droższej oferty. Świadczy o tym zdaniem BKH m.in.:

- nie złożenie oferty przez Optimus oferty po unieważnieniu pierwszego postępowania przetargowego,

- w sytuacji unieważnienia postępowania BKH nie miał gwarancji, że w nowym postępowaniu inny wykonawca nie zaoferuje niższej ceny,

- złożenie przez BKH oferty o treści, która przesądziła o jej odrzuceniu,

- brak interesu przedsiębiorców w związku z faktem, iż Optimus nie dokonała żadnej dostawy sprzętu na rzecz BKH w związku z postępowaniem przetargowym.

Odnosnie **Przetargu Świecie – Dobre kształcenie** zdaniem BKH Prezes Urzędu nie ustalił choćby częściowej zbieżności treści ofert Optimus i BKH. Ustalenie zaś, że Optimus dokonała dostaw na rzecz BKH w zakresie sprzętu objętego zamówieniem, nie może mieć decydującego znaczenia dla przyjęcia domniemania faktycznego, że przedsiębiorcy zawarli antykonkurencyjne porozumienie. Nieprawdziwe wyjaśnienia Optimus co do powodów odstąpienia od przetargu były zapewne wynikiem błędnego przypuszczenia, co z kolei mogło wynikać z faktu, że zostało ono wyrażone po długim czasie od zakończenia postępowania o zamówienie publiczne. Nie można zatem przyjąć zdaniem BKH przyjąć, iż przedsiębiorca świadomie składał nieprawdziwe wyjaśnienia.

Co do zarzutu dotyczącego **Przetargu Kujawsko-Pomorskie**, BKH podkreśliło, że obaj przedsiębiorcy ostatecznie zrezygnowali z ubiegania o udzielenie zamówienia. Zdaniem BKH Prezes Urzędu nie wykazał, w jaki sposób na gruncie omawianego tu postępowania przedsiębiorcy mieliby dążyć do wyboru oferty jednego z nich (droższej). Nie ustalono bowiem, czy złożone pierwotnie oferty nosiły cechy, które pozwoliłyby na doprowadzenie do sytuacji w której zamawiający wybrały ofertę droższą. Ponadto konfiguracja ofert Optimus i BKH w tym przypadku (trzecie i ósme miejsce) nie pozwala przypisać zdaniem BKH przedsiębiorcom stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert.

BKH zgłosiło również **uwagi o charakterze ogólnym**. **Po pierwsze** nieuzasadnione jest przyjmowanie, że fakt identyczności złożonych ofert (pod względem oferowanych produktów) stanowi okoliczność świadczącej o zмовie. Zdaniem BKH zamawiający często formułują warunki SIWZ w taki sposób, że wymagane łączne warunki spełnia tylko jeden model urządzenia. Efektem jest identyczność lub podobieństwo ofert. Po drugie, zdaniem BKH przypisywanie przedsiębiorcom zмовy przetargowej w przypadku *Przetargu Kłodzko* i *Przetarg Kujawsko-Pomorskie*, w których ostatecznie nie doszło do złożenia ofert jednocześnie przez BKH i Optimus, jest nieuzasadnione. W przypadku *Przetargu Kłodzko* Optimus nie złożyła kolejnej oferty po unieważnieniu pierwszego, a złożona kolejny raz oferta BKH podlegała odrzuceniu. W przypadku *Przetargu Kujawsko-Pomorskie* zarówno BKH i Optimus ostatecznie nie ponowili ofert po kolejnych zmianach warunków zamówienia. BKH wnioskuje



zatem, że zachowanie przedsiębiorców w ww. przypadkach nie zmierzało do uzyskania wyboru oferty jednego z nich.

BKH podniosło również, że wysokość planowanej przez Prezesa Urzędu kary pieniężnej jest rażąco wysoka (od powyżej 1% do 3% obrotu). Przedsiębiorcy kategorycznie zaprzeczają twierdzeniu, że zawierali zakazane porozumienia. Niezależnie od tego należy wziąć pod uwagę różnice wartości ofert składanych przez obu przedsiębiorców (od 1.377,45 zł do 10.595,22 zł brutto). Zdaniem BKH różnice między cenami oferowanymi przez BKH i Optimus są relatywnie niskie w porównaniu do wysokości cen oferowanych w postępowaniach i do wysokości kwot, które zamawiający zamierzali każdorazowo przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższe powinno zostać ewentualnie uznane za okoliczność łagodzącą. Nałożenie na przedsiębiorców kary pieniężnej w planowanej wysokości według BKH istotnie zagrazi płynności finansowej przedsiębiorców, a wręcz może zagrazić dalszemu prowadzeniu przez nich działalności gospodarczej.

III. Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Ocena prawna ustalonych faktów

Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego: „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.*”¹ Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.*”² Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk³. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a więc gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom⁴.

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08.



ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców.

Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane niezależnie od ich faktycznego wpływu na rynek właściwy.⁵

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy zawarcia umowy przetargowej, został naruszony interes publicznoprawny poprzez naruszenie zasad konkurencji w postępowaniach o zamówienia publiczne, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”.⁶

Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest ocena, czy zachowania przedsiębiorców w postępowaniach o zamówienia publiczne, organizowanych przez poszczególnych zamawiających, mogły być porozumieniem, o jakim mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rynek właściwy to 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 różnice cen, koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Tym samym do wyznaczenia rynku właściwego konieczne jest jego zdefiniowanie pod względem produktowym oraz geograficznym. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Pojęcie towarów obejmuje natomiast rzeczy, również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Niniejsze postępowanie antymonopolowe dotyczy zawarcia przez BKH i Optimus porozumień ograniczających konkurencję w toku postępowań o zamówienia publiczne organizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, w tym jednostki oświatowe.

Jak wynika z opisu postępowań o zamówienie publiczne opisanych w niniejszej decyzji w części dotyczącej stanu faktycznego, przedmiotem zamówień były dostawy sprzętu elektronicznego m.in. w następujących rodzajach: komputery, drukarki, projektory, edukacyjne tablice interaktywne, kasy fiskalne, urządzenia sieciowe wraz z akcesoriami.

⁵ Por.: Z. Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s. 372

⁶ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., (sygn. akt: XVII Ama 117/05)



W niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na jakim zostało zawarte niedozwolone porozumienie jest rynek dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych.

Dystrybucja i sprzedaż sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem jest elementem szeroko pojętej branży IT (z ang. *information technology*), która stanowi połączenie zastosowań informatyki oraz telekomunikacji i obejmuje także wspomniany sprzęt komputerowy z oprogramowaniem oraz narzędzia i inne technologie związane z przetwarzaniem, przesyłaniem, przechowywaniem, zabezpieczaniem i prezentowaniem informacji. Wydaje się jednak, że zdefiniowanie rynku produktowego jako rynku dostaw produktów IT byłoby zbyt szerokie, gdyż substytucyjność podaźowa oraz popytowa występuje raczej w ramach określonych kategorii, rodzajów sprzętu i oprogramowania, aniżeli w obrębie tych produktów w ogólności. W niniejszej sprawie przedmiotem dostaw jest za każdym razem pewien system, na który składają się komputery współpracujące za pomocą oprogramowania z innymi urządzeniami (typu: projektory, urządzenia sieciowe, kamery, tablice multimedialne). System ten musi być skonfigurowany do wzajemnej współpracy, co z kolei wymaga posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia ze strony sprzedawców. Jak wskazują wyjaśnienia przedsiębiorców, dla efektywnego konkurowania o zamówienia publiczne określonego wyżej rodzaju ważne jest doświadczenie zarówno w instalowaniu oprogramowania i jego konfigurowaniu, jak i w naprawach sprzętowych i w montażu nietypowych konfiguracji sprzętowych.

Przedmiotem zamówień w przeanalizowanych w niniejszej decyzji postępowaniach przetargowych były najczęściej znaczne ilości ww. urządzeń, dlatego rynek właściwy produktowo w tej sprawie jest odrębny od rynku detalicznego w obrocie powszechnym. Ponadto dostawy były realizowane na rzecz podmiotów instytucjonalnych z sektora finansów publicznych. Działalność polegająca na dostawach ww. urządzeń dla podmiotów z sektora finansów publicznych ma swoją specyfikę pozwalającą odróżnić ją od pozostałych rodzajów dostaw o charakterze powszechnym. Dostawy te wyróżnia przede wszystkim ich tryb cechujący się rozbudowanym formalizmem procedur i wymogów, opartych na regulacjach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm., zwanej dalej „*Prawem zamówień publicznych*”). Wpływa to również na charakter i mechanizmy skoordynowanych działań zmagających się przedsiębiorców.

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfikę realizacji zamówienia należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych.

Zasięg rynku właściwego w ujęciu geograficznym w przedmiotowej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu ma wymiar krajowy. Może na to wskazywać fakt zamieszczania informacji o zamówieniach publicznych na stronach internetowych zamawiających oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto, jak wynika z zebranych informacji i dokumentów, do ogłaszanych postępowań przystępują przedsiębiorcy z terenu całego kraju. Należy również zauważyć, iż przedsiębiorcy BKH i Optimus mając swoje siedziby w różnych częściach kraju (odpowiednio województwo lubuskie i łódzkie) często są uczestnikami jako oferenci tych samych postępowań o zamówienie publiczne, zgłaszając swoje oferty dla zamawiających z różnych, odległych od siebie części kraju (w przypadku BKH np.: Opole, Brodnica w woj. kujawsko-pomorskim, Zielona Góra, Toruń, Kraków, Kołobrzeg, Częstochowa, Łódź, Wrocław; w przypadku Optimus: Kłodzko, Toruń, Łódź, Żnin, Kalisz, Wrocław, Opole,



Bydgoszcz, Kołobrzeg, Opoczno, Gliwice, Zielona Góra, Kraków - dowód: karty Nr 355-358 oraz 1281-1284).

Za przyjęciem w niniejszej sprawie krajowej definicji rynku właściwego w wymiarze geograficznym przemawia również specyfika krajowych procedur zamówień publicznych. Odbiorcami dostaw przedmiotów z określonego wyżej rynku właściwego są krajowe jednostki sektora finansów publicznych, obowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wyżej wskazano, w organizowanych przez nie przetargach swoje oferty składają przedsiębiorcy mający siedziby w różnych regionach Polski, w tym strony niniejszego postępowania antymonopolowego. Jednocześnie, ci sami przedsiębiorcy, co do zasady, nie dostarczają wskazanych wyżej urządzeń i oprogramowania na rynki zagraniczne. Poza tym, z analizy informacji zebranych w toku niniejszego postępowania wynika, że przedsiębiorcy spoza Polski, co do zasady, nie składają samodzielnie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w analizowanych postępowaniach przetargowych.

Rozpatrując kwestie rynku właściwego w niniejszej sprawie należy zarazem stwierdzić, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają zasadniczego znaczenia dla treści rozstrzygnięcia⁷. W sytuacji, kiedy da się stwierdzić, iż dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie istnieje potrzeba brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie to porozumienie wywołuje na danym rynku⁸. W niniejszej sprawie struktura rynku właściwego nie ma dla jej oceny zasadniczego znaczenia, albowiem rozpatrywane porozumienie polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie podlega wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności. Porozumienie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie podlega również wyłączeniu na podstawie żadnego z rozporządzeń wydanych przez Radę Ministrów na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kwestia stosowania m.in. tego wyłączenia omówiona jest w dalszej części decyzji). Udział w rynku właściwym stron postępowania i ich siła rynkowa nie mają zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Prezes Urzędu uznał zatem, że rynkiem właściwym w tej sprawie jest krajowy rynek dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych.

Zarzut zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – „zmowa przetargowa”

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.

⁷ Wyrok SOKiK z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt XVII Ama 98/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/2/22; wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt XVII Ama 53/07, Dz. Urz. UOKiK 2008/4/37

⁸ por.: Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/09, www.uokik.gov.pl.



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.

Status przedsiębiorców

Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o swobodzie działalności gospodarczej” – jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. 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.

W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił, iż Przedsiębiorstwo Optimus Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu (zwana dalej: „Optimus”) prowadzi jako podmiot wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS działalność handlową m.in. w zakresie sprzedaży wyposażenia biurowego, komputerów oraz sprzętu telekomunikacyjnego (52,48,A).

Jolanta Lis-Gajewska prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą BKH-System Jolanta Lis-Gajewska w Żaganiu (zwana też: „BKH”), będąc wpisaną do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Dominującą działalnością przedsiębiorcy jest sprzedaż komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania (47.41.Z).

Przedsiębiorcy w ramach realizacji zamówień publicznych zajmują się zarobkowo dostawami sprzętu komputerowego, multimedialnego, kas fiskalnych oraz oprogramowania. Obaj przedsiębiorcy dysponują dużym doświadczeniem, jeżeli chodzi o uczestnictwo w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych.

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.

Zawarcie porozumienia między przedsiębiorcami



Przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Wobec powyższego należy wskazać, że powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Z powyższego wynika, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania bądź ograniczenia konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji.

Decyzje te mogą być podjęte w różnej formie tj. np. w postaci formalnej, czyli w postaci umów, czy też niektórych ich postanowień. Ponadto za porozumienia mogą być uznane uzgodnienia nieformalne dokonane w jakiegokolwiek formie tj. np. uchwał, okólników, zaleceń, jeśli istotą tego porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców, nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Porozumieniem ograniczającym konkurencję może być dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub ich związków, które wywołuje lub grozi wywołaniem negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności są to wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów⁹. Celem wyróżnienia praktyk uzgodnionych jako kategorii porozumień ograniczających konkurencję jest uniemożliwienie przedsiębiorcom obejścia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez stosowanie takich form koordynacji zachowań, które nie osiągnęły stadium umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej współpracy zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem¹⁰.

Dla uznania działań podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji wystarczy zatem wykazanie, że skoordynowały one swoje zachowanie w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję następuje wówczas na podstawie dostępnych bezpośrednich dowodów (np. umowy, treść korespondencji) lub analizy rzeczywistych działań przedsiębiorców. Działania te muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹¹, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź zawierać elementy nieformalnej

⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 44.

¹⁰ Wyrok ETS z 14 lipca 1972 r. w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich [za: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28.

¹¹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...*, s. 45.



współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami¹². Istotą tej formy porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców poprzez świadome współdziałanie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Pomocne w udowodnieniu takiego uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami¹³.

Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zмовy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk¹⁴.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że w niniejszej sprawie dla stwierdzenia istnienia pomiędzy BKH i Optimus porozumienia ograniczającego konkurencję, konieczna jest ocena, czy działania tych przedsiębiorców w trakcie wymienionych na wstępie postępowań o zamówienia publiczne były porozumieniem w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazanym na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7. Zdaniem Prezesa Urzędu między przedsiębiorcami istniało porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie ustalenie zostało poczynione na podstawie dowodów bezpośrednich lub pośrednich uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego. Całokształt faktów i okoliczności świadczy o tym, że strony postępowania stale i ściśle ze sobą współpracowały, a w szczególności znały wzajemnie treść składanych przez siebie ofert (na etapie ich przygotowywania), współpracowały przy ich sporządzaniu i składaniu oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Ze zmovą przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, którzy powinni ze sobą konkurować o uzyskanie zamówienia, podejmują współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę). Dla wykazania naruszenia przez przedsiębiorców zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koniecznym jest udowodnienie, że przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie oraz, że cel lub skutek tego porozumienia miał charakter antykonkurencyjny. Należy przy tym podnieść - na co wskazuje się w literaturze przedmiotu - że zakaz ustanowiony art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje formy negatywnego oddziaływania na konkurencję na rynku właściwym (wyeliminowanie, ograniczenie, zapobieganie, zakłócanie, naruszenie w inny sposób), które mogą mieć zróżnicowane natężenie. [...] *W praktyce skutek prawny stwierdzonego naruszenia jest tożsamy*

¹² S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa ...*, s. 85.

¹³ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ...*, s. 45.

¹⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rhein zinc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) [za:] *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.



bez względu na to, która z tych form oddziaływania na konkurencję została rozpoznana w konkretnej sprawie.¹⁵

W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, że: „wykazanie istnienia zmywy 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, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”.¹⁶

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”.¹⁷

W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa Urzędu w celu wykazania zmyw przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101, z późn. zm.) (zwanej dalej „Kodeksem postępowania cywilnego”), 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.

Okoliczności i argumenty świadczące o działaniu w ramach zmywy przetargowej

Okoliczności i argumenty świadczące o zawarciu przez strony postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w postaci zmywy przetargowej można podzielić na:

- 1) zbieg działań lub zaniechań przedsiębiorców – w szczególności polegające na ograniczaniu lub rozstawianiu i „wycyfywaniu” ofert;
- 2) brak innego niż dążenie do ograniczenia konkurencji, wiarygodnego uzasadnienia dla ww. zachowań przedsiębiorców, co wskazuje na współpracę przedsiębiorców w ramach przetargów;
- 3) prawdopodobieństwa kontaktu przedsiębiorców – wynikające np. z całokształtu relacji pomiędzy przedsiębiorcami (powiązania gospodarcze i organizacyjne, towarzyskie).

Powyższe okoliczności rozpatrzono poniżej odrębnie w odniesieniu do tych z wymienionych w zarzucie postępowań o zamówienia publiczne, w toku których – w ocenie Prezesa Urzędu – doszło do zawarcia pomiędzy Optimus i BKH niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

W ocenie Prezesa Urzędu strony postępowania stosowały mechanizm rozstawiania i wycyfywania ofert. Oferty BKH i Optimus były „rozstawiane”, tj. oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio różnicowane, następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają dwie kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę była „wycyfywana”. Jak wykazały ustalenia poczynione przez Prezesa Urzędu, taka sytuacja miała miejsce w przypadku wskazanych w zarzucie zamówień realizowanych przez Miasto Łódź, Gminę Kłodzko, Powiatowy Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół Świecie (dostawy dla ZSP w Nowem w ramach projektu „Dobre Kształcenie”) oraz Urząd Marszałkowski woj. kuj.-pomorskiego.

¹⁵ Por. G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa, s. 161-162.

¹⁶ wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 117/05)

¹⁷ wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39



Przetarg Miasto Łódź (pkt 2 zarzutu)

W postępowaniu dotyczącym zamówienia realizowanego przez Miasto Łódź oferty BKH i Optimus okazały się najkorzystniejsze cenowo, przy czym swoje oferty złożyło jeszcze dwóch innych przedsiębiorców. W następny dzień po otwarciu ofert (tj. w dniu 31 grudnia 2013 r.) Optimus otrzymał od zamawiającego informację o oferentach i wartościach złożonych przez nich ofert. Zamawiający poinformował BKH o poprawieniu omyłki rachunkowej w zakresie sumowania poszczególnych pozycji zamówienia w rubryce „Wartość brutto”. W wyniku poprawienia omyłki wartość oferty BKH wzrosła z 127.983,67 zł do 133.704,69 zł.

Jednocześnie, zamawiający wezwał (w dniu 7 stycznia 2014 r.) obu przedsiębiorców do uzupełnienia oferty o przekazanie certyfikatów spełniania przez oferowane urządzenia norm jakości i bezpieczeństwa, a także o specyfikacje techniczne. BKH w wyznaczonym terminie (tj. do 16 stycznia 2014 r.) nie uzupełnił wymaganej informacji, co spowodowało odrzucenie oferty tego przedsiębiorcy, pomimo, że była najkorzystniejsza. W wyniku tego zamawiający wybrał ofertę Optimus, która była droższa od oferty BKH o 3%. BKH nie przedstawiło wiarygodnego, obiektywnego uzasadnienia powodu nieuzupełnienia wymaganej przez zamawiającego dokumentacji, przekazując Prezesowi Urzędu wzajemnie sprzeczne wyjaśnienia.

Zdaniem Optimus nie został ujawniony żaden dowód na okoliczność, że Optimus i BKH dokonywali jakichkolwiek uzgodnień dotyczących warunków składanych ofert, w tym ceny, jak również koordynacji zachowań w ramach uczestnictwa tych podmiotów w postępowaniu. Odnosząc się do powyższego stanowiska Prezes Urzędu wskazuje, iż wycofanie się z postępowania przetargowego lub nie podjęcie stosownych działań w reakcji na wezwanie do uzupełniania oferty przez przedsiębiorcę, którego oferta jest najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach zmywy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku wyboru lub prawdopodobieństwa wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecydowanie się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na uchylenie się od zawarcia umowy lub na działania (lub zaniechania) mogące prowadzić do odrzucenia jego oferty. Nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy lub dalszego uczestnictwa w postępowaniu przetargowym może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk. W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W toku postępowania wyjaśniającego przedsiębiorca wskazał – jako prawdopodobny powód nieuzupełnienia oferty – nieotrzymanie na czas od producentów odpowiednich certyfikatów. Ustosunkowując się do zarzutów po wszczęciu niniejszego postępowania antymonopolowego przedsiębiorca BKH wskazał zaś, iż nie uzupełnił dokumentacji wymaganej przez zamawiającego, ponieważ powtórne przeliczenie zaoferowanych cen i wartości, dokonane przez niego przy okazji wezwania zamawiającego, miało wykazać nieopłacalność realizacji oferty. Wykonanie złożonej oferty, w związku *popelnionymi fatalnymi błędami w obliczaniu ostatecznej ceny ofertowej*, miało spowodować *znaczne straty finansowe* po stronie BKH. Wyjaśnienie to jest sprzeczne z wyjaśnieniem przedstawionym wcześniej przez Przedsiębiorcę, co już samo w sobie podważa wiarygodność twierdzeń przedsiębiorcy w tym zakresie.



Należy dodatkowo wskazać, że BKH niejednokrotnie wcześniej uczestniczyło w postępowaniach o zamówienia publiczne, w których wymagane było przedstawienie certyfikatów zgodności z odpowiednimi normami takich urządzeń, jak komputery stacjonarne i przenośne, monitory, projektory czy drukarki. Jednym z podstawowych elementów działań racjonalnie postępującego przedsiębiorcy, stale uczestniczącego w postępowaniach o zamówienia publiczne w zakresie sprzętu komputerowego, jest bieżące dysponowanie aktualnymi dokumentami wymaganymi typowo przez zamawiających (w tym certyfikatami zgodności wystawianymi przez producentów). Należy przy tym zwrócić uwagę, iż jak wynika ze złożonych wyjaśnień, BKH i Optimus stale współpracują przy obsłudze przetargów m.in. w zakresie składania zamawiającym wyjaśnień (gromadzenie dokumentów, sporządzenie i wysyłanie wyjaśnień), uzgadniają również między sobą podział pracy w przygotowywaniu dokumentacji do oferty przetargowej (w tym w zakresie zdobywania zaświadczeń czy certyfikatów od producenta). Jak wynika z poczynionych ustaleń, Optimus spełnił wszystkie formalne wymagania zamawiającego, a więc również w zakresie przekazania stosownej dokumentacji. Z powyższych względów jest nieprawdopodobne, aby BKH nie posiadało wymaganych przez zamawiającego certyfikatów, skoro obaj przedsiębiorcy współpracowali ze sobą – jak wykazano poniżej – przy przygotowywaniu ofert w omawianym postępowaniu o zamówienie publiczne. Należy mieć też na uwadze, że głównym przedmiotem dostaw w ofertach obu przedsiębiorców były komputery stacjonarne marki NTT (ok. 50% wartości ofert), w których dostawie specjalizuje się – jak wynika z pozyskanych wyjaśnień – BKH.

Odnośnie twierdzeń BKH, jakoby obiektywnym powodem braku uzupełnienia wymaganej przez zamawiającego dokumentacji było uświadomienie sobie przez przedsiębiorcę nieopłacalności złożonej przez niego oferty (po ponownej kalkulacji), należy wskazać przede wszystkim, iż przedsiębiorca nie wskazał, w jakim zakresie i w jakim wymiarze popełnione zostały przez niego błędy, których skutkiem miała być nieopłacalność dostawy. Przedsiębiorca nie przedstawił również żadnych dowodów, że realizacja dostawy w oferowanych przez niego cenach przyniosłaby mu *znaczne straty finansowe*. Tezy przedsiębiorcy w tym zakresie podważają poczynione w sprawie ustalenia. Otóż błąd w ustaleniu ostatecznej wartości oferty, który został rzeczywiście popełniony i w którym BKH upatrywało konieczność „wycofania” oferty (poprzez nieuzupełnienie braków formalnych), został potraktowany przez zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa (błąd sumowania poszczególnych pozycji) nie powodujący odrzucenia oferty. Poprawienie omyłki spowodowało podwyższenie sumarycznej wartości oferty, co w żadnym razie nie mogło się przyczynić do zmniejszenia lub utraty opłacalności dostawy. Z wyżej wymienionych powodów uzasadnienie nawiązujące do nieopłacalności dostawy również samo w sobie jest niewiarygodne.

W ocenie Prezesa Urzędu BKH nie wskazało zatem okoliczności, które z racjonalnego punktu widzenia uniemożliwiały zrealizowanie złożonej przez przedsiębiorcę oferty, a co do których nie mógł mieć wiedzy przed przygotowaniem i złożeniem oferty. Racjonalnie funkcjonujący na rynku przedsiębiorca ocenia możliwości wykonania zobowiązania i wiążące się z tym ryzyko.

Ustalone przez Prezesa Urzędu okoliczności prowadzonego przez Miasto Łódź postępowania o zamówienie publiczne wskazują, iż przy przygotowywaniu swoich ofert przedsiębiorcy BKH i Optimus ściśle ze sobą współpracowali. Oferty Optimus i BKH zawierały identyczną niezgodność z wzorem formularza ofertowego określonym przez zamawiającego: w punkcie 5 i 6 zestawienia oferowanego asortymentu zamieniono wartość ilości sztuk asortymentu. Ponadto, oferty Optimus i BKH były identyczne, jeżeli chodzi o



określenie nazw producentów i modeli oferowanych urządzeń. Powyższe okoliczności dotyczące omawianego zamówienia (identyczny błąd w formularzach ofert, identyczne urządzenia) oraz przyznany przez BKH i Optimus fakt współpracy obu przedsiębiorców w wielu postępowaniach przetargowych (na etapie wyszukiwania ogłoszeń, przygotowywanie ofert, kompletowania dokumentów i składania ewentualnych wyjaśnień) pozwala Prezesowi Urzędu uznać, iż przedsiębiorcy również w tym przypadku pozostawali ze sobą w ścisłym i bieżącym kontakcie. Kontakt ten polegał w szczególności na wymianie informacji o zakresie i treści składanych ofert.

W ocenie Prezesa Urzędu opisane w powyższych okolicznościach zachowanie BKH wskazuje na działania mające charakter rozstawienia i wycofania oferty. Dla uczestników postępowania przetargowych działających w ramach zmywy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert kluczowe jest uzyskanie, po otwarciu przez zamawiającego ofert, informacji o ofertach złożonych w postępowaniu wraz z zaoferowanymi cenami. Dysponując takimi informacjami uczestnicy niedozwolonego porozumienia mogą ustalić, czy złożone przez nich oferty są kolejno dwiema najkorzystniejszymi, co stanowi warunek konieczny dla możliwości osiągnięcia przez strony postępowania założonego przez nie antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty współpracującego przedsiębiorcy zawierającej wyższą cenę. W niniejszej sprawie informację o złożonych w postępowaniu ofertach otrzymał Optimus w piśmie zamawiającego wystosowanym w dniu następującym po dniu otwarcia ofert. Należy wskazać przy tym, iż z wyjaśnień obu przedsiębiorców wynika, iż praktykują wymianę posiadanych informacji z otwarcia ofert.

Przetarg Kłodzko (pkt 3 zarzutu)

Poczynione przez Prezesa Urzędu ustalenia wskazują, iż w przypadku postępowania o zamówienie publiczne ogłoszone przez Gminę Kłodzko również doszło do rozstawienia ofert przedsiębiorców BKH i Optimus, które mogło następnie posłużyć do „wycofania” oferty tańszej w przypadku odpowiedniego układu ofert. W tym przypadku zgromadzono dowody bezpośrednie, iż przedsiębiorcy wymieniali się w korespondencji informacjami o cenach zakupu oferowanych przez nich urządzeń i co ważniejsze – ustalali między sobą marże, jakie mieli zawrzeć w składanych przez siebie ofertach. Ponieważ ustalone marże miały wspólną podstawę w postaci przyjętych jednolicie dla ww. przedsiębiorców cen zakupu, ustalanie marż w tym przypadku było tożsame z ustaleniem cen złożonych ofert.

W dniu 25 marca 2014 r. (na trzy dni przed terminem składania ofert) Optimus przesłała pocztą elektroniczną (o temacie „Re: Kłodzko”) do BKH elektroniczny plik formularza z nazwami i cenami zakupu urządzeń w zakresie i liczbie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia Gminy Kłodzko. W powyższej korespondencji padła również informacja, iż Optimus przyjęło marżę 3% ponad ceny zakupu („*Ja zrobiłem 3% do ceny zakupu*”). Optimus sugerowało przy tym, aby BKH przyjęło w swojej ofercie marżę 5% ponad ceny zakupu („*Może Ty na 5%*”). W korespondencji z dnia 27 marca 2014 r. BKH ponownie zapytuje: „*Cenę jaką mam przyjąć?*”, uzyskując odpowiedź Optimus: „*+5% do cen zakupu*”. Optimus w złożonych przed Prezesem Urzędu wyjaśnieniach przyznała, iż treść ww. korespondencji mówiła o tym, iż Optimus „*zamierzała złożyć ofertę w przetargu do Gminy Kłodzko zakładając marżę 3% od cen zakupu*”, sugerowała również, aby „*BKH założył w swojej ofercie marżę 5%*”. Porównanie sumarycznej wartości urządzeń wymienionych w ww. przekazanym elektronicznie formularzu z wartościami ofert złożonych faktycznie przez przedsiębiorców wskazuje, iż wartość oferty Optimus była wyższa o ok. 3,4% od wartości określonej w ww. formularzu, zaś oferta BKH – o 5%. Oferty Optimus i BKH wpłynęły do zamawiającego



odpowiednio w dniu 27 i 28 marca 2014 r. Nie ma zatem wątpliwości, iż przedsiębiorcy uzgodnili między sobą warunki ofert, a następnie złożyli oferty zgodnie z przyjętymi ustaleniami.

W kilka godzin po otwarciu ofert przez zamawiającego Optimus przekazał BKH informację, iż złożone przez nich oferty nie były najkorzystniejsze. W postępowaniu zamawiający wybrał ofertę innego wykonawcy, niż Optimus czy BKH. Przedsiębiorcy zgłosili jednak zastrzeżenia odnośnie wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając, iż niektóre z zaproponowanych przez wybranego dostawcę urządzenia były niezgodne z SIWZ. Zamawiający podjął decyzje o odrzuceniu oferty będącej przedmiotem zarzutów, jednocześnie, z uwagi na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej w następnej kolejności przewyższała kwotę, jako zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe.

Zdaniem Optimus nie można wskazać, w jaki sposób zachowania przedsiębiorców miałyby doprowadzić do wyboru oferty jednego z nich, a zamawiający nie poniósł żadnego uszczerbku finansowego. Również w opinii BKH nie sposób dowiedzieć, że działania BKH lub Optimus miały doprowadzić do wyboru jednej z ofert na podstawie rzekomych ustaleń, tym bardziej, że w kolejnym postępowaniu (po unieważnieniu pierwszego) ofertę BKH odrzucono, a Optimus nie złożył oferty.

Ustosunkowując się do powyższego, należy wskazać, iż w okolicznościach ww. postępowania o zamówienie publiczne ogłoszonego przez Gminę Kłodzko nie doszło do sytuacji, w której nastąpiłoby wycofanie oferty tańszej spośród ofert Optimus i BKH i wybór przez zamawiającego droższej oferty drugiego z przedsiębiorców. Niewątpliwie jednak podejmowane przez nich działania miały na celu ograniczenie konkurencji między nimi w postępowaniu przetargowym i mogły być w sprzyjających im okolicznościach wykorzystane do doprowadzenia do wyboru przez zamawiającego droższej oferty. Wymienieni wyżej przedsiębiorcy złożyli oferty o wartościach, które różniły się między sobą relatywnie niewielką kwotą i które podlegały wcześniejszemu uzgodnieniu. Zasady logiki i doświadczenie z oceny tego typu zachowań przedsiębiorców w toku postępowań przetargowych wskazują, iż celem działań współpracujących ze sobą w ten sposób oferentów, możliwym do zrealizowania jedynie wtedy, gdy ofert rozstawionych nie przedzielają inne oferty, jest uzyskanie zamówienia za cenę wyższą niż najniższa, jaką uczestnicy postępowania zaoferowaliby składając oferty niezależnie.

Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców (tj. Optimus) składa lub zamierza złożyć ofertę zawierającą cenę niższą – a więc korzystniejszą – w okolicznościach przedmiotowej sprawy musiało być obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą (przy braku ofert „rozdzielających”). Co prawda zachowanie takie może być również podyktowane nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron w przetargu nie pozwalają na przyjęcie, że sytuacja taka miała miejsce. Przede wszystkim przedsiębiorcy ustalili między sobą cenę swoich ofert przed ich złożeniem. Było więc to działania aktywne, a nie bierne wynikające z samej wiedzy co do planów drugiej strony. Ponadto, ze względu na charakter bliskiej współpracy obu przedsiębiorców (wspólne opracowywanie ofert, wzajemna wymiana dokumentacji technicznej oferowanych urządzeń, podwykonawstwo) należy przyjąć, iż oferenci mieli jednakową świadomość, co do możliwości i zakresu wystąpienia ewentualnych braków formalnych oferty.



Należy zwrócić uwagę, iż także z wyjaśnień Optimus wynika, iż podlegający ocenie przedsiębiorcy działali według opisaney wyżej strategii rozstawienia i ewentualnego „wycofania” oferty. Optimus przyznała bowiem, iż – przykładowo – w przypadku wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty „*nie zawsze jest sens, aby przygotowywać odpowiedź, jeśli może wygrać współpracująca firma*”.

Przetarg Świecie – Dobre kształcenie (pkt 4 zarzutu)

W postępowaniu dotyczącym zamówienia realizowanego przez Powiatowy Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Świeciu oferty BKH i Optimus okazały się najkorzystniejsze cenowo (spośród trzech ofert ogółem). W postępowaniu jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę Optimus. Zamawiający poinformował o tym w zawiadomieniu z dnia 12 maja 2014 r., wskazując w jego treści również informacje o pozycji nadesłanych ofert w dokonanej ocenie. Pismem z dn. 16 maja 2014 r. Optimus odstąpiła od zawarcia umowy z zamawiającym, wskazując, iż „*część produktów zaproponowanych w postępowaniu została wycofana z oferty dystrybutora sprzętu, a dostępna nowa wersja jest w znacznie wyższej cenie*”. W związku z powyższym zamawiający wybrał ofertę BKH, która była droższa od oferty Optimus o ok. 6%.

Jak wskazano już wyżej, nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy może stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk. Zdaniem Optimus w zakresie powyższego postępowania Prezes Urzędu nie dowodzi ani poczynienia przez strony postępowania ustaleń co do ceny czy też innych warunków składanych ofert. Optimus miał bowiem odstąpić od podpisania umowy z uzasadnionej przyczyny, jaką była niedostępność części oferowanych produktów u dystrybutora po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dostępne wówczas produkty miały mieć ceny wyższe od tych, w oparciu o które została sporządzona oferta Optimus, co spowodowało, że podpisanie umowy z zamawiającym stało się ekonomicznie nieopłacalne. Optimus wskazała, w odpowiedzi na uzupełniające wezwanie Prezesa Urzędu, że wskazane zamawiającemu okoliczności dotyczące dostępności zaoferowanego sprzętu dotyczyły kas fiskalnych. Jak ustalono, kasy fiskalne nie były jednak przedmiotem zamówienia w ww. postępowaniu przetargowym. Stąd nie można uznać, iż Optimus przedstawiła w tej sprawie wiarygodne i obiektywne uzasadnienia powodu, dla którego ostatecznie podjęła decyzję o wycofaniu się z przedstawionej zamawiającemu oferty.

Ustosunkowując się do przedstawionego zarzutu w powyższym zakresie, przedsiębiorca BKH wskazał, że w jego ocenie taka sama lub zbliżona rozbieżność cen poszczególnych elementów urządzeń w ofertach Optimus i BKH nie dowodzi tezy, jakoby BKH i Optimus ustalali ceny ofertowe lub inne warunki. Zdecydowana większość firm, które dostarczają sprzęt komputerowy na polskim rynku korzysta z dystrybucji kilku największych firm, a cena u każdego z nich może być prawie taka sama. W odniesieniu do powyższego Prezes Urzędu wskazuje, iż w omawianym przypadku o zmywie przetargowej świadczy ciąg okoliczności i przesłanek, które rozpatrywane łącznie można traktować jako dowód, zgodnie z zasadą dowodzenia wg tzw. domniemań faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy Kodeks postępowania cywilnego, 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. Jak wskazano wyżej, w przedmiotowej sprawie ustalono po



pierwsze, iż bezpośrednim powodem wyboru oferty BKH w postępowaniu przetargowym było odstąpienie Optimus od zawarcia umowy z zamawiającym. Odstąpienie to miało miejsce po tym, jak oferenci otrzymali informację o wyborze oferty Optimus wraz z informacją, iż następną w kolejności najkorzystniejszych jest oferta BKH. Po drugie przedsiębiorcy nie przedstawili wiarygodnego, przeczącego znowie, wytłumaczenia ww. zbiegu działań, co więcej – uzasadnienie przekazane na wezwanie Prezesa Urzędu przez Optimus okazało się zupełnie niewiarygodne, jako że przeczyły podstawowym ustaleniom faktycznym w sprawie (dotyczącym zakresu zamówienia). Kolejną ważną okolicznością świadczącą o koordynacji zachowań obu przedsiębiorców w przetargu jest fakt, iż Optimus – pomimo rezygnacji z dostawy dla zamawiającego – dokonał do BKH sprzedaży większości urządzeń i wyposażenia (co do rodzaju, modeli, producentów i ilości), które zaraz potem były sprzedane przez BKH do zamawiającego. Okoliczność ta potwierdza dodatkowo istnienie mechanizmu współdziałania przez przedsiębiorców korzyści wynikających ze skoordynowanego działania w toku postępowania przetargowego.

Dlatego też w ocenie Urzędu pomimo tego, że każda z opisanych wyżej okoliczności nie musi stanowić wystarczającego dowodu na zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, to łączna ocena powyższych przesłanek prowadzi do wniosku, że BKH i Optimus zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję. W ocenie Prezesa Urzędu wszystkie wskazane powyżej okoliczności, brane łącznie pod uwagę, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, świadczą o zawarciu przez obu przedsiębiorców porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert złożonych w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne.

Przetarg Kujawsko-Pomorskie (pkt 6 zarzutu)

Poczynione przez Prezesa Urzędu ustalenia wskazują, iż w przypadku postępowania o zamówienie publiczne na dostawę zestawów komputerowych, ogłoszone przez Urząd Marszałkowski Woj. Kujawsko-Pomorskiego doszło do rozstawienia ofert przedsiębiorców BKH i Optimus, które mogło następnie posłużyć do „wycofania” oferty tańszej w przypadku odpowiedniego układu ofert. W tym przypadku zgromadzono dowody bezpośrednie, iż przedsiębiorcy wymieniali w korespondencji informacjami o cenach zakupu oferowanych przez nich urządzeń i co ważniejsze – ustalali między sobą marże, jakie mieli zawrzeć w składanych przez siebie ofertach. Ponieważ ustalane marże miały wspólną podstawę w postaci przyjętych jednolicie dla ww. przedsiębiorców cen zakupu, ustalanie marż w tym przypadku było tożsame z ustaleniem cen złożonych ofert.

Po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu przedsiębiorcy, w toku wymiany między sobą korespondencji elektronicznej, zdecydowali o swoim udziale w postępowaniu, po czym Optimus przekazał BKH formularz własnej oferty sugerując, aby BKH złożyło odrębną ofertę o wartości o 5% wyższej. W ofercie złożonej przez BKH cena jednostkowa zestawu komputerowego była wyższa o 5,3% od ceny zaoferowanej przez Optimus. BKH ustaliło wartość swojej oferty zgodnie z sugestią Optimus. Analiza przekazanych przez zamawiającego ofert przedsiębiorców wykazała, iż przedsiębiorcy Optimus i BKH zaoferowali identyczne produkty w zamówieniu zestawów komputerów pod względem producentów i modeli: komputer Actina Sierra 300X Monitor Philips 223V5LSB. W obu ofertach oferowane komputery były wyposażone w procesor Intel Core i3-4150. Nie ma zatem wątpliwości, iż przedsiębiorcy uzgodnili między sobą warunki i zakres ofert, a następnie złożyli oferty zgodnie z przyjętymi ustaleniami.



W okolicznościach ww. postępowania o zamówienie publiczne nie doszło do sytuacji, w której nastąpiłoby wycofanie oferty tańszej spośród ofert Optimus i BKH i wybór przez zamawiającego droższej oferty drugiego z przedsiębiorców. Analogicznie jednak, jak w ww. przypadku przetargu Kłodzko, należy stwierdzić, że podejmowane przez przedsiębiorców działania miały na celu ograniczenie konkurencji między nimi w postępowaniu przetargowym i mogły być w sprzyjających im okolicznościach wykorzystane do doprowadzenia do wyboru przez zamawiającego droższej oferty. Wymienieni wyżej przedsiębiorcy złożyli oferty o wartościach, które różniły się między sobą relatywnie niewielką kwotą i które podlegały wcześniejszemu uzgodnieniu. Zasady logiki i doświadczenie z oceny tego typu zachowań przedsiębiorców w toku postępowań przetargowych wskazują, iż celem działań współpracujących ze sobą w ten sposób oferentów, możliwym do zrealizowania jedynie wtedy, gdy ofert rozstawionych nie przedzielają inne oferty, jest uzyskanie zamówienia za cenę wyższą niż najniższa, jaką uczestnicy postępowania zaoferowaliby składając oferty niezależnie. Wniosek taki potwierdza też stanowisko Optimus wyrażone w odniesieniu się przedsiębiorcy do przedstawionego zarzutu. Optimus przyznał bowiem, iż sugerował, aby BKH w swojej ofercie określił ceny uwzględniające 5% marżę, stwierdzając, że dzięki temu „*być może któraś z ofert (Optimus lub BKH) wygrałaby konkurs ofert*”. Należy jednocześnie zauważyć, że BKH wskazało, iż sugestia „*zrób 5% więcej*” dotyczyć miała możliwej do uzyskania od producenta ceny urządzenia drukującego Xerox, co jest całkowicie sprzeczne z podstawowymi okolicznościami zamówienia, w którym przedmiotem dostaw miały być wyłącznie zestawy komputerów stacjonarnych z monitorami.

Działanie przedsiębiorcy, składającego ofertę zawierającą wyższą cenę w sytuacji, w której z pewnością wie on o tym, że inny z przedsiębiorców (tj. Optimus) składa lub zamierza złożyć ofertę zawierającą cenę niższą – a więc korzystniejszą – w okolicznościach przedmiotowej sprawy musiało być obliczone na odstąpienie przez tego innego przedsiębiorcę od zawarcia umowy, w przypadku gdy okaże się ona najkorzystniejszą (przy braku ofert „rozdzielających”). Co prawda zachowanie takie może być również podyktowane nadzieją na to, że korzystniejsza oferta zostanie odrzucona ze względów formalnych, jednak okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności zaś zachowanie stron w przetargu nie pozwalają na przyjęcie, że sytuacja taka miała miejsce. Przede wszystkim przedsiębiorcy ustalili między sobą cenę swoich ofert przed ich złożeniem. Było więc to działania aktywne, a nie bierne wynikające z samej wiedzy co do planów drugiej strony. Ponadto, ze względu na charakter bliskiej współpracy obu przedsiębiorców (wspólne opracowywanie ofert, wzajemna wymiana dokumentacji technicznej oferowanych urządzeń, podwykonawstwo) należy przyjąć, iż oferenci mieli jednakową świadomość, co do możliwości i zakresu wystąpienia ewentualnych braków formalnych oferty.

Należy zwrócić uwagę, iż także z wyjaśnień Optimus wynika, iż podlegający ocenie przedsiębiorcy działali według opisanej wyżej strategii rozstawienia i ewentualnego „wycofania” oferty. Optimus przyznała bowiem, iż – przykładowo – w przypadku wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty „*nie zawsze jest sens, aby przygotowywać odpowiedź, jeśli może wygrać współpracująca firma*”.

Całokształt relacji pomiędzy Uczestnikami postępowania – powiązania gospodarcze

Przy ocenie istnienia między Stronami postępowania antymonopolowego zмовы przetargowej Prezes Urzędu uwzględnił całokształt relacji między Uczestnikami postępowania. Okoliczności wskazujące na współpracę między przedsiębiorcami wzmacniają bowiem



prawdopodobieństwo istnienia zмовы przetargowej, nawet jeśli brak jest wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Podobnie należy ocenić istnienie różnorodnych związków między przedsiębiorcami, w tym gospodarczych. Dowody zebrane w toku niniejszego postępowania antymonopolowego wskazują na istnienie takich powiązań pomiędzy przedsiębiorcami. Jak wynika ze złożonych przez przedsiębiorców wyjaśnień, BKH i Optimus stale współpracowali przy obsłudze przetargów m.in. w zakresie pozyskiwania informacji o przetargach ze wspólnie opłacanej bazy danych, gromadzenia dokumentów, sporządzenia i wysyłania wyjaśnień, uzgadniali również między sobą podział pracy w przygotowywaniu dokumentacji do oferty przetargowej (w tym w zakresie zdobywania zaświadczeń czy certyfikatów od producenta). Wymieniali więc między istotne informacje gospodarcze. Poczynione ustalenia wskazują również na powiązania gospodarcze w postaci wzajemnej wymiany handlowej, w tym na potrzeby realizacji zamówień publicznych. Okoliczności te opisane są szczegółowo w wyjaśnieniach złożonych przez obu przedsiębiorców (por. s. 3-5 niniejszej decyzji).

Powyższe fakty świadczą o istnieniu pomiędzy przedsiębiorcami złożonych powiązań gospodarczych, które zapewniały nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert.

Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności, pomimo braku w niektórych z ww. przetargów dowodów bezpośrednich, wskazuje na zawarcie przez przedsiębiorców BKH i Optimus w wymienionych przypadkach zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu, w opisanych przetargach ww. przedsiębiorcy występowali jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Strony postępowania w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowaniem ofert i dalszym zachowaniem w przetargach z ich udziałem. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes Urzędu na obecnym etapie postępowania nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zмовы przetargowej.

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”. Uwzględniając brzmienie tej regulacji należy przyjąć, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny – mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań mających na celu wpływ lub skutkujących wpływem na ostateczne wyniki przetargów, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania ofert (w tym w zakresie ceny – por. Przetarg Kłodzko, Przetarg Kujawsko-Pomorskie), w celu umożliwienia – w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno najniższe ceny – wycofywania tańszej oferty

w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Wycofanie oferty w takich przypadkach polegało na odstąpieniu od zawarcia umowy (por. Przetarg Świecie – Dobre Kształcenie) lub braku uzupełniania dokumentacji (por. Przetarg Miasto Łódź).

Zebrane dotychczas dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienia będące przedmiotem niniejszego postępowania nie tylko zmierzały do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, ale i cel ten w niektórych przypadkach faktycznie i w sposób jawny zrealizowało. Przedsiębiorcy podejmowali skoordynowane działania zakłócające konkurencję polegające m.in. na wspólnych ustaleniach co do przystąpienia do przetargu, bądź też co do wysokości oferowanych cen, co miało niejednokrotnie obserwowany na rynku skutek w postaci uzyskania zamówienia po wyższej cenie (por. przetargi Miasto Łódź, Świecie – Dobre Kształcenie). W tych przypadkach podlegających ocenie przetargów, w których nie doszło do skutku w postaci uzyskania przez jednego z przedsiębiorców zamówienia pomimo złożenia oferty z wyższą ceną (por. przetargi Kłodzko oraz Kujawsko-Pomorskie), wykazano w sposób bezpośredni, iż przedsiębiorcy uzgodnili między sobą ceny składanych ofert. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Stosowanie praktyki

Jak podkreślono wyżej, dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia nie jest konieczne jego realizowanie w praktyce, albowiem naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest już samo zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu, było uzgodnienie warunków składanych ofert oraz zachowania uczestników przetargów podczas ich trwania, w celu doprowadzenia do wyboru jednego z porozumiewających się przedsiębiorców, w szczególności tego, który zaoferował wyższą cenę.

Analizując kwestię, czy porozumienie zostało zaniechane czy trwa nadal, trzeba rozróżnić sam fakt zawarcia porozumienia od jego wykonywania. Praktyka trwała bowiem tak długo, jak długo trwały poszczególne, podlegające ocenie postępowania o zamówienie publiczne, w których stwierdzono istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego kończy się w szczególności wraz z jego unieważnieniem lub wraz z udzieleniem zamówienia po podjęciu przez zamawiającego decyzji co do udzielenia zamówienia danemu oferentowi (zawarcie odpowiedniej umowy z przedsiębiorcą będącym zwycięzcą przetargu). W przypadku zmowy przetargowej obejmującej większą liczbę postępowań przetargowych trwanie praktyki może wyrażać się większą liczbą przetargów, w których przedsiębiorcy koordynowali swoje działania mając na celu ograniczenie konkurencji. Ponieważ w niniejszej sprawie antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców wykazano w odniesieniu do czterech z określonych w zarzucie sześciu przetargów, pomiędzy grudniem 2013 r. a lipcem 2015 r., w niniejszej sprawie Prezes Urzędu przyjął, iż praktyka została zaniechana z dniem 31 lipca 2015 r. (druga zmiana warunków zamówienia w *Przetargu Kujawsko-Pomorskie*, po której przedsiębiorcy nie ponowili ofert).



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 zmów 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 określający 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 udowodnienia 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,

spoczywa na przedsiębiorcy (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. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W



związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy oraz jego ocenę prawną **Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.**

Umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego *Przetargu Pabianice* oraz *Przetargu Świecie – Młodzi górą*.

Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych w ustawie, do postępowań przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego.

Art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego stanowi natomiast, że jeżeli z jakichkolwiek przyczyn postępowanie stało się bezprzedmiotowe organ administracji publicznej umarza prowadzone postępowanie. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w tym artykule, będąca przesłanką jego umorzenia oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego. Ustalenie istnienia tej przesłanki stwarza obowiązek zakończenia postępowania w danej instancji poprzez jego umorzenie, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do jej istoty.

Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym.

Konsekwencją jednak wykazania przesłanki bezprzedmiotowości prowadzonego postępowania antymonopolowego jest wydanie decyzji o jego umorzeniu, które ma charakter obligatoryjny.

Postępowanie antymonopolowe, poprzedzające wydanie niniejszej decyzji, ujawniło przesłanki determinujące jego umorzenie wskutek braku materialnoprawnych podstaw do władczego rozstrzygnięcia o stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej przedsiębiorcom Optimus i BKH w odniesieniu do przetargów ogłoszonych przez:

1) Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic w Pabianicach w przedmiocie: Zakup i dostawa sprzętu komputerowego, multimedialnego oraz oprogramowania, z datą ogłoszenia: 10 grudnia 2013 r.,

2) Powiatowy Ekonomiczno-Administracyjny Zespół Szkół w Świeciu w przedmiocie: Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!, z datą ogłoszenia: 11 czerwca 2014 r.

Dla prawnego bytu praktyki objętej zarzutem postępowania, opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezbędne jest wystąpienie przesłanek w postaci samego zawiązania porozumienia oraz nielegalny charakter porozumienia w postaci kwalifikowanego celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. We wskazanych wyżej przypadkach przetargów (tj. w przypadku *Przetargu Pabianice* oraz *Przetargu Świecie – Młodzi górą*) zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdził dostatecznie, by wystąpiły

powołane elementy prawnie statuujące porozumienie ograniczające konkurencję, a w konsekwencji Prezes Urzędu uznał, iż zachodzi bezprzedmiotowość postępowania w odniesieniu do tych postępowań przetargowych, wynikająca z następujących przyczyn:

Po pierwsze, przeprowadzone postępowanie nie ujawniło dowodów bezpośrednich wskazujących na fakt zawarcia porozumienia między skarżonymi podmiotami. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w oparciu o analizę przesłanek i zgromadzonych dowodów pośrednich. Mimo iż istniały podstawy do wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, w jego toku nie uzyskano bezpośrednich dowodów, które umożliwiają stwierdzenie, bez żadnych wątpliwości, że działania przedsiębiorców, podejmowane w toku ww. postępowań o zamówienie publiczne, miały charakter działań zakazanych przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Co ważniejsze jednak, w toku niniejszego postępowania antymonopolowego ujawniono okoliczności, które mogą wskazywać na wyjaśnienie zbiegu określonych okoliczności i działań przedsiębiorców w inny sposób niż poprzez odwołanie się do antykonkurencyjnej koordynacji zachowań tych przedsiębiorców.

Przetarg Pabianice (pkt 1 zarzutu)

W postępowaniu dotyczącym zamówienia realizowanego przez Zespół Szkół Nr 3 im. Legionistów Miasta Pabianic najkorzystniejszą cenowo ofertę złożyło BKH. Oferty BKH i Optimus rozdzieliła oferta PPHU ZUBER, jednak w wyniku poprawienia oczywistej omyłki w ofercie tego przedsiębiorcy jej wartość ostatecznie ustalono na kwotę wyższą od kwot zaoferowanych zarówno przez BKH, jak i Optimus. Pomimo, iż oferta BKH była korzystniejsza cenowo od oferty Optimus, została przez zamawiającego odrzucona z powodu zmiany jej treści w zakresie zaproponowanej tablicy interaktywnej. BKH wskazało w ofercie tablicę umożliwiającą jednoczesną pracę przez maksymalnie 2 użytkowników, tymczasem w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania specyfikacji technicznej BKH przekazało dokumentację innej tablicy, umożliwiającej – zgodnie z SIWZ – jednoczesną pracę czterech użytkowników. Zamawiający uznał powyższe za niedopuszczalną zmianę treści oferty. Okoliczności te mogły wskazywać, iż zmiana treści oferty była ukierunkowana na wycofanie oferty przez BKH z korzyścią dla Optimus. Jednakże, jak ustalono, przekazanie przez BKH specyfikacji technicznej wskazanej w ofercie tablicy *dualpen* musiało również spowodować odrzucenie oferty BKH – jako niezgodnej z SIWZ. Oznacza to, iż oferta BKH już w momencie jej złożenia podlegała odrzuceniu. Skutek w postaci odrzucenia oferty był dla BKH nieusuwalny już w momencie wpływu ofert do zamawiającego.

BKH twierdzi, iż wpisanie do oferty modelu tablicy *dualpen* wynikało z niezamierzonego błędu, o którego istnieniu przedsiębiorca miał dowiedzieć się dopiero po otrzymaniu wezwania ze strony zamawiającego. Wprawdzie warunki SIWZ wyraźnie wskazywały na wymóg minimalny funkcjonalności „4Touch” (warunek ten wywołał liczne zapytania ze strony potencjalnych wykonawców), a BKH jest przedsiębiorcą doświadczonym w realizacji zamówień publicznych w zakresie edukacyjnych tablic interaktywnych, jednak nie ustalono innych przesłanek, które mogłyby wskazywać bezpośrednio, iż błąd w opisie złożonej oferty BKH był celowy i wynikał z porozumienia z Optimus. Co więcej, w ustalonych okolicznościach nie udało się wykazać jednoznacznie antykonkurencyjnej motywacji złożenia przez BKH oferty korzystniejszej cenowo i podlegającej jednocześnie od początku wykluczeniu. Stan faktyczny sprawy nie wskazuje tym samym na zastosowanie przez przedsiębiorców mechanizmu ograniczenia konkurencji poprzez rozstawienie i wycofywanie



ofert, ani poprzez rozstawienie tzw. ofert kurtuazyjnych, nastawionych na zasygnalizowanie zamawiającemu, że desygnowana do zwycięstwa oferta jest relatywnie korzystna.

Przetarg Świecie – Młodzi górą (pkt 5 zarzutu)

Ogłoszenie o zamówieniu „Dostawa sprzętów komputerowych i akcesoriów do szkół objętych projektem pn.: Młodzi górą!” ukazało się w dniu 11 czerwca 2014 r. (tj. w środę), termin składania ofert upłynął zaś w dniu 23 czerwca 2014 r. o godz. 12:30 (tj. w poniedziałek).

Wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS o nie zaleganiu w opłacaniu składek – wystawione nie wcześniej 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Spośród złożonych ofert najkorzystniejsze w kolejności były oferty BKH i Optimus.

Oferta BKH oznaczona była datą 18 czerwca 2014 r. (środa), zaś wpłynęła do zawiadamiającego pocztą w dniu 20 czerwca 2014 r. (tj. w piątek). Uzupełnione przez BKH, na wezwanie zamawiającego, zaświadczenie ZUS potwierdzało niezaleganie z opłacaniem składek ZUS na dzień 24.06.2014 r., a więc dzień po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym oferta BKH została odrzucona, a zamawiający zawarł umowę z Optimus (w dniu 10 lipca 2014 r.).

BKH sporządziło swoją ofertę w dniu 18 czerwca 2014 r. (środa). Termin ważności poprzedniego zaświadczenia ZUS wydanego dla BKH upłynął 13 czerwca 2014 r. (piątek). Chcąc dostarczyć ważne zaświadczenie ZUS i mieć pewność spełnienia formalnych warunków uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne, przedsiębiorca musiał dysponować zaświadczeniem wystawionym nie później, niż 23 czerwca 2014 r. (tj. w poniedziałek). Przedsiębiorca wystąpił (za pośrednictwem platformy usług elektronicznych) z wnioskiem o nowe zaświadczenie ZUS w dniu podpisania i wysłania oferty, tj. 18 czerwca w okolicach południa (na 19 czerwca 2014 r. przypadał dzień wolny od pracy – Boże Ciało). Z analizy otrzymanych z ZUS wyjaśnień, a także dokumentacji dotyczącej historii wniosków BKH o wydanie zaświadczenia wynika, iż wprawdzie najpewniejszym sposobem na jak najszybsze uzyskanie stosownego zaświadczenia jest złożenie wniosku osobiście w siedzibie inspektoratu, jednak wcześniej (w okresie od początku 2013 r.) wnioski ZUS składane przez BKH za pośrednictwem platformy usług elektronicznych były wystawiane w dniu wpływu wniosku lub w dzień następny po dniu wpływu wniosku (dowód: karty Nr 3024-3041, 3098). BKH może więc zasadnie twierdzić, iż miało przesłanki do spodziewania się, iż wniosek o wydanie zaświadczenia ZUS złożony w dniu 18 czerwca zostanie zrealizowany do 23 czerwca (tj. w tym przypadku w ciągu dwóch dni roboczych).

W otwarciu ofert w dniu 23 czerwca 2014 r. nie uczestniczyli wykonawcy, a zamawiający przekazał za pośrednictwem fax BKH i Optimus (oraz innym wykonawcom) informacje z otwarcia ofert dopiero w dniu 24 czerwca 2017 r. (a więc po upływie terminu na składanie ofert). Nie ma zatem przesłanek, aby twierdzić, że BKH mogło ewentualnie celowo zaniechać skorzystania z możliwości uzyskania na czas zaświadczenia ZUS (np. poprzez osobiste udanie się do inspektoratu ZUS) mając już wiedzę o kolejności ofert pod względem wartości. Na koniec dnia roboczego 23 czerwca (ostatni dzień składania ofert) oferenci nie znali wyników otwarcia ofert, BKH mogło też nie mieć informacji, że zaświadczenia ZUS nie wystawiono w terminie. W tej sytuacji konsekwencje wystawienia zaświadczenia ZUS po terminie były dla BKH nieusuwalne. Nawet, gdyby przyjąć, iż BKH nie podjęło wszystkich możliwych działań w celu uzyskania zaświadczenia ZUS na czas i w związku z tym liczyło się już od początku (tj. z chwilą złożenia oferty) z tym, że jego oferta może być odrzucona, nie jest jednoznaczny antykonkurencyjny motyw takich ewentualnych zaniechań. Podobnie, jak w przypadku



Przetargu Pabianice, nie ma wystarczających przesłanek dla uznania, że oferta BKH miała od początku charakter oferty kurtuazyjnej, bądź miała na celu zastosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert.

W ocenie Prezesa Urzędu, omówioną wyżej sekwencję okoliczności (skutkujących odrzuceniem tańszych ofert BKH z korzyścią dla Optimus) w *Przetargu Pabianice* oraz *Przetargu Świecie – Młodzi górą* można wyjaśnić inaczej, niż porozumieniem tych przedsiębiorców. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że postępowanie niniejsze powinno zostać, na podstawie art. 105 §1 k.p.a., umorzone w części, tj. w odniesieniu do *Przetargu Pabianice* oraz *Przetargu Świecie – Młodzi górą*, gdyż stało się w tym zakresie bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym **Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.**

IV. 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 niewylączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.

Jako zasadę w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* przyjęto zatem, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 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



materialów, 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”.

Treść art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jednoznacznie wskazuje na uzależnienie dopuszczalności nałożenia kary pieniężnej za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, od spełnienia przesłanki choćby nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Kara pieniężna może zaś zostać nałożona również w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Skuteczna polityka przeciwdziałania tego typu praktykom wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.

Prezes Urzędu, decydując o wymiarze kary pieniężnej ma obowiązek uwzględnić 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 i działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Wskazać przy tym należy, iż pod względem szkodliwości (natury) naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia:

- bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku),
- naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów) oraz
- naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu dokonał w pierwszej kolejności oceny natury stwierdzonego naruszenia. Porozumienie zostało zawarte między przedsiębiorcami działającymi na tych samych szczeblach obrotu, jest to tzw. porozumienie horyzontalne. Przedmiotem tego porozumienia było ustalanie warunków składanych ofert oraz uzgadnianie wzajemnych zachowań podejmowanych w toku postępowań przetargowych. Uwzględniając te okoliczności, Prezes Urzędu zakwalifikował kwestionowane porozumienie jako bardzo poważne naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.



Natura naruszenia skutkuje wysokością kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary, jako baza do dalszych wyliczeń kształtuje się dla poszczególnych naruszeń następująco:

- powyżej 1%, jednak nie więcej niż 3% obrotu w przypadku naruszeń bardzo poważnych,
- powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1% obrotu w przypadku naruszeń poważnych,
- powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2% obrotu w przypadku naruszeń pozostałych.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Prezes Urzędu na dalszym etapie miarkowania kary postanowił indywidualizować proces jej kalkulowania w przypadku każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przesłanki łagodzące oraz obciążające przedsiębiorców, uzasadnienia kar są podobne. Nie oznacza to jednakże, iż wysokość kar nie została zindywidualizowana.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, a kwota bazowa, stanowiąca podstawę dalszych wyliczeń kary nałożonej ustalona została na poziomie (*tajemnica przedsiębiorcy*)% obrotu osiągniętego przez przedsiębiorców w 2016 r.

Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary
Optimus	(<i>tajemnica przedsiębiorcy</i>)
BKH	(<i>tajemnica przedsiębiorcy</i>)

Prezes Urzędu wziął pod uwagę specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, a w szczególności strukturę rynku właściwego, na którym doszło do zawarcia porozumienia. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że krajowy rynek dostaw komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania dla jednostek sektora finansów publicznych jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców i na którym nie występują istotne bariery wejścia.

Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację – w wyniku przyjętej strategii – określonego zachowania w trakcie kilku przetargów, a także negatywne skutki dla uczestników rynku (czyli organizatorów przetargów) w przypadku *Przetargów Miasto Łódź* oraz *Przetargu Świecie – Dobre Kształcenie*, poprzez faktyczne doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy oferującego wyższą cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku, działaniem stron postępowania oraz skutkami rynkowymi postanowiono na tym etapie kalkulacji zwiększyć kwotę bazową o (*tajemnica przedsiębiorcy*)%, tj. do kwoty 22.746,69 zł w przypadku Optimus oraz 8.843,57 zł w przypadku BKH.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki powinna mieć wpływ na

wysokość kary szczególnie w sytuacji, gdy prowadzi do zwiększenia korzyści uzyskanych przez przedsiębiorców dopuszczających się naruszenia lub szkody ponoszonej przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Rozważając przesłankę długotrwałości naruszenia Prezes Urzędu wziął pod uwagę ramy czasowe zawartego porozumienia obejmujące okres od ogłoszenia pierwszego z przetargów wymienionych w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego (tj. Przetargu Miasto Łódź ogłoszonego w dniu 19 grudnia 2013 r.) do momentu złożenia przedsiębiorców ofert w postępowaniu Województwa Kujawsko-Pomorskiego (tj. do dnia 29 lipca 2015 r.), będącego ostatnim z podlegających ocenie postępowań przetargowych. W przypadku zmowy przetargowej obejmującej większą liczbę postępowań przetargowych długotrwałość praktyki może wyrażać się większą liczbą przetargów, w których przedsiębiorcy koordynowali swoje działania mając na celu ograniczenie konkurencji. Ponieważ w niniejszej sprawie antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców wykazano w odniesieniu do czterech z określonych w zarzucie sześciu przetargów, pomiędzy grudniem 2013 r. a lipcem 2015 r., w niniejszej sprawie Prezes Urzędu przyjął, iż porozumienie było długotrwałe.

Powyzsza okoliczność została uwzględniona przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na obydwu przedsiębiorców, co znalazło odzwierciedlenie w zwiększeniu bazowej kwoty kary o (*tajemnica przedsiębiorcy*)%, tj. do kwoty 34.120,03 zł w przypadku Optimus oraz 13.265,35 zł w przypadku BKH.

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). 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 ustalonym stanie faktycznym sprawy Prezes Urzędu ocenił, iż okolicznością łagodzącą w sprawie jest zaniechanie zarzucanej przedsiębiorcom zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił zaś umyślny charakter naruszenia. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że ww. przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w przetargach, której celem 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. Działania te – w ocenie Prezesa Urzędu – były dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.

Zachowań wykonawców w postępowaniu przetargowym nie można uznać za niezamierzone, czy pozbawione określonego planu. Zważywszy, że dotyczy to przedsiębiorców, którzy nie rozpoczynają działalności gospodarczej, ale funkcjonują na



rynku od wielu lat i brali wielokrotny udział w postępowaniach przetargowych, trudno przyjąć, iż podejmowane przez strony działania i czynności miały charakter nieświadomy, czy przypadkowy.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki zawinienia, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć¹⁸. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych¹⁹.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenia zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają charakter umyślny.

Powyższa ocena wynika przede wszystkim z faktu, że w przedmiotowa sprawa dotyczy profesjonalnych uczestników obrotu rynkowego. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości dokonanego naruszenia. Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniach o zamówienie publiczne byli świadomi, iż prowadzone one były w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w ustawie w ww. ustawie (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy).

Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt XVII Ama 106/08) stwierdził, iż *Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania.*

Prezes Urzędu nie znajduje innych okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie lub podwyższenie kary czyli okoliczności obciążających lub łagodzących, o których mowa w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uwzględniając łącznie wymienione wyżej okoliczności łagodzącą i obciążającą, w odniesieniu do obydwu przedsiębiorców postanowiono zwiększyć kwoty kar o *tajemnica*

¹⁸ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

¹⁹ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.



przedsiębiorcy) % w stosunku do kwoty ustalonej na poprzednim etapie, tj. tj. do kwoty 40.944,04 zł w przypadku Optimus oraz 15.918,42 zł w przypadku BKH.

Mając zatem na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczność łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji, kary w wysokości: 40.944,00 zł w przypadku Optimus oraz 15.918,00 zł w przypadku BKH.

Wysokość ww. kar pieniężnych mieści się w granicach ok. (*tajemnica przedsiębiorcy*)% wysokości maksymalnej kary jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie.

Prezes Urzędu przyjął, że kary w takiej wysokości są adekwatne do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz współmierne do możliwości finansowych przedsiębiorców. W ocenie Prezesa Urzędu, ww. kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w III punkcie sentencji niniejszej decyzji.

V. 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. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w kwocie 62,00 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa złote 00/100) w odniesieniu do Optimus oraz w kwocie 62,00 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa złote 00/100) w odniesieniu do BKH, a więc w odniesieniu do każdej ze stron postępowania, wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pouczenia

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określone wyżej kary pieniężne należy uiszczyć, 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 Łodzi, 90-113 Łódź, ul. Traugutta 25.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach, zawartego w punkcie IV 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 Łodzi, 90-113 Łódź, ul. Traugutta 25.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Łodzi*

Tomasz Dec

Otrzymuje:

