



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-410/4/13/MS

Warszawa, dnia 2 października 2017 r.

DECYZJA nr DOK - 2/2017

- I.** Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 101), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie przez Unicom Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dawniej: Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie) i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 21 listopada 2012 r.
- II.** Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 101), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie przez Unicom Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie

oraz Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez Komendę Główną Policji i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 10 grudnia 2012 r.

III. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego umarza wobec Agama Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Agama Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Unicom Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach:

1. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dawniej: Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie) oraz
2. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez Komendę Główną Policji.

IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 101) oraz stosownie do art. 263 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *kodeks postępowania administracyjnego* (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 868) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża kosztami postępowania antymonopolowego Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach w kwocie 419,54 zł (słownie: czterysta dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt cztery grosze) i zobowiązuje do ich uiszczenia na

rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

- V. Na podstawie art. 77 ust. 2 i art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 101), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowił odstąpić od obciążenia kosztami postępowania antymonopolowego Unicom Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „Prezes Urzędu” lub „Prezes UOKiK”) w następstwie pozyskania informacji ze śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie (sygn. V Ds. 111/12) w związku z ogłoszonym przez Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „PSG”) przetargiem na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie (znak: KSG/DZ/22/45/2/12, dalej również jako: „Przetarg PSG”) oraz z ogłoszonym przez Komendę Główną Policji (dalej jako: „KGP”) przetargiem na zakup akumulatorów do mobilnych terminali noszonych (sygn. 207/BŁiII/12/EMI, dalej jako: „Przetarg KGP”).
- (2) Prezes UOKiK pozyskał z akt ww. śledztwa informacje dotyczące organizacji i przebiegu przetargów oraz kopie protokołów wyjaśnień złożonych w nim przez podejrzanych.
- (3) Na tej podstawie, w dniu 20 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem naruszenia przez Unicom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie w upadłości likwidacyjnej, dalej jako: „Unicom”), Agama Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Agama”) oraz Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako: „Wasko”) art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej również jako: „Ustawa”).
- (4) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Wasko pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. ustosunkowała się do zarzutów zawartych

w ww. postanowieniu, zaprzeczając zawarciu porozumienia z Unicom oraz Agama. Pozostałe strony nie odniosły się do przedstawionych im zarzutów.

- (5) Postanowieniem z dnia 29 sierpnia 2014 r. Prezes UOKiK zaliczył w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym prowadzonym przeciwko Unicom, Agama oraz Wasko dokumenty pozyskane z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa o sygn. akt: V Ds. 111/12.
- (6) Pismem z dnia 9 lipca 2015 r., Prezes UOKiK otrzymał informację od syndyka masy upadłości Unicom o ogłoszonej w dniu 4 września 2014 r. upadłości w celu likwidacji majątku spółki Unicom.
- (7) W trakcie postępowania, Prezes UOKiK uzyskał informację o ogłoszonej w dniu 17 sierpnia 2015 r. upadłości Agama obejmującej likwidację majątku dłużnika. Następnie postanowieniem Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie X Wydziału Gospodarczego dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych z dnia 10 marca 2016 r. ww. postępowanie upadłościowe zostało umorzone.
- (8) W dniu 23 listopada 2015 r. Prezes UOKiK przeprowadził w sprawie rozprawę administracyjną.
- (9) Pismami z dnia 27 listopada 2015 r. Prezes Urzędu poinformował strony o zakończeniu postępowania dowodowego, pouczając je równocześnie o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i przedstawienia ewentualnego, ostatecznego stanowiska w sprawie. Z uprawnienia do zapoznania się z aktami sprawy i przedstawienia ostatecznego stanowiska w sprawie skorzystała Wasko.
- (10) W tym miejscu należy zauważyć, że część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Wobec powyższego tego rodzaju informacje, które dla adresatów decyzji pozostają jawne, w publicznie dostępnej treści decyzji zostały ujęte w nawias kwadratowy, oznaczone: **[informacja chroniona]** i pozostaną niewidoczne.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił co następuje.

- (11) Przedmiotem postępowania przeprowadzonego w niniejszej sprawie była ocena, w aspekcie zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazu porozumień ograniczających konkurencję, zachowania polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargów zorganizowanych przez PSG oraz KGP warunków składanych w tych przetargach ofert.
- (12) Informacje pozyskane z prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa (sygn. V Ds. 111/12) sugerowały, że w przetargu zorganizowanym przez PSG na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie (znak: KSG/DZ/22/45/2/12) pomiędzy Wasko i Unicom doszło do uzgodnienia parametrów składanych ofert oraz ustalenia, że Unicom jako potencjalny konkurent Wasko złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego niż oferta spółki Wasko wytypowana na ofertę zwycięską.
- (13) Z wyjaśnień podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) oraz podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) wynikało, że [– **informacja chroniona**]. Spółka Unicom miała sprzedać Wasko komputery za kwotę niższą niż sama zamierzała zaoferować w przetargu pod warunkiem, że Wasko zapłaci Unicom należność w krótszym terminie niż termin zapłaty wynagrodzenia określony przez zamawiającego w SIWZ. Wasko i Unicom złożyły osobne oferty na dostawę sprzętu komputerowego. Podczas trwania aukcji spółki Wasko i Unicom utrzymywały stały kontakt telefoniczny. Jak wynikało z wyjaśnień podejrzanym podczas tego kontaktu spółki miały wymieniać informacje na temat pozycji, na których w trakcie aukcji elektronicznej znajdują się ich oferty. Jako najkorzystniejsza w przetargu wybrana została oferta Wasko a Unicom sprzedał Wasko sprzęt komputerowy niezbędny do realizacji zamówienia.

Dowód:

- wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 18- 19 akt. adm.
 - wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**](pracownika Wasko), k. 401 - 403 akt. adm.
- (14) Informacje pozyskane z ww. śledztwa odnośnie do Przetargu KGP wskazywały natomiast, iż pomiędzy Wasko, Unicom i Agama mogło dojść do uzgodnienia

parametrów składanych ofert. Z wyjaśnień podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) wynikało, że Unicom przekazała spółce Wasko informacje o cenie zawartej w ofercie Agama. Agama jako potencjalny konkurent Wasko miała złożyć ofertę celowo mniej korzystną dla zamawiającego niż oferta spółki Wasko wytypowana na ofertę zwycięską. Przedsiębiorcy mieli bowiem ustalić, że cena zaoferowana przez Wasko miała być niższa niż cena zawarta w ofercie Agama.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k.23 akt. adm.*

I. Strony postępowania

I.1. Agama Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- (15) Agama jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000188351. Jedynym wspólnikiem spółki jest spółka Unicom. Przedmiotem działalności spółki jest m.in. produkcja opakowań i wyrobów drewnianych, z papieru i tekstury, z tworzyw sztucznych oraz produkcja i sprzedaż elementów elektronicznych, komputerów i urządzeń peryferyjnych.
- (16) Postanowieniem z dnia 17 lipca 2015 r. Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie X Wydział Gospodarczy do spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość Agama obejmującą likwidację majątku dłużnika oraz wyznaczył syndyka w osobie Pana [– **informacja chroniona**] (sygn. akt: X GU 852/15).

Dowód:

- *informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 22 września 2015 r.,*
 - *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Agama – p.[– **informacja chroniona**], k.794 akt. adm.*
- (17) Postanowieniem z dnia 10 marca 2016 r. Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych umorzył postępowanie upadłościowe toczące się wobec Agama sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: X GUp 382/15). W ocenie Sądu z uwagi na fakt nie zgłoszenia wierzytelności przez żadnego wierzyciela, brak wierzytelności umieszczanych na liście z urzędu, przyjąć należało,

że postępowanie stało się bezprzedmiotowe. Orzeczenie stało się prawomocne dnia 28 marca 2017 r.

Dowód:

- *informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 11 lipca 2017 r.,*
- *postanowienie Sądu Rejonowego dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie X Wydział Gospodarczy do spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych z 10 marca 2016 r. (sygn. akt: X GUp 382/15)*

I.2. Unicom Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie

- (18) Unicom jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000187944. Przedmiotem działalności gospodarczej spółki jest przede wszystkim sprzedaż komputerów, sprzętu elektronicznego i telekomunikacyjnego oraz działalność w zakresie telekomunikacji.
- (19) Postanowieniem z dnia 4 września 2014 r. Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy w Warszawie Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy do spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość Unicom obejmującą likwidację majątku upadłego i wyznaczył syndyka w osobie Pani [– *informacja chroniona*] (sygn. akt: X GU 422/14).

Dowód:

- *informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 22 września 2015 r.*
- *odpis postanowienia Sądu z dnia 4 września 2014 r., k. 591 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[– informacja chroniona] (pracownika Unicom), k.772 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[– informacja chroniona] (pracownika Unicom), k.777 akt. adm.*
- *przesłuchanie strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[– informacja chroniona], k.797 akt. adm.*

I.3. Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach

- (20) Wasko jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Gliwicach Wydział X Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000026949. Przedmiotem działalności spółki jest projektowanie i wytwarzanie oprogramowania oraz realizacja kompleksowych usług w zakresie wdrażania, utrzymania i eksploatacji systemów informatycznych. Spółka dostarcza rozwiązania dla średnich i dużych przedsiębiorstw, głównie z sektora

paliwowo-energetycznego, telekomunikacyjnego, finansowego i ochrony zdrowia, nauki i szkolnictwa wyższego, a także dla administracji rządowej i samorządowej.

Dowód:

- informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 22 września 2015 r.,
- informacja ze strony internetowej spółki: www.wasko.pl, data dostępu: 22 września 2015 r.

II. Produkty i przetargi objęte analizą Prezesa UOKiK

II. 1 Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

(21) W dniu 26 października 2012 r. Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dawniej: Karpacka Spółka Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie¹) ogłosiła przetarg na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie.

Dowód:

- ogłoszenie o wszczęciu postępowania z dnia 26 października 2012 r., k. 469-470 akt. adm.

(22) Przedmiot zamówienia podzielony był na 7 części: 1) nośniki danych, 2) oprogramowanie narzędziowe, 3) urządzenia odczytowe, 4) podzespoły informatyczne, 5) urządzenia peryferyjne, 6) wsparcie techniczne, 7) przełączniki. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Każdy wykonawca mógł złożyć ofertę na dowolną liczbę części zamówienia.

Dowód:

- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w formie aukcji elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z października 2012r., k. 441-472 akt. adm.*

(23) Przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu było zachowanie przedsiębiorców związane z trzecią częścią zamówienia, obejmującą urządzenia odczytowe.

(24) Urządzenia odczytowe (urządzenia przenośne Durabook U12C - Notebook) wykorzystywane są do pracy w terenie do odczytu, konfiguracji i obsługi urządzeń pomiarowych i telemetrycznych zamontowanych na stacjach gazowych oraz u odbiorców gazu ziemnego. Urządzenia te oferują dobre parametry w zakresie:

¹ W dniu 1 lipca 2013 r. nastąpiło formalne połączenie spółek gazownictwa Grupy Kapitałowej PGNiG. W miejsce dotychczasowych sześciu operatorów dystrybucyjnych (w tym Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie) utworzono jedną spółkę pod nazwą PGNiG SPV Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Z dniem 12 września 2013 r. zmieniła się nazwa spółki z PGNiG SPV 4 Sp. z o.o. na Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pismo PSG z dnia 21.05.2015 r.).

eksploatacji urządzenia w niskich i wysokich temperaturach (wydłużona praca baterii, temp. od -20 °C do 50°C), pracy w podwyższonej wilgotności oraz zapyleniu terenu (podwyższona odporność obudowy), wytrzymałości na wibracje, wstrząsy i upadki (obudowa ze stopu magnezu wraz z uchwytem w formie walizki), wyświetlania obrazu (obracany ekran, przystosowany do pracy w terenie), opcja montażu portu RS 232, modemu GSM oraz modułu GPS.

- (25) W ramach Przetargu PSG przewidziano zakup 8 urządzeń odczytowych po jednym dla każdego z 8 zakładów zamawiającego, na potrzeby wyposażenia służb technicznych Działów Dyspozycji oraz Sekcji Pomiarów i Łączności.

Dowód:

- *pismo PSG z dnia 21 maja 2015 r., k. 438-439 akt. adm.*
- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w formie aukcji elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z października 2012 r., k. 441-472 akt. adm.*

- (26) Postępowanie zorganizowane przez PSG prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego w formie aukcji elektronicznej. Zgodnie z SIWZ aukcja elektroniczna miała się odbyć jeśli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 oferty wstępne.

Dowód:

- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w formie aukcji elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z października 2012 r., k. 445 akt. adm.*

- (27) Aukcja elektroniczna to sposób wyboru zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji. W postępowaniu biorą udział wykonawcy, którzy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej wraz z wymaganymi dokumentami oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania wniosków. Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej, udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejsze warunki

Dowód:

- *Regulamin Udzielania Zamówień innych niż Zamówienia Publiczne* w KSG sp. z o.o. w Tarnowie załącznik nr 7 do pisma PSG z 4.08.2014r., k.368-370 akt. adm.
- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w formie aukcji elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z października 2012r., k. 445-446 akt. adm.*

(28) Aukcja w postępowaniu zorganizowanym przez PSG przeprowadzona została z użyciem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego. Zgodnie z Regulaminem Aukcji Elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie, parametry oferty ustalone w wyniku aukcji są parametrami ostatecznymi oraz zostaną uznane jako parametry do zamówienia, o ile oferta oferenta zostanie wybrana. Wartością licytowaną na aukcji jest cena netto w PLN. Na konsoli ofert, oferenci widzą jedynie wartość oferty prowadzącej oraz wartość własnej oferty. Cena wywoławcza w aukcji jest równa ofercie złożonej na etapie składania oferty wstępnej. Aukcja odbywała się według reguły zniżkowej „aukcji angielskiej”, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona niższa, co najmniej o skok aukcyjny, od aktualnie najniższej oferty. Oferent nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio zaproponowanej przez siebie oferty cenowej. Skok aukcyjny wynosił dla części trzeciej zamówienia dotyczącej urządzeń odczytowych 40 zł.

Dowód:

- *Regulamin Udzielania Zamówień innych niż Zamówienia Publiczne* w KSG sp. z o.o. w Tarnowie załącznik nr 7 do pisma PSG z 4.08.2014r., k. 368-370 akt. adm.;

(29) Termin składania ofert wstępnych w przetargu wyznaczono na dzień 14 listopada 2012 r. godz. 10:00. Termin aukcji elektronicznej wyznaczono na dzień 14 listopada 2012 r. godz. 11:00.

Dowód:

- *ogłoszenie o wszczęciu postępowania z dnia 26 października 2012 r., k. 469-470 akt. adm.*

(30) Szacowana wartość całego zamówienia wynosiła 450.000,00 zł, z czego przewidywana przez PSG wartość szacunkowa części trzeciej zamówienia dotyczącej urządzeń odczytowych wynosiła 50.000,00 zł.

Dowód:

- *pismo PSG z dnia 21 maja 2015 r., k. 439 akt. adm.*

- (31) Kryterium, które zamawiający brał pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu, była jedynie cena brutto oferty (waga 100%).

Dowód:

- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w formie aukcji elektronicznej na dostawę urządzeń, podzespołów oraz oprogramowania informatycznego dla Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z października 2012 r., k. 449 akt. adm.*

- (32) Oferty na część trzecią w rozpatrywanym przetargu złożyli następujący wykonawcy:

- OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionkach,
- Asseco Business Solutions S.A. z siedzibą w Lublinie,
- Unicom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach.

Dowód:

- *pismo PSG z dnia 21 maja 2015 r., k. 438 akt. adm.*

- (33) W dniu 21 listopada 2012 r. PSG poinformowała oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dowód:

- *informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 listopada 2012 r., k. 471 akt. adm.*
- *wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym prowadzonym w formie aukcji elektronicznej (oferta wstępna) Wasko z dnia 12 listopada 2012r., k. 473-498 akt. adm.*
- *oferta wstępna Unicom z 7 listopada 2012r., k. 499-520 akt. adm.*
- *oferta wstępna OPTeam z 14 listopada 2012 r., k. 521-537 akt. adm.*
- *oferta wstępna Asseco Business Solutions S.A. z 13 listopada 2012r., k. 538-549 akt. adm.*

- (34) Wartość brutto zwycięskiej oferty Wasko na część 3 zamówienia wynosiła 39.560,00 zł. W dalszej kolejności uszeregowano oferty Unicom (wartość 39.600,00 zł), Asseco (wartość 59.360,00 zł) oraz OPTeam (wartość 69.104,00 zł). Z postępowania nie została odrzucona żadna oferta ani z postępowania nie wykluczono żadnego wykonawcy.

Dowód:

- *pismo PSG z 4 sierpnia 2014 r., k. 341 akt. adm.*

- (35) Z wydruku z platformy przetargowej dotyczącego przebiegu aukcji elektronicznej wynika, że tylko spółka Wasko licytowała do przebicia oferty wyjściowej spółki Unicom o minimalny skok aukcyjny.

Dowód:

- wydruk z platformy przetargowej stanowiący załącznik nr 1 do pisma PSG z dnia 4 sierpnia 2014 r., k.357 akt. adm.

- (36) W dniu 27 listopada 2012 r. PSG zawarła ze spółką Wasko umowę nr KSG/DZ/22/49/49/12 dotyczącą części trzeciej zamówienia, tj. urządzeń odczytowych.

Dowód:

- umowa nr KSG/DZ/22/49/49/12 z dnia 27 listopada 2012r., k. 550-553 akt. adm.

II. 2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

- (37) W dniu 30 listopada 2012 r. KGP ogłosiła przetarg na zakup akumulatorów do mobilnych terminali noszonych (sygn. 207/BŁiI/12/EMi). Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogli składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.
- (38) Termin składania ofert w przetargu wyznaczono na 10 grudnia 2012 r. godz. 11:30.
- (39) Przedmiotem zamówienia była sprzedaż wraz z dostawą akumulatorów do mobilnych terminali noszonych (dalej jako: „MTN”), w tym:
1. akumulatorów do terminali Motorola symbol MC7004 i symbol MC 7094 – 1550 sztuk;
 2. akumulatorów do terminali Intermec CN3 – 550 sztuk;
 3. akumulatorów do terminali Motorola MC7506 – 500 sztuk.
- (40) Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania akumulatorów o parametrach równoważnych w stosunku do oryginalnych. W takim przypadku wykonawca obowiązany był załączyć do oferty oświadczenie producenta ww. MTN o ich kompatybilności oraz, że ich zastosowanie nie spowoduje utraty gwarancji na MTN.
- (41) Szacowana wartość zamówienia wynosiła 520.325,20 zł zaś kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 640.000,00 zł. Kryterium, które zamawiający brał pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu, była jedynie cena brutto oferty (waga 100%).

Dowód:

- wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia., k. 108 akt. adm.
- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, k. 157-159 akt. adm.
- notatka służbowa z dnia 9 listopada 2012 r., k. 422 akt. adm.

(42) Wartość zamówienia została oszacowana na podstawie ofert nadesłanych w odpowiedzi na zapytanie ofertowe przesłane w dniu 25 września 2012 r. przez KGP do pięciu podmiotów, w tym do Unicom oraz Wasko.

Dowód:

- korespondencja e-mail pomiędzy p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem KGP) a następującymi osobami: p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem Wasko), do p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem Unicom), p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem Rea Card Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem eMobilescan z siedzibą w Warszawie), p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem Hdf Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu) z września i października 2012 r. pt. „PD: baterie” – k. 423 - 435 akt. adm.

(43) Oferty w rozpatrywanym przetargu złożyli następujący wykonawcy:

- Elnex Dariusz Józef Nowak z siedzibą w Radomiu (dalej jako: „ELNEX”),
- Mega Sonic S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Mega Sonic”),
- Wasko,
- Agama.

(44) W dniu 10 grudnia 2012 r. KGP poinformowała, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy ELNEX.

Dowód:

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, k. 157-158 akt. adm.

(45) Wartość brutto zwycięskiej oferty ELNEX wyniosła 346.429,50 zł. W dalszej kolejności uszeregowano oferty Mega Sonic (wartość 438.722,55 zł), Wasko (wartość 582.182,37 zł) oraz Agama (wartość 596.931,30 zł). Z postępowania nie została odrzucona żadna oferta ani z postępowania nie wykluczono żadnego wykonawcy.

Dowód:

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 grudnia 2012 r., k.139-140 akt. adm.

(46) Przedsiębiorcy Wasko i Agama zaoferowali taki sam sprzęt, tj. do terminali Motorola symbol MC7004 i symbol MC 7094 – baterie producenta Motorola Solution, typ/model BTRY – MC70EAB02; do terminali Intermec CN3 – baterie producenta Intermec, typ/model 318-016-002; do terminali Motorola MC7506 – baterie producenta Motorola Solution, typ/model BTRY – MC7XEAB00.

(47) Mega Sonic oraz ELNEX zaoferowali akumulatory o parametrach równoważnych. Mega Sonic zaoferowała akumulatory producenta Honeywell Batteries zaś ELNEX zaoferował akumulatory własnej produkcji.

III. Kwestionowane zachowania stron postępowania

III. 1. Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

(48) W dacie ogłoszenia przetargu przez PSG, Unicom była jednym z dwóch działających na rynku polskim dystrybutorów komputerów serii Durabook firmy Twinhead International Corp., które stanowiły przedmiot tego przetargu. Drugim dystrybutorem była firma Elmark Automatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Elmark”). Jednocześnie, w momencie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Unicom była w posiadaniu wymaganego sprzętu.

Dowód:

- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 773 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 778 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 788 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom p.[- informacja chroniona], k. 798 akt. adm.*

(49) Po opublikowaniu przez PSG ogłoszenia o zamówieniu, Wasko sprawdziła dostępność na rynku sprzętu komputerowego stanowiącego przedmiot zamówienia. W tym celu zwróciła się o oferty cenowe do przedsiębiorców Elmark oraz Unicom a także skierowała zapytanie o wycenę sprzętu do sklepu internetowego Ontech.pl. Oferty przedstawiły spółki Elmark oraz Unicom. Cena jednostkowa komputera zaproponowana przez Unicom wynosiła 4.900,00 zł netto, od której to kwoty spółka Wasko dodatkowo otrzymała rabat w wysokości 5%. Natomiast, cena jednostkowa komputera zaproponowana przez Elmark wynosiła 1.900,00 USD netto. W związku z powyższym Wasko zdecydowała, że w razie wygranej w przetargu zakupi komputery od spółki Unicom. Wasko w toku rozmów na temat sprzedaży komputerów poinformowała Unicom, że chce je nabyć na potrzeby przetargu zorganizowanego przez PSG. Przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej Wasko nie podpisywała umowy ze spółką Unicom w tym przedmiocie. Nastąpiło to po wygraniu aukcji elektronicznej i podpisaniu umowy Wasko z PSG.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k.18 akt. adm.*
- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko) k. 401-402 akt. adm.*

- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 785-787 akt. adm.*
- *e-mail od p. [- informacja chroniona] (pracownika sklepu Ontech.pl) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko) z dnia 5 listopada 2012 r. pt. „RE: Durabook” – k. 804, oferta cenowa firmy Elmark Automatyka Sp. z o.o. nr OCEA/09277/2012/MAREKO z dnia 31 października 2012 r., k. 803 akt. adm.*

- (50) Spółka Unicom postanowiła sprzedać Wasko komputery za kwotę niższą niż sama zamierzała zaoferować w przetargu pod warunkiem, że Wasko zapłaci Unicom wynagrodzenie w krótszym terminie niż termin określony przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ płatność z tytułu dostawy przedmiotu zamówienia miała nastąpić po wykonaniu umowy, w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę faktury VAT, podczas gdy Wasko i Unicom ustaliły, że Wasko zapłaci spółce Unicom należność za komputery w terminie [- informacja chroniona].

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 18-19 akt. adm.*
- *wzór umowy stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ, k. 463 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 773 akt. adm.*

- (51) Z punktu widzenia Unicom, sprzedaż komputerów spółce Wasko była bardziej opłacalna niż samodzielny udział Unicom w przetargu z uwagi na wynegocjowany przez Unicom krótszy termin zapłaty za towar. Sprzedaż komputerów Wasko umożliwiała bowiem wcześniejsze, niż w przypadku wygranej w przetargu, uzyskanie przez Unicom należności za sprzęt, który już wcześniej był w posiadaniu tej spółki. Z wyjaśnień pracownika Unicom p. [- informacja chroniona] złożonych w toku śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie wynikało, że powyższe okoliczności uzasadnione były [- informacja chroniona]. Pracownik Unicom, p. [- informacja chroniona] zeznał bowiem, że: [- informacja chroniona.]

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 18-19 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 773 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 778 akt. adm.*
- *przesłuchanie strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[- informacja chroniona], k. 799 akt. adm.*

- (52) Unicom, mimo iż Wasko zwróciła się do niej o ofertę cenową wskazując, że chce nabyć komputery na potrzeby przetargu, nie miała pewności, czy Wasko wystartuje w Przetargu PSG ze sprzętem zaoferowanym przez Unicom. W związku z powyższym, zdecydowała się na samodzielny start w przetargu.

Dowód:

- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k.773 - 774 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 778 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 785 akt. adm.*
- *przesłuchanie strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[- informacja chroniona], k. 798 akt. adm.*

- (53) Zarówno Wasko jak i Unicom złożyły samodzielne oferty na dostawę sprzętu komputerowego. Przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej Unicom nie posiadała wiedzy o cenie oferty wstępnej złożonej przez Wasko ani o wysokości jej marży. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia pracownika Unicom p. [- **informacja chroniona**], który w toku śledztwa zeznał, że: [- **informacja chroniona**]. Natomiast Wasko do momentu rozpoczęcia aukcji elektronicznej, nie wiedziała o udziale spółki Unicom w przedmiotowym postępowaniu ani o cenie złożonej przez nią oferty. Zarówno w toku śledztwa jak i postępowania antymonopolowego p. [- **informacja chroniona**] (pracownik Wasko) zeznawał, że nie wiedział o udziale spółki Unicom w przedmiotowym postępowaniu. W toku rozprawy administracyjnej wyjaśnił dodatkowo, iż przed złożeniem oferty chcąc upewnić się, że Unicom nie wystartuje w przetargu, jako że zaoferował swój sprzęt Wasko, zwrócił się do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) z zapytaniem czy spółka Unicom będzie startować w tym postępowaniu. Otrzymał odpowiedź negatywną.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) k.19 akt. adm.*
- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko) k. 402 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 786-788 akt. adm.*

- (54) Informację o udziale Unicom w postępowaniu PSG Wasko uzyskała w toku aukcji elektronicznej, kiedy przedstawiciele stron utrzymywali kontakt telefoniczny. Podczas tej rozmowy Wasko starała się uzyskać od Unicom dodatkowy rabat na komputery.

W toku śledztwa p. [– **informacja chroniona**] zeznał, że: [– **informacja chroniona**]. Nadto, strony wymieniły się informacjami na temat pozycji, na których znajdowały się aktualnie ich oferty. Informację, że Unicom bierze udział w postępowaniu Wasko uzyskała po przekazaniu Unicom informacji o pozycji oferty Wasko. W toku śledztwa p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Wasko) zeznał, że: [– **informacja chroniona**]. Natomiast, p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) zeznał, że: [– **informacja chroniona**]. Powyższe okoliczności potwierdziły zeznania p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) oraz p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) złożone w toku rozprawy administracyjnej. Pan [– **informacja chroniona**] (pracownik Wasko) przyznał: „(...) faktem jest, że w trakcie licytacji Pan Piotr zapytał mnie o status/pozycję naszej oferty (...) udzieliłem informacji, że nasza oferta po postąpieniu licytacyjnym była najkorzystniejsza, aczkolwiek licytacja jeszcze trwała. Czekałem na kroki konkurencji. Pod sam koniec rozmowy zwróciłem uwagę, że Piotr może znać ofertę Wasko jak i ofertę konkurencyjną w tej licytacji. Nie wiedziałem jaki podmiot jest podmiotem konkurencyjnym. Przypuszczałem, że jest druga firma której Unicom złożył ofertę konkurencyjną do Wasko. Pod sam koniec rozmowy zadałem pytanie Piotrowi czy to jest jego oferta i wtedy potwierdził, że tak”. Natomiast, p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) wyjaśniając w toku rozprawy administracyjnej co było przedmiotem rozmowy telefonicznej podczas trwania aukcji elektronicznej przyznał: „wydaje mi się, że Pan [– **informacja chroniona**] (pracownik Wasko – przyp. Prezesa UOKiK) pytał się czy złożyliśmy ofertę. Odpowiedziałem, że tak zgodnie z prawdą”.

Dowód:

- wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) k. 402-403 akt. adm.
- wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 19 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 773 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), k. 787 akt. adm.

- (55) Unicom nie licytowała w momencie, gdy jej oferta została przebita przez Wasko. Uzasadniając powyższą okoliczność, p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) wyjaśnił, że mimo udziału w przetargu spółki Unicom to spółka Wasko miała dostarczyć zamawiającemu sprzęt będący przedmiotem zamówienia: „ (...) tak naprawdę Wasko był przedstawicielem, który miał dostarczyć ten sprzęt (...). My

złożyliśmy ofertę bo nas zaproszono do złożenia oferty (taki był cel naszego udziału w przetargu)”.

Dowód:

- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 774 akt. adm.*

- (56) Jako najkorzystniejsza w przetargu wybrana została oferta Wasko a Unicom sprzedała Wasko sprzęt komputerowy niezbędny do realizacji zamówienia.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) k. 19 akt. adm.*

III. 2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

- (57) W dniu 25 września 2012 r. przedstawiciel KGP zwrócił się do potencjalnych wykonawców, w tym do przedstawicieli Unicom oraz Wasko z zapytaniem o dostępność i cenę akumulatorów do terminali Motorola symbol MC70xx (bateria BTRY – MC70EAB02), MC7506 (bateria BTRY – MC7XEAB00) oraz terminali Intermec CN3 (bateria AB 16).

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 22-23 akt. adm.*
- *wiadomość od p. [- informacja chroniona] (podkomendanta w KGP) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) z dnia 25 września 2012 r. godz. 11:17, k. 423-424 akt. adm.*
- *wiadomość od p. [- informacja chroniona] (podkomendanta w KGP) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko) z dnia 25 września 2012 r. godz. 11:15, k. 425-426 akt. adm.*
- *wiadomość od p. [- informacja chroniona] (podkomendanta w KGP) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Reacard) z dnia 25 września 2012 r. godz. 11:20, k. 427-428 akt. adm.*
- *wiadomość od p. [- informacja chroniona] (pracownika eMobileScan) do p. [- informacja chroniona] (podkomendanta w KGP) z dnia 25 września 2012 r. godz. 13:19, k. 429-433 akt. adm.*
- *wiadomość od p. [- informacja chroniona] (podkomendanta w KGP) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Hdf Polska Sp. z o.o.) z dnia 25 września 2012 r. godz. 11:09, k. 434-435 akt. adm.*

- (58) Po otrzymaniu przez Unicom zapytania od KGP spółka, celem przygotowania oferty na akumulatory, nawiązała kontakt z przedstawicielami spółek Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Motorola”) i RRC Poland Sp.

z o.o. z siedzibą w Warszawie (tj. jedyne w Polsce autoryzowanego dystrybutora produktów spółki Motorola, dalej jako: „RRC”) oraz ze spółką Wasko (tj. dystrybutorem produktów marki Intermecc Technologies GmbH w Polsce, dalej jako: „Intermec”). Spółka Unicom otrzymała od ww. spółek oferty w żądanym, odpowiednim do zapytania KGP, zakresie.

Dowód:

- wyjaśnienia podejrzanego p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 22-23 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC Poland) oraz p. [- **informacja chroniona**] (pracowników Motorola) z dnia 25 września 2012 r., godz. 11:38, k. 601 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC Poland) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) z dnia 28 września 2012 r., godz. 16:02, k. 605 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 774-775 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 779-780 akt. adm.
- protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom – p. [- **informacja chroniona**], k. 799 akt. adm.

(59) W dniu 3 października 2012 r. Unicom w odpowiedzi na zapytanie otrzymane z KGP przekazała wstępną wycenę akumulatorów do terminali, zgodnie z którą:

1. cena jedn. netto baterii do terminali Motorola MC70xx– typ/model BTRY – MC70EAB02 wynosiła 56,50 EUR;
2. cena jedn. netto baterii do terminali Intermecc CN3– typ/model AB 16 wynosiła 66,00 EUR;
3. cena jedn. netto baterii do terminali Motorola MC7506– typ/model BTRY – MC7XEAB00 wynosiła 52,00 EUR.

Dowód:

- wiadomość p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) z dnia 3 października 2012 r. do p. [- **informacja chroniona**] (podkomendanta w KGP) oraz do wiadomości p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 423 akt. adm.

(60) Również Wasko otrzymała zapytanie od KGP, w związku z czym, celem przygotowania wstępnej oferty zwróciła się do producenta akumulatorów do MTN - spółki Intermecc oraz nawiązała kontakt ze spółką Unicom. Ponadto, Wasko przeprowadziła rozpoznanie rynku, w wyniku którego ustalono, że cena otrzymana od

spółki Intermec na akumulatory do terminali Intermec oraz cena zaoferowana przez Unicom na akumulatory do terminali Motorola były korzystniejsze niż ceny analogicznych produktów oferowanych przez innych dostawców.

Dowód:

- wyjaśnienia Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 633-634 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) oraz do wiadomości p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) wraz z załącznikiem – ofertą Unicom z dnia 3 grudnia 2012 r., godz. 14:49, k. 648-649, 720-721 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), k. 790 akt. adm.

(61) W oparciu o uzyskane od Intermec i Unicom oferty, Wasko dokonała wstępnej wyceny akumulatorów do terminali na potrzeby zapytania otrzymanego z KGP, zgodnie z którą:

1. cena jedn. netto baterii do terminali Motorola MC70xx– typ/model BTRY – MC70EAB02 wynosiła 50 EUR;
2. cena jedn. netto baterii do terminali Intermec CN3– typ/model AB 16 wynosiła 50,00 EUR;
3. cena jedn. netto baterii do terminali Motorola MC7506– typ/model BTRY – MC7XEAB00 wynosiła 45,00 EUR.

Dowód:

- wyjaśnienia Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 633-634 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Intermec) z dnia 26 września 2012 r., godz. 9:04, k. 647 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Intermec) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) z dnia 3 października 2012 r., godz. 11:37, k. 646 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko),k. 790 akt. adm.

(62) Wyżej wskazane czynności strony podejmowały przed ogłoszeniem przez KGP przetargu na zakup akumulatorów do mobilnych terminali noszonych (sygn. 207/BŁiI/12/EMi). KGP ogłosiła bowiem przetarg w dniu 30 listopada 2012 r. (pkt 37 decyzji).

(63) Po przekazaniu KGP przez Unicom ww. wstępnej wyceny akumulatorów do terminali Unicom nadal prowadziła negocjacje (telefonicznie i mailowo) z Motorola i RRC na

temat warunków zakupu baterii Motorola na potrzeby przetargu KGP. W dniu 11 grudnia 2012 r. Unicom otrzymał ostateczną ofertę.

Dowód:

- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) z dnia 14 listopada 2012 r., godz. 16:09, k. 607 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) z dnia 14 listopada 2012 r., godz. 23:09, k. 608-609 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) z dnia 14 listopada 2012 r., godz. 23:11, k. 610 akt. adm.
- *Ogólne Warunki Handlowe RRC Poland* z dnia 1 października 2012 r., k. 611-616 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) oraz p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Motorola) z dnia 30 listopada 2012 r., godz. 16:15, k. 617, wyjaśnienia Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. z dnia 31 lipca 2015 r.; k. 668-670 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom oraz pracownika Motorola) z dnia 30 listopada 2012 r., godz. 8:30, k. 618-619 akt. adm.
- *Oferta Motorola Enterprise Mobility* z dnia 11 grudnia 2013 r. k. 676-678 akt. adm.
- wyjaśnienia RRC z 14 lipca 2014 r., korespondencja email pomiędzy p. [- **informacja chroniona**] (pracownikiem RRC a pracownikiem Unicom) z dnia 3 grudnia 2012 r., k. 620-623 akt. adm.
- wiadomość email od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Motorola) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika RRC) z 13 grudnia 2012 r. godz. 14:05, k. 624 wraz z tzw. koncesją k. 625 akt. adm.

- (64) Również Wasko, po przekazaniu KGP wstępnej wyceny akumulatorów do terminali, negocjowała jeszcze telefonicznie oraz mailowo warunki złożonej mu przez Intermec oferty. W dniu 10 grudnia 2012 r. Wasko otrzymała od Intermec ofertę na akumulatory Intermec Battery pack CN3/CN4 series Lithium EXT (korekta oferty z dnia 3 października 2012 r. przygotowanej na potrzeby zapytania ofertowego z KGP). Wasko podjęło ostateczną decyzję o udziale w przetargu w momencie otrzymania od firmy Intermec ww. oferty cenowej.

Dowód:

- wiadomość email wraz z załączoną ofertą od p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Intermec) do p. [- **informacja chroniona**] (pracownika Wasko) z dnia 10 grudnia 2012 r., godz. 11:22 k. 645 akt. adm.

– *protokół z rozprawy administracyjnej z dnia 23 listopada 2015 r. – zeznania świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 792 akt. adm.*

(65) Niezależnie od ww. negocjacji prowadzonych przez Wasko i Unicom odpowiednio z Intermec oraz RRC, w dniu 3 grudnia 2012 r. w siedzibie Unicom doszło, z inicjatywy tego przedsiębiorcy, do spotkania z Wasko. W jego trakcie Wasko pozyskała od Unicom ofertę na akumulatory do MTN marki Motorola. Podczas spotkania strony nie negocjowały warunków sprzedaży akumulatorów marki Intermec.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 34, 35, 47,48, 60, 61 akt. adm.*
- *pismo Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 634-635 akt. adm.*
- *oferta Unicom z dnia 3 grudnia 2012 r. k. 648-649 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 791-793 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 779 akt. adm.*

(66) Z zeznań podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) złożonych w toku postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie wynika, że na przedmiotowym spotkaniu Unicom poinformowała Wasko o udziale Unicom lub Agama w przetargu. Podejrzany p. [- informacja chroniona] (pracownik Unicom) zeznał bowiem, że: [- informacja chroniona]. Tymczasem podczas rozprawy administracyjnej p. [- informacja chroniona] (pracownik Unicom) zeznał, że nie pamięta dokładnie czy brał udział w ww. spotkaniu ani czy informował kogoś z Wasko o udziale spółki Agama w przedmiotowym postępowaniu i o cenie złożonej przez nią oferty. Natomiast, zgodnie z wyjaśnieniami Wasko udzielonymi w toku postępowania antymonopolowego oraz zeznaniami świadka – p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko), podczas spotkania spółce Wasko została przekazana informacja, że spółka Unicom prawdopodobnie nie będzie brała udziału w postępowaniu ogłoszonym przez KGP.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 34, 35, 47,48, 60, 61 akt. adm.*
- *pismo Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 634-635 akt. adm.*
- *oferta Unicom z dnia 3 grudnia 2012 r. k. 648-649 akt. adm.*

- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 791-793 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 775 i 776 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 779 akt. adm.*

(67) Natomiast, Wasko nie składała żadnych deklaracji w ww. zakresie. Potwierdzają to zarówno zeznania p. [- **informacja chroniona**] złożone w toku postępowania przygotowawczego przed Prokuraturą Apelacyjną w Warszawie: [- **informacja chroniona**] oraz podczas rozprawy administracyjnej: „czy Wasko weźmie udział w postępowaniu tego nie wiedziałem” jak i wyjaśnienia Wasko, zgodnie z którymi spółka podjęła decyzję o udziale w przetargu w dniu składania ofert, w momencie otrzymania oferty od Intermec na baterie tego producenta. Ponadto, Wasko nie informowała Unicom o planowanej cenie oferty czy wysokości marży stosowanej przez Wasko. Unicom nie znał także szczegółów oferty dla Wasko przedstawionej przez Intermec na potrzeby przetargu.

Dowód:

- *wyjaśnienia podejrzanego p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 34, 35, 47,48, 60, 61 akt. adm.*
- *pismo Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 634-635 akt. adm.*
- *oferta Unicom z dnia 3 grudnia 2012 r. k. 648-649 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Wasko), k. 791-793 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 779 akt. adm.*

(68) Po zakończeniu spotkania, spółki kontaktowały się jeszcze telefonicznie negocjując warunki oferty. W tym samym dniu, w którym odbyło się ww. spotkanie, Wasko otrzymała mailowo ofertę od Unicom na akumulatory Motorola BTRY-MC70EAB02 3,7V 3800mAH, Motorola BTRY-MC7XEAB00 3,7V 3600 mAH.

Dowód:

- *wyjaśnienia Wasko z dnia 17 lipca 2015 r., k. 633-634 akt. adm.*
- *wiadomość email od p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) do p. [- informacja chroniona] (pracownika Wasko) oraz do wiadomości p. [- informacja chroniona] (pracownika Unicom) wraz z załącznikiem – ofertą Unicom z dnia 3 grudnia 2012 r., godz. 14:49, k. 648-649, 720-721 akt. adm.*

- (69) Ponadto, podczas kontaktów telefonicznych strony starały się także oszacować wysokość ofert potencjalnych dostawców. Nadto, Unicom spodziewając się dużej konkurencji sugerowała obniżenie wysokości ofert. Powyższe potwierdzają zeznania świadka – p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), który w toku rozprawy administracyjnej zeznał: *„Rozmowy z Unicom dotyczyły jedynie warunków cenowych oszacowania potencjalnych cen. To był prosty przetarg, było kilka składowych do wyliczenia ceny. Można było oszacować jakie były ceny ofertowe innych dostawców. Zakładając oczywiście, że oferowali markowy sprzęt. (...) Pan [– **informacja chroniona**] sugerował obniżenie cen, wiedząc, że w tym przetargu mogą występować konkurenci, których produkty są znacznie tańsze”*.

Dowód:

- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), k. 792 akt. adm.

- (70) Z zeznań podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) złożonych w toku postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie wynika, że przed złożeniem ofert Unicom przekazała Wasko informacje o cenie własnej oferty lub oferty Agama oraz poleciła Wasko aby ta złożyła ofertę z niższą niż ona ceną, celem zapewnienia Wasko zwycięstwa w przetargu. Podejrzany p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) zeznał bowiem, że: [– **informacja chroniona**]. Natomiast w toku rozprawy administracyjnej p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) zaprzeczył ww. okolicznościom, zeznał bowiem, że: *„nie przypominam sobie abym kazał p. [– **informacja chroniona**] (pracownikowi Wasko) złożyć ofertę o określonej cenie”*. Powyższe potwierdzają zeznania p. [– **informacja chroniona**] (pracownik Wasko) złożone w toku postępowania, który zeznał, że nie wiedział o cenie złożonej przez Agama oferty.

Dowód:

- wyjaśnienia podejrzanego p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 35, 48, 61 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 776 akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), k. 792 akt. adm.

- (71) Ostatecznie samodzielne oferty na dostawę akumulatorów złożyły w przetargu Wasko i Agama. Unicom zdecydował wystąpieniu w przetargu poprzez spółkę Agama, pozostającą z Unicom w zależności kapitałowej w celu, jak wskazał Prezes Zarządu

tej spółki, zabezpieczenia swoich interesów. Unicom nie miał bowiem pewności, czy Wasko w ogóle weźmie udział w przetargu oraz, czy w sytuacji ewentualnego wyboru ich oferty, ostatecznie zakupi sprzęt od Unicom czy też od innego dystrybutora. W toku postępowania antymonopolowego p. [- **informacja chroniona**] (pracownik Unicom) zeznał, że nie wiedział czy Wasko weźmie udział w postępowaniu ani o wysokości oferty, która miała być złożona przez Wasko. Również z zeznań Prezesa Zarządu Unicom – p. [- **informacja chroniona**] wynikało, że przed dniem otwarcia ofert Unicom nie posiadała wiedzy o tym, że spółka Wasko bierze udział w przedmiotowym postępowaniu ani o cenie złożonej przez nią oferty.

Dowód:

- *protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[- **informacja chroniona**], k. 800-801 akt. adm.*

- (72) Unicom nie złożył oferty. W przetargu wzięła natomiast udział spółka Agama, której Unicom jest 100% właścicielem. Agama swoją ofertę przygotowała w oparciu o ofertę otrzymaną od Unicom uwzględniając swoją marżę. Nie poszukiwała ona alternatywnych źródeł zakupu akumulatorów do MTN, które stanowiły przedmiot zamówienia w przetargu KGP, w szczególności nie występowała do producentów – Motorola Polska oraz Intermec o ofertę. W toku postępowania Unicom wyjaśniła, iż niewystąpienie w przetargu bezpośrednio przez spółkę było spowodowane faktem, że Unicom nie posiadała wymaganych dokumentów formalnych.

Dowód:

- *protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.*
- *protokół z zeznań świadka – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 779-780 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Agama – p.[- **informacja chroniona**] (pracownika Unicom), k. 795 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[- **informacja chroniona**], k. 800 akt. adm.*

- (73) Decyzja o udziale spółki Agama w przetargu została podjęta przez Wiceprezesa Zarządu Unicom oraz Prezesa Zarządu Agama w momencie, gdy okazało się, że spółka Unicom nie może wziąć udziału w przetargu.

Dowód:

- *wyjaśnienia spółki Agama sp. z o.o. z dnia 28 lipca 2015 r., k. 679 akt. adm.*

- *protokół z zeznań świadka – p.[– informacja chroniona] (pracownika Unicom), k. 775 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Agama – p.[– informacja chroniona], k. 795 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[– informacja chroniona], k. 800 akt. adm.*

IV. Stanowiska stron

IV.1. Agama

(74) W takcie postępowania antymonopolowego Agama podniosła, że wiodącą rolę co do udziału spółki w przetargu KGP odegrała spółka Unicom, od której spółka Agama jest zależna kapitałowo. Decyzja o udziale spółki w ww. przetargu została podjęta przez Prezesów Zarządu obu spółek w momencie, gdy okazało się, że spółka Unicom nie może samodzielnie wziąć udziału w przetargu.

Dowód:

- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Agama – p.[– informacja chroniona], k. 794 akt. adm.*
- *protokół z przesłuchania strony Prezesa Zarządu Unicom – p.[– informacja chroniona], k. 794 akt. adm.*
- *pismo Agama z dnia 28 lipca 2015 r., k. 679-681 akt. adm.*

(75) Spółka wskazała, że nie posiadała przed dniem otwarcia ofert wiedzy o udziale Wasko w przetargu KGP, jak również o zaoferowanej przez Wasko w tym przetargu cenie. Ponadto, Agama oświadczyła, że nie kontaktowała się ze spółką Wasko w związku z ww. przetargiem.

Dowód:

- *pismo Agama z dnia 28 lipca 2015 r., k. 680 akt. adm.*

IV.2. Unicom

(76) W piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. syndyk masy upadłości Unicom zwrócił uwagę, że postępowanie antymonopolowe może być prowadzone jedynie wobec przedsiębiorców. Syndyk, jako podmiot nie prowadzący działalności gospodarczej nie może być tym samym uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co powoduje, że nie jest on biernie legitymowany jako strona w postępowaniu antymonopolowym.

IV.3. Wasko

- (77) Zarówno odnosząc się do treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, jak i w końcowym stanowisku zajęтым w sprawie Wasko zaprzeczyła, by zawarła porozumienie dotyczące ww. przetargów.

Dowód:

- pisma Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 77-79 akt. adm. oraz z dnia 15 grudnia 2015 r., k. 835-844 akt. adm.

IV.3.1. Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

- (78) Odnosząc się do okoliczności udziału Wasko w przetargu PSG, spółka wyjaśniła, że skontaktowała się z Unicom celem uzyskania oferty umożliwiającej jej uczestnictwo w postępowaniu przetargowym. Na podstawie otrzymanej oferty, Wasko podjęła decyzję o udziale w aukcji elektronicznej. Wasko nie wiedziała, jakie podmioty będą brały udział w tym postępowaniu.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 77 akt. adm.

- (79) Spółka wskazała, iż w trakcie aukcji kontaktowała się z Unicom celem uzyskania ewentualnego rabatu od otrzymanej wcześniej ceny, jak również informacji, co do ewentualnych konkurentów uczestniczących w aukcji. Kontakt telefoniczny nie miał na celu uzgodnienia przez Wasko ceny oferty z Unicom. Wasko nie posiadała bowiem wiedzy, że Unicom złożyła ofertę w postępowaniu, Unicom nigdy nie informowała Wasko, iż zamierza uczestniczyć w przetargu.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 77 akt. adm.

- (80) Wasko podniosła również, że przebieg licytacji wskazuje na brak uzgodnień Wasko i Unicom co do warunków składanych ofert. Zdaniem spółki nieracjonalnym byłoby wyprowadzenie wniosku o zmowie przetargowej Wasko i Unicom, ze złożenia przez Wasko postąpienia, które spowodowało, że jego oferta stała się atrakcyjniejsza od oferty Unicom tylko o kwotę postąpienia, wobec braku postąpień ze strony innych oferentów.

Dowód:

- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 837 akt. adm.

- (81) Dodatkowo, spółka wyjaśnia, że podając spółce Unicom informację, o tym, że oferta Wasko jest obecnie najkorzystniejsza nie wiedziała, że Unicom bierze udział w postępowaniu, nie miała zatem powodu odmówić Unicom tej informacji, tym

bardziej, że zamierzała od niego nabyć komputery stanowiące przedmiot zamówienia. Wasko zwraca przy tym uwagę, że przed złożeniem ofert wstępnych uzyskała od Unicom informację, że ten przedsiębiorca nie złoży samodzielnej oferty w przetargu.

Dowód:

– pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 838 akt. adm.

- (82) Ponadto, spółka wskazuje, że rozmowa telefoniczna pomiędzy Wasko a Unicom odbyła się już po złożeniu przez Wasko postąpienia. W ocenie spółki okoliczność, że w trakcie rozmowy telefonicznej pod koniec aukcji Wasko dowiedziała się, że Unicom złożyła ofertę w postępowaniu, nie miała wpływu na wynik aukcji, ponieważ Wasko nie znała ceny zaoferowanej przez Unicom. Informację, że Unicom bierze udział w postępowaniu Wasko uzyskała dopiero po przekazaniu Unicom informacji o pozycji oferty Wasko. Spółka wyjaśnia, że zainteresowanie Unicom pozycją Wasko w postępowaniu było początkowo postrzegane przez Wasko, jako zainteresowanie podmiotu, który w przypadku wygrania oferty Wasko będzie dostawcą sprzętu. W ocenie Wasko, przekazanie informacji o pozycji oferty Wasko nie może być postrzegane, jako przekazanie informacji poufnej, mające na celu zakłócenie konkurencyjności ofert w postępowaniu przetargowym. Pracownik Wasko zadał przedstawicielowi Unicom pytanie o uczestnictwo w postępowaniu Unicom, gdyż, jak wynika z jego zeznań, po udzieleniu Unicom odpowiedzi o pozycji oferty Wasko zwróciła uwagę, że Unicom może znać pozycję oferty konkurenta oferującego sprzęt zaoferowany mu przez Unicom. Ciąg zdarzeń podczas licytacji, jak również wszystkie okoliczności poprzedzające złożenie oferty przez Wasko w przetargu, wskazują jednoznacznie na brak uzgodnionego zachowania pomiędzy Unicom i Wasko. Wasko występowała w postępowaniu przetargowym, jako podmiot podejmujący niezależne, nieskoordynowane ze spółką Unicom decyzje.

Dowód:

– pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k.838 akt. adm.

- (83) Spółka wyjaśnia, że Wasko nie miała żadnego wpływu na działania Unicom, nie uzgadniała z nią sposobu prowadzenia licytacji, kwot składanych postąpień ani poziomu przyjętej marży handlowej. Zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy nie zawiera w tym zakresie żadnych wiarygodnych środków dowodowych pozwalających na zajęcie przeciwnego stanowiska. Złożone przez pracownika Unicom wyjaśnienia w toku postępowania przygotowawczego pozostają w sprzeczności z jego zeznaniami złożonymi w trakcie rozprawy administracyjnej.

Dowód:

- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 839 akt. adm.

IV.3.2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

- (84) W odpowiedzi na przedstawienie zarzutów Wasko oświadczyła, że nie uzgodniła z pozostałymi uczestnikami postępowania, tj. Unicom i Agama, warunków składanej oferty, w tym nie przekazała Unicom informacji o cenie składanej oferty. Podobnie Unicom nie przekazywała pracownikom Wasko informacji dotyczących ceny, która miała zostać zawarta w ofercie Unicom. Wasko nie dysponowała jakimkolwiek informacjami na temat planów Unicom, co do wzięcia udziału w przetargu przez Agama. Unicom nie znała wysokości marży Wasko ani warunków oferty, jaką spółka otrzymała na baterie Intermec od producenta, nie mogła zatem oszacować poziomu ceny oferty Wasko.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 77 akt. adm.
- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 841, 843 akt. adm.

- (85) Wasko nie znała składu grupy kapitałowej Unicom, jak również przyczyn, dla których Unicom nie mógł samodzielnie wystąpić w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 77 akt. adm.

- (86) Wasko nie posiadała jakichkolwiek informacji o uczestnictwie Agama - spółki zależnej od Unicom - w przetargu. Wasko nie utrzymywała żadnych kontaktów handlowych z Agama, zarówno przed ogłoszeniem przetargu jak również w jego trakcie.

Dowód:

- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 829-830

- (87) Wasko podkreśla, że podczas spotkania między Wasko a Unicom, którego przedmiotem było uzyskanie przez Wasko oferty od Unicom na dostawę części akumulatorów będących przedmiotem postępowania przetargowego nie zostało zawarte porozumienie, mające na celu ustalenie poziomu cen w składanych ofertach przetargowych.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k.78 akt. adm.
- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 842 akt. adm.

(88) Unicom nie był dla Wasko jedynym dostawcą akumulatorów wchodzących w zakres złożonej oferty, ponieważ obejmowała ona również akumulatory firmy Intermec, a akumulatory Motorola są ogólnodostępne w sieciach dystrybucji innych podmiotów. Wasko zwróciła się do Unicom z zapytaniem ofertowym dotyczącym wyłącznie baterii Motorola, ze względu na dotychczasową współpracę z tą spółką. Wasko zwróciła się również z zapytaniem do spółki Megasonic Sp. z o.o., ale nie otrzymała satysfakcjonującej oferty.

Dowód:

- pismo Wasko z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 78, akt. adm.
- protokół z zeznań świadka – p.[– **informacja chroniona**] (pracownika Wasko), k. 790 akt. adm.
- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 840 akt. adm.

(89) Spółki prowadziły również wstępne rozmowy w zakresie nabycia przez Unicom od Wasko akumulatorów marki Intermec. Wasko była dystrybutorem tego sprzętu. Spółka Wasko nie złożyła Unicom wiążącej oferty na akumulatory marki Intermec, a Unicom o taką ofertę w późniejszym okresie nie wniosowała.

Dowód:

- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 841 akt. adm.

(90) W ocenie Wasko zeznania złożone przez p. [– **informacja chroniona**] (pracownika Unicom) w postępowaniu przygotowawczym są gołosłowne i częściowo niekompletne, ponieważ nie pamięta on daty, jak również formy, w jakiej rzekomo przekazał informację cenową. W ocenie Wasko, twierdzenie, że Unicom kazała złożyć ofertę z niższą ceną Wasko jest niezgodne z prawdą i pozostaje w sprzeczności z zebrany w sprawie pozostałym materiałem dowodowym, w tym zeznaniami samego świadka złożonymi podczas rozprawy administracyjnej.

Dowód:

- pismo Wasko z 15 grudnia 2015 r., k. 841

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

(91) Niniejsze postępowania antymonopolowe zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), wobec czego, zgodnie z art. 3 ww. ustawy stosuje się do niego przepisy ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.

I. Interes publiczny

- (92) Podstawą zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie, że w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorcy lub przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.
- (93) Należy wskazać, że pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Prezes Urzędu rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania oraz wydając odpowiednią decyzję musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło².
- (94) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego, wywołało lub też mogło wywołać na rynku niekorzystne – w świetle celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego³. Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym przez przepisy Ustawy jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Bowiem tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancje realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw.
- (95) Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, w tym porozumienia pomiędzy uczestnikami postępowań przetargowych, prowadzą do ograniczenia konkurencji, a przez to naruszają interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami warunków składanych ofert może wpływać negatywnie na poziom cen oferowanych w przetargach oraz zakres wyboru i jakość usług dla zamawiającego. Z tego względu zawieranie tego typu porozumień godzi w interes publiczny w rozumieniu art. 1 ust. 1 Ustawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zmywy przetargowe „*co do zasady mogą eliminować konkurencję cenową, wpływać na strukturę konkurencji na danym rynku, blokować możliwość wejścia na rynek nowych podmiotów*”⁴.

- (96) Należy zatem uznać, że prowadzenie postępowania antymonopolowego i wydanie decyzji w sprawie, której przedmiotem jest ustalenie, czy doszło do zawarcia przez Agama, Unicom oraz Wasko zmywy przetargowej jest uzasadnione ochroną interesu publicznego. Charakter zarzutu uzasadniał konieczność dokonania oceny zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Status przedsiębiorcy

- (97) Zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy, reguluje ona zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję przedsiębiorców lub ich związków. Zatem do tych uczestników rynku stosuje się zakaz praktyk ograniczających konkurencję, w tym zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ustanowiony w Ustawie. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.
- (98) Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (t.j.: Dz. U. z 2015 poz. 584, ze zm.), za przedsiębiorcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Wobec faktu, że Agama, Unicom oraz Wasko są spółkami prawa handlowego wpisanymi do rejestru przedsiębiorców oraz prowadzą działalność

⁴ Wyrok SN z dnia 14.01.2009 r., sygn. akt III SK 26/08

gospodarczą, należy uznać, że każda ze stron przedmiotowego postępowania posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 Ustawy.

- (99) Na posiadanie statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez Unicom bez wpływu pozostaje okoliczność, że w toku postępowania antymonopolowego Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość ww. spółki obejmującą likwidację majątku.
- (100) Ogłoszenie upadłości nie wyklucza uznania, że przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą⁵. Zamieszczenie w firmie upadłego informacji, że przedsiębiorca jest w stanie upadłości, informuje pozostałych uczestników obrotu gospodarczego o jego sytuacji prawnej i stanowi przyczynę wszczęcia postępowania upadłościowego, lecz nie powoduje z mocy prawa zakończenia bytu prawnego spółki, który trwa aż do chwili wykreślenia spółki z rejestru. To zaś następuje dopiero po zakończeniu postępowania upadłościowego. Powyższe wynika z brzmienia ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze* (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2171 ze zm.), w której rozwiązanie spółki rozumiane jako definitywne zakończenie bytu prawnego, następuje z chwilą wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców⁶. Zgodnie z art. 368 ust. 1 ww. ustawy sąd po wykonaniu ostatecznego planu podziału stwierdza postanowieniem zakończenie postępowania upadłościowego. Uprawnomocnienie się wspomnianego postanowienia oznacza koniec postępowania upadłościowego. Dopiero wtedy, na podstawie art. 477 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1578), syndyk składa wniosek o wykreślenie spółki z rejestru.
- (101) Jednocześnie nie ma podstaw do uznania, że od chwili ogłoszenia upadłości, działalność gospodarcza nie jest prowadzona przez upadłą spółkę, lecz przez syndyka. Zgodnie z art. 144 ust. 1 *Prawa upadłościowego* obowiązkowe jest podstawienie procesowe syndyka w miejsce upadłego. Zgodnie z tzw. teorią urzędową dotyczącą sytuacji syndyka w procesie, czy postępowaniu administracyjnym, syndyk nie jest niczym zastępcą bezpośrednim, lecz osobą pełniącą funkcję organu urzędowego. Działa w imieniu własnym, z mocy „własnego prawa”, jakkolwiek skutki podejmowanych przez niego czynności wchodzących w zakres zarządzania masą

⁵ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008 r., III CZP 4/08, OSNC 2009/7-8/100, Biul.SN 2008/6/11, M.Prawn. 2009/1/38-39.

⁶ A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 459 Kodeksu spółek handlowych, LEX 2013.

upadłości dotyczą upadłego⁷. W związku z tym, z punktu widzenia procesu cywilnego i postępowania administracyjnego, syndyka uważa się – na zasadzie tzw. podstawienia (subrogacji) – za stronę w znaczeniu procesowym (formalnym). Stroną w znaczeniu materialnym pozostaje zaś upadły, będący rzeczywistym podmiotem spornego stosunku prawnego⁸.

- (102) Mając na względzie, że na dzień wydania przedmiotowej decyzji postępowanie upadłościowe względem Unicom nie zostało zakończone a spółka nie została wykreślona z rejestru, należy uznać, że nadal posiada osobowość prawną i tym samym status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III. Rynek właściwy w sprawie

- (103) Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej⁹. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (104) Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 Ustawy, rozumie się „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”. Ustawowa definicja rynku właściwego wskazuje zatem na dwa aspekty, jakie powinny być brane pod uwagę podczas jego określania, a mianowicie aspekt produktowy i geograficzny. Pierwszy określa, które towary są zaliczane do tego samego rynku właściwego, a drugi – jaki jest zakres terytorialny tego rynku. Należy przy tym wskazać, że pod pojęciem towaru, w świetle art. 4 pkt 7 Ustawy, rozumie się także wszelkiego typu usługi.
- (105) Mając na uwadze powyższe, zdaniem Prezesa Urzędu działania zarzucone stronom niniejszego postępowania mogły ograniczyć konkurencję na **krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania** oraz na **krajowym rynku**

⁷ Por. art. 144 ust. 2 i art. 160 ust. 1 *Prawa upadłościowego*; także np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1999 r., II CKN 358/99, OSNC 1999, nr 12, poz. 219 lub wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2006 r., II CSK 40/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 168.

⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2004 r., IV CK 86/04, "Biuletyn SN" 2005, nr 2, s. 15.

⁹ Wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych. W uzasadnieniu należy przedstawić następujące argumenty.

III.1. Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

III.1.1. Rynek produktowy

- (106) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, w odniesieniu do przetargu zorganizowanego przez PSG jest **rynek dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania.**
- (107) Rynek dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców, z których część posiada szeroką ofertę oraz rozbudowaną sieć dystrybucji i sprzedaży (np. Komputronik, Vobis, Saturn, Media Markt). Obok ww. podmiotów działa druga grupa przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność na mniejszą skalę, która może ograniczać się do sprzedaży zestawów za pośrednictwem sieci Internet lub jednego lub kilku punktów sprzedaży. Na rynku tym nie występują istotne bariery wejścia o charakterze prawnym, czy też ekonomicznym. Rozpoczęcie działalności w zakresie sprzedaży / dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania nie wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia, czy też wpisu do rejestru działalności regulowanej. Wiąże się natomiast jedynie z koniecznością zarejestrowania działalności oraz z zakupem lub zabezpieczeniem możliwości zakupu określonych podzespołów, czy też urządzeń peryferyjnych od dostawców hurtowych czy też importerów. Dla prowadzenia działalności w ww. zakresie nie jest przy tym konieczne posiadanie stacjonarnego punktu sprzedaży.
- (108) Działalność w zakresie sprzedaży sprzętu komputerowego i oprogramowania prowadzą strony niniejszego postępowania, które zaangażowane były w Przetarg PSG.
- (109) Nabywcami sprzętu komputerowego są zarówno konsumenci, jak również przedsiębiorcy, czy też instytucje publiczne. Prowadzenie działalności na tym rynku może polegać na sprzedaży sprzętu komputerowego wyłącznie konsumentom nabywającym pojedyncze sztuki lub też wyłącznie odbiorcom nabywającym większe ilości sprzętu. Sprzedaż może być również kierowana do obu ww. grup odbiorców. Sprzęt komputerowy, a zwłaszcza zestawy komputerowe sprzedawane są przy tym nabywcom co do zasady wraz z określonym oprogramowaniem w postaci systemu operacyjnego, pakietu biurowego, czy też innych programów. Na gruncie niniejszej

sprawy odbiorcą sprzętu komputerowego była PSG a sprzęt przeznaczony był na potrzeby określonych zakładów spółki.

- (110) Wśród sprzętu komputerowego można wyróżnić trzy podstawowe grupy: komputery typu desktop (komputery stacjonarne PC – *Personal Computer*), komputery przenośne (notebooki i netbooki) oraz serwery, a także dodatkowo tzw. urządzenia peryferyjne takie jak klawiatura, drukarka, monitor.
- (111) Urządzenia odczytowe Durabook U12C – Notebook, stanowiące przedmiot zamówienia w przetargu PSG, należą do rodziny laptopów klasy *Semi Rugged* i są wyspecjalizowanym sprzętem zaprojektowanym do pracy w trudnych warunkach, takich jak silne wibracje, ekstremalne temperatury i wilgotność lub kurz. Dedykowane są do zastosowań w logistyce, transporcie i dla służb mundurowych.
- (112) Z punktu widzenia odbiorców, sprzęt komputerowy poszczególnych kategorii nie jest wobec siebie substytucyjny. Dla nabywcy poszukującego komputera typu desktop serwer nie stanowi substytutu. Podobnie, komputery wzmocnione przeznaczone do pracy w tzw. trudnych warunkach, do jakich należą komputery Durabook U12C nie są produktami w pełni substytucyjnymi z typowymi komputerami osobistymi.
- (113) Pomimo możliwej dalszej segmentacji produktowej wyznaczonego rynku sprzedaży sprzętu komputerowego, w ocenie Prezesa UOKiK, nie było to konieczne ze względu na charakter niniejszego postępowania. Podobnie, w sprawie nie było konieczności badania stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenia udziału w rynku stron postępowania. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub zachowania w toku przetargu nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności)¹⁰. Udziały rynkowe ewentualnych uczestników porozumienia nie mają więc znaczenia dla kwalifikacji ww. działań jako praktyki ograniczającej konkurencję.
- (114) Z powyższych względów, Prezes UOKiK uznał za zasadne by w wymiarze produktowym rynek właściwy w przedmiotowej sprawie, określić jako **rynek dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania**.

III.1.2. Rynek geograficzny

¹⁰ Decyzja Prezes UOKiK z dnia 9.10.2012 r. nr RPZ nr 28/2012; Decyzja Prezes UOKiK z dnia 28.03.2008 r. nr RWA 10/2008; decyzja Prezes UOKiK z dnia 31.05.2005 r. nr RWA 14/2005.

- (115) Analizując okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia i ograniczenia konkurencji ma wymiar krajowy.
- (116) W ocenie Prezesa Urzędu za takim wyznaczeniem rynku geograficznego przemawia fakt, że nie istnieją istotne różnice w warunkach konkurencji w zakresie sprzedaży sprzętu komputerowego na terenie Polski, jak również miejsce prowadzenia działalności (siedziba przedsiębiorcy) nie musi determinować obszaru, na którym prowadzona jest sprzedaż. Działalność tego rodzaju może być prowadzona na terenie kilku województw lub nawet na terenie całego kraju ze względu na brak jakichkolwiek barier prawnych oraz znikome bariery ekonomiczne, w tym stosunkowo niewielkie koszty transportu w porównaniu do wartości sprzętu komputerowego. Znaczna część sprzedaży sprzętu komputerowego odbywa się także za pośrednictwem sieci Internet, co dodatkowo przemawia za wyróżnieniem rynku o charakterze krajowym. Dodatkowo, za prawidłowością określenia rynku geograficznego jako krajowego przemawia fakt, iż strony niniejszego postępowania składały swoje oferty w przetargach organizowanych w różnych regionach Polski.
- (117) W ocenie Prezesa UOKiK, pomimo możliwości importu sprzętu komputerowego zza granicy, obecny kształt rynku sprzedaży sprzętu komputerowego nie ma charakteru wykraczającego poza granice Polski. Przedsiębiorcy działający na tym rynku działają w zasadzie wyłącznie na terenie Polski oraz adresują swoją ofertę do przedsiębiorców oraz konsumentów w kraju. Dodatkową okolicznością przemawiającą za wyróżnieniem rynku o charakterze krajowym jest fakt, iż wraz ze sprzedażą sprzętu komputerowego, a zwłaszcza zestawów komputerowych nabywcom dostarczane jest z zasady określone oprogramowanie w postaci systemu operacyjnego, pakietu biurowego, czy też innych programów, które na terenie Polski oferowane są nabywcom w języku polskim. Zakup sprzętu komputerowego, zwłaszcza zestawów komputerowych poza granicami kraju może się zatem wiązać z koniecznością podjęcia przez nabywcę dodatkowych działań związanych z koniecznością zakupu oprogramowania w języku polskim, co stanowi istotną przeszkodę w rozwoju rynku o charakterze ponadkrajowym.
- (118) W związku z powyższym, w niniejszym postępowaniu Prezes UOKiK uznał, że porozumienie zawarto na **krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania.**

III.2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

III.2.1. Rynek produktowy

- (119) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest **rynek dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych**.
- (120) Zakres analizowanego w przedmiotowej sprawie rynku w aspekcie produktowym wyznacza przeznaczenie i funkcjonalność sprzętu, na dostawę którego zorganizowany został Przetarg KGP. Obejmował on sprzedaż wraz z dostawą akumulatorów do mobilnych terminali noszonych, w tym: akumulatorów do terminali Motorola symbol MC7004, MC 7094 i MC7506 oraz akumulatorów do terminali Intermec CN3. Zamawiający dopuścił przy tym możliwość zaoferowania akumulatorów o parametrach równoważnych.
- (121) W pierwszej kolejności należy wskazać, że prawa i obowiązki podmiotów wprowadzających do obrotu, dystrybuujących oraz użytkujących baterie lub akumulatory określa ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. *o bateriach i akumulatorach* (Dz. U. Nr 79, poz. 666). Ustawa ta określa m.in. wymagania oraz zasady dotyczące wprowadzanych do obrotu baterii i akumulatorów. Przepisy ustawy stosuje się do wszystkich rodzajów baterii i akumulatorów produkowanych i wprowadzanych do obrotu, niezależnie od ich kształtu, pojemności, masy, składu materiałowego, sposobu użycia oraz niezależnie od tego, czy stanowią przynależność albo część składową urządzenia lub dodatek do innych produktów.
- (122) Definicja baterii i akumulatorów zawarta jest w art. 6 pkt 1 ustawy *o bateriach i akumulatorach*, zgodnie z którą bateria, bądź akumulator to źródło energii elektrycznej wytwarzanej przez bezpośrednie przetwarzanie energii chemicznej, które składa się z jednego albo kilku pierwotnych ogniw baterii nienadających się do powtórnego naładowania albo wtórnych ogniw baterii nadających się do powtórnego naładowania. Baterie i akumulatory należą do urządzeń, w których energia chemiczna zawartych w nich substancji czynnych przekształca się w energię elektryczną w wyniku zachodzących reakcji chemicznych i są definiowane jako chemicznie źródła prądu¹¹. Zarówno baterie jak i akumulatory dzielą się pod względem wielkości i napięcia. Akumulatory dzielą się również ze względu na zastosowane rozwiązania

¹¹ Wytyczne techniczne dla baterii i akumulatorów w zakresie ich podlegania przepisom ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. o bateriach i akumulatorach (Dz. U. Nr 79, poz. 666).

chemiczne. Dostępne są m.in. następujące typy: niklowo-wodorkowe, niklowo-kadmowe, litowo-jonowe, litowo-polimerowe.

- (123) Akumulatory zamówione przez KGP były akumulatorami litowo-jonowymi.
- (124) Prowadzenie działalności na tym rynku może polegać na sprzedaży detalicznej bądź hurtowej. Zgodnie z art. 6 pkt 14 ustawy *o bateriach i akumulatorach*, sprzedawcą detalicznym jest przedsiębiorca, który w ramach wykonywanej działalności gospodarczej udostępnia odpłatnie lub nieodpłatnie baterie lub akumulatory w celu używania przez użytkowników końcowych, w tym także jako przynależność albo część składową urządzenia lub dodatek do innych produktów. Natomiast, zgodnie z definicją zawartą w pkt 15, sprzedawcą hurtowym jest przedsiębiorca, który w ramach wykonywanej działalności gospodarczej udostępnia odpłatnie lub nieodpłatnie baterie lub akumulatory w celu ich dalszego odpłatnego lub nieodpłatnego udostępniania, w tym także jako przynależność albo część składową urządzenia lub dodatek do innych produktów.
- (125) Strony niniejszego postępowania, które zaangażowane były w przetarg zorganizowany przez KGP, prowadziły lub nadal prowadzą działalność w zakresie sprzedaży detalicznej baterii i akumulatorów.
- (126) Użytkownikami końcowymi, tj. podmiotami wykorzystującymi energię elektryczną z baterii lub akumulatorów mogą być zarówno konsumenci, jak również przedsiębiorcy, czy też instytucje publiczne. Na gruncie niniejszej sprawy, użytkownikiem końcowym była Komenda Główna Policji, a sprzęt miał być wykorzystywany w pracy Policji.
- (127) Zdaniem Prezesa Urzędu akumulatory do MTN pozostają w związku funkcjonalnym (gospodarczym) z MTN. Akumulatory są dedykowane do konkretnych modeli terminali, muszą spełniać określone parametry, co sprawia, że akumulatory do jednego modelu zwykle nie mogą być wykorzystywane w innych urządzeniach. Akumulatory są niezbędne do korzystania z MTN zgodnie z ich przeznaczeniem, służą bowiem zasilaniu MTN umożliwiając korzystanie z nich. Ponadto, akumulatory muszą być w pełni kompatybilne z MTN a ich zastosowanie nie może powodować utraty gwarancji na MTN.
- (128) Z powyższych względów Prezes Urzędu uznał za zasadne określenie rynku właściwego w zarysowanym wyżej wymiarze produktowym.

III.2.2. Rynek geograficzny

- (129) W aspekcie geograficznym rynkiem, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia i ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie, jest **rynek krajowy**.
- (130) W ocenie Prezesa Urzędu za krajowym wymiarem tego rynku przemawia fakt, że dostawa akumulatorów do mobilnych terminali noszonych odbywa się na zapotrzebowanie państwowych służb działających na terenie całego kraju. W rozpatrywanym przetargu zakup sprzętu prowadzony był przez Komendę Główną Policji, a więc mógłby być on wykorzystywany przez jednostki policyjne z całego kraju. Za przyjęciem rynku krajowego przemawia również fakt, że na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurowania, w tym w przetargach na dostawę sprzętu na potrzeby lokalnych jednostek służb mundurowych. Ustawodawca nie przewidział reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie, a barierą wejścia na rynek jest przede wszystkim konieczność posiadania odpowiedniego *know-how*. Brak jest różnicowania warunków prowadzenia powyższej działalności w poszczególnych częściach kraju. Jednocześnie, mimo braku formalnych barier udziału w postępowaniu podmiotów, które mają siedzibę za granicą to mając na uwadze okoliczności, że: 1) przedstawiciel KGP zwrócił się o informację o dostępności i cenie akumulatorów jedynie do przedsiębiorców polskich, 2) oferta musiała być sporządzona w języku polskim a postępowanie przetargowe podlegało krajowym regulacjom, 3) zainteresowani przetargiem byli jedynie przedsiębiorcy polscy oraz, że 4) przedmiot zamówienia nabywany był na potrzeby podmiotów działających jedynie na terenie Polski to wydaje się, że w aspekcie geograficznym rynek właściwy nie będzie miał wymiaru ponadkrajowego.
- (131) Mając powyższe na względzie, w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym istniało podejrzenie zawarcia porozumienia dotyczącego dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych jest obszar Polski.
- (132) Powyższe okoliczności oznaczają, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym jest **krajowy rynek dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych**.

IV. Naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (133) Zgodnie z art. 6 ust. 1 Ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Jednocześnie, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt. 7 Ustawy zakazane jest

w szczególności uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w tym zakresu prac czy ceny.

- (134) W celu ustalenia, czy przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest ustalenie przez Prezesa UOKiK spełnienia następujących przesłanek:
- a) zawarcie porozumienia;
 - b) celem lub skutkiem porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
 - c) niepodleganie porozumienia wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień.

IV.1. Zawarcie porozumienia

IV.1.1. Forma zawartego porozumienia

- (135) W pierwszej kolejności należy ustalić, czy strony postępowania zawarły porozumienie w rozumieniu art. 4 pkt. 5 Ustawy. W zakres definicji wchodzi następujące formy ustaleń, jakie może przybrać zakazane na gruncie prawa ochrony konkurencji porozumienie:
- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami; w tym, poszczególne 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.
- (136) Należy wskazać, że „porozumienie” w rozumieniu Ustawy jest pojęciem szerszym niż umowa. Przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także inne uzgodnienia dokonywane w jakiegokolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Tym samym w orzecznictwie wskazuje się, że: *„definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia „porozumienie” w tym sensie, że została zakreślona szeroko, pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji”*¹².

¹² Wyrok SOKiK z 27 kwietnia 2011 r., sygn. XVII AmA 44/09, niepubl.

- (137) Prezes UOKiK uznał, że strony niniejszego postępowania dokonały uzgodnień poprzez wymianę informacji dotyczących przetargów. W orzecznictwie wskazuje się, że decydujące znaczenie dla ustalenia istnienia uzgodnienia mają skoordynowane zachowania na rynku zainteresowanych przedsiębiorców, nakierowane na osiągnięcie celu sprzecznego z Ustawą¹³ oraz fakt, że przedsiębiorcy nie podejmują decyzji rynkowych samodzielnie¹⁴. Podkreśla się przy tym, że istotą uzgodnionych praktyk jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie antykonkurencyjnego sposobu współdziałania. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji¹⁵.
- (138) Ustawowemu pojęciu „uzgodnienie” w Ustawie odpowiada koncepcja „praktyk uzgodnionych” z art. 101 ust. 1 TFUE¹⁶, zgodnie z którą w celu zidentyfikowania uzgodnień należy ustalić istnienie koordynacji zachowań oraz brak niepewności co do zachowania konkurentów. Praktyki uzgodnione pozbawiają bowiem działania przedsiębiorców „spontaniczności” w zakresie reakcji na posunięcia konkurentów¹⁷. Zgodnie z doktryną prawa unijnego do stwierdzenia praktyki uzgodnionej konieczne jest przedstawienie dowodu nie tyle wspólnych zamiarów przedsiębiorców, ile dowodu na to, że zachowanie przedsiębiorców doprowadziło do obniżenia poziomu niepewności co do przyszłego zachowania konkurentów¹⁸.
- (139) W celu stwierdzenia praktyki uzgodnionej, nie jest konieczne ustalenie opracowania przez zaangażowanych przedsiębiorców rzeczywistego, szczegółowego planu działania. Praktykę tę należy postrzegać przez pryzmat obowiązku każdego przedsiębiorcy niezależnego określania swojej polityki handlowej. Wyklucza to wszelkie bezpośrednie lub pośrednie kontakty między konkurentami, których celem lub skutkiem jest stworzenie warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom na danym rynku, a tym samym takie kontakty których celem

¹³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 15 lipca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 27/98, Wokanda 1999, Nr 9, s.63; wyrok Sądu Antymonopolowego z 7 lutego 2001 r., sygn. akt XVII Ama 25/00, niepubl.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej: SA) w Warszawie z 22 listopada 2010 r., VI ACa 607/09, niepubl.

¹⁵ Wyrok SA w Warszawie z 5 października 2005 r., VI ACa 1146/04, OSG 2008, Nr 2, poz. 16.

¹⁶ A. Jurkowska-Gomułka (w:) T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 132.

¹⁷ Wyrok z 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries Ltd. vs Komisji Wspólnot Europejskiej*, 48-69.

¹⁸ A. Jurkowska-Gomułka (w:) T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 133.

lub skutkiem jest wpłynięcie na zachowanie rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta, np. w drodze przekazywania takiemu konkurentowi informacji o podjętym lub planowanym przez zainteresowany podmiot zachowaniu na rynku. Wymiana informacji może stanowić zatem praktykę uzgodnioną, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku¹⁹, poprzez wymianę danych o charakterze strategicznym. Z tego względu dzielenie się danymi strategicznymi z konkurentami jest równoznaczne z uzgodnieniami, ponieważ zmniejsza niezależność zachowań konkurentów na rynku i osłabia ich motywację do konkurowania²⁰. W tym świetle uzgodnienia mogą być dokonane chociażby poprzez wymianę informacji podczas spotkań przedsiębiorców²¹.

- (140) Dodatkowo należy wskazać, że praktykę uzgodnioną może stanowić nawet sytuacja, gdy tylko jeden przedsiębiorca ujawnia informacje strategiczne swojemu konkurentowi lub konkurentom, a ci je przyjmują (jednostronna wymiana informacji). W takiej sytuacji bowiem dla wszystkich odbiorców tej informacji zmniejsza się strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku oraz zwiększa się niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji. Co więcej już nawet zwykła obecność na spotkaniu, na którym przedsiębiorca wyjawia konkurentom swoje przyszłe ceny może stanowić uzgodnienie, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia²².
- (141) W niniejszej sprawie doszło do uzgodnień pomiędzy Wasko i Unicom dotyczących przetargów organizowanych przez KGP i PSG.

IV.1.1.1. Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

- (142) W przetargu zorganizowanym przez PSG porozumienie przybrało formę uzgodnień dokonanych pomiędzy Unicom oraz Wasko w trakcie trwania aukcji elektronicznej polegających na utrzymywaniu przez ww. spółki kontaktu telefonicznego podczas którego strony wymieniły się informacjami na temat pozycji, na których znajdowały się aktualnie ich oferty (pkt 54 decyzji).

¹⁹ Wyrok z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08 EU:C:2009:343; wyrok z 28 maja 1998 r. *Deere v Commission*, C-8/08, EU:C:1998:256, pkt 90; wyrok z 2 października 2003 r. *Thyssen Stahl v Commission*, C-194/99 P, EU:C:2003:527, pkt. 81; postanowienie SN z 28 stycznia 2015 r. III SK 39/14.

²⁰ Komunikat Komisji. – *Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*, OJ C 11 z 14 stycznia 2011 r., s. 1-72, pkt 60-62; wyrok z 8 lipca 1999 r. *Huls v Commission*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 162.

²¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 7 lutego 2001 r., sygn. akt XVII Ama 25/00, niepubl.

²² Komunikat Komisji – *Wytoczne...*, pkt 62.

(143) W ocenie Prezesa UOKiK strony niniejszego postępowania poprzez wymianę poufnej i strategicznej informacji o pozycji oferenta w czasie trwania aukcji elektronicznej dokonały uzgodnień w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit b Ustawy.

IV.1.1.2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

(144) W przetargu zorganizowanym przez KPG porozumienie przybrało formę uzgodnień polegających na wymianie informacji pomiędzy Unicom oraz Wasko w zakresie:

- a) samego faktu złożenia lub nieskładania oferty w przetargu przez Unicom (pkt 66 decyzji);
- b) prognoz co do wysokości ofert, które miały być oferowane przez konkurentów spółek w przetargu (pkt 69 decyzji);
- c) sugestii Unicom co do ustalenia przez Wasko wysokości ceny oferty w przetargu (pkt 69 decyzji).

(145) Uzgodnienia te dokonywane były podczas osobistych spotkań obu spółek (pkt 65 i 66 decyzji), a także za pośrednictwem rozmów telefonicznych (pkt 66 i 67 decyzji).

(146) Kompleksowe ujęcie wszystkich opisanych powyżej zachowań polegających na wymianie pomiędzy Unicom oraz Wasko poufnych i strategicznych informacji dotyczących przetargu organizowanego przez KGP, w tym dotyczących: faktu złożenia lub nieskładania oferty w przetargu, prognoz i sugestii co do wysokości ofert przemawia za uznaniem, że porozumienie w niniejszym przetargu przybrało formę uzgodnień w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit b Ustawy. Jednocześnie należy podkreślić, że Prezes UOKiK nie przesądza o tym, czy każde z ww. zachowań rozpatrywane odrębnie, tj. w oderwaniu od pozostałych okoliczności sprawy, mogłoby stanowić antykonkurencyjną wymianę poufnych i strategicznych informacji dotyczących przetargu.

IV.1.2. Charakter zawartego porozumienia

(147) Porozumienia ograniczające konkurencję mogą mieć charakter horyzontalny lub wertykalny. Porozumienia horyzontalne zawierane są między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego (konkurentami). Podkreślić przy tym należy, że porozumienie ma charakter horyzontalny również, kiedy jest zawierane pomiędzy potencjalnymi konkurentami²³. Natomiast porozumienia wertykalne zawierane są między przedsiębiorcami działającymi na

²³ Komunikat Komisji – Wytoczne..., pkt 1.

różnych szczeblach obrotu (kontrahentami). Należy wskazać, że podział porozumień na horyzontalne i wertykalne ma charakter pozaustawowy, jednakże prawidłowe zakwalifikowanie danego porozumienia przekłada się na jego ewentualną ocenę z punktu widzenia art. 7 Ustawy oraz rozporządzeń wydanych na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy.

- (148) Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przeciwko trzem przedsiębiorcom: Agama, Unicom, Wasko, z czego pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, tj. Agama oraz Unicom zachodziła relacja zależności kapitałowej. Z uwagi na ww. zależność należy uznać, że spółki nie były wobec siebie konkurentami.
- (149) Wobec umorzenia postępowania antymonopolowego wobec Agama (pkt 204 i n. decyzji) bezprzedmiotowym było przeprowadzanie analizy charakteru zawartego porozumienia wobec tej spółki.
- (150) Unicom i Wasko były stronami porozumienia o charakterze horyzontalnym. W niniejszej sprawie spółki występują względem siebie jako konkurenci, bowiem przedsiębiorcy Ci prowadzili w tym samym czasie działalność konkurencyjną, wprowadzając, dystrybuując bądź kupując towary tożsame lub substytucyjne, czyli innymi słowy towary, które są w stosunku do siebie "konkurencyjne"²⁴. W rozpatrywanych postępowaniach przetargowych spółki złożyły bądź mogły złożyć oferty jako niezależni przedsiębiorcy podejmując walkę konkurencyjną między sobą.
- (151) Dodatkowo warto zaznaczyć, że Unicom miał możliwość złożenia oferty w Przetargu PSG samodzielnie, tzn. bez konieczności pozyskiwania towaru od innego dostawcy, ponieważ dysponował w całości sprzętem będącym przedmiotem zamówienia. Natomiast w odniesieniu do Przetargu KGP, mimo że zarówno spółka Unicom, jak i Wasko nie były w stanie zrealizować samodzielnie przedmiotu zamówienia i były zmuszone do pozyskania zasobów innego przedsiębiorcy to spółki miały taką samą możliwość uzyskania niezbędnego na potrzeby przetargu sprzętu od innych przedsiębiorców.
- (152) Bez wpływu na status konkurenta w Przetargu KGP pozostaje okoliczność, iż Unicom nie złożył ostatecznie własnej oferty w przetargu, zaś w przetargu wystąpiła spółka Agama. Jak zostało bowiem wykazane w toku postępowania antymonopolowego Unicom miał możliwość uczestnictwa w przetargu pozyskując niezbędny na potrzeby

²⁴ K. Kohutek, *Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r.* [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.* LEX, 2014.

przetargu sprzęt od innego przedsiębiorcy. Unicom podjął faktycznie czynności zmierzające do pozyskania oferty na akumulatory do mobilnych terminali noszonych celem złożenia własnej oferty w przetargu, jednakże z uwagi na brak wymaganych do przystąpienia do przetargu dokumentów zdecydowano o udziale w przetargu spółki Agama, której Unicom był właścicielem.

- (153) Należy więc stwierdzić, że rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie – zawarte między konkurentami – miało charakter horyzontalny.

IV.2. Antykonkurencyjna wymiana poufnych i strategicznych informacji jako naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

- (154) W opinii Prezesa UOKiK opisane w niniejszej decyzji działania stron postępowania noszą znamiona zakazanej na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy tzw. zmowy przetargowej. Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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.
- (155) Ustalenie katalogu zachowań naruszających zakaz zμών przetargowych oraz zachowań nieobjętych zakazem wymaga analizy znamion wymienionych w Ustawie oraz okoliczności wynikających z praktyki jego stosowania. Dyspozycja art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy obejmuje bowiem swoim zakresem szeroki wachlarz nieprawidłowości związanych z zawieraniem antykonkurencyjnych porozumień w ramach postępowań przetargowych²⁵.
- (156) Istotą uzgodnień przedsiębiorców przystępujących do przetargów lub tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu są warunki składanych przez nich ofert. Uzgodnienie może dotyczyć każdego z warunków oferty. Ustawa jedynie przykładowo wskazuje jako przedmiot uzgodnień „cenę” oraz „zakres prac” jako element oferty których uzgodnienie niesie za sobą potencjalnie największy stopień zagrożenia. Zakazane są więc porozumienia służące uzgodnieniu wszystkich, kilku lub tylko jednego warunku oferty. Zakaz obejmuje uzgodnienia zarówno istotnych, jak i mniej istotnych warunków oferty. Orzecznictwo sądowe potwierdza,

²⁵ G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 151.

że: „przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania, np. ceny lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów wycofa się²⁶.

- (157) Do najpowszechniejszych mechanizmów uzgadniania warunków ofert przez przedsiębiorców przystępujących do przetargów zalicza się: składanie ofert kurtuazyjnych, ograniczanie ofert, rozstawianie i wycofywanie ofert, systemowy podział rynku, rotacyjne składanie ofert. Klasyczną znową przetargową jest wewnętrzny wybór przez uczestników przetargu, jednego z nich, desygnowanego do zwycięstwa. Ten ostatni składa ofertę najkorzystniejszą (ale i tak zawyżoną w stosunku do warunków rynkowych), a jego rywale składają oferty niekonkurencyjne w stosunku do tej pierwszej. Taki mechanizm powtarzany jest cyklicznie. Za każdym razem przetarg wygrywa inna firma. Zmowa przetargowa może przybierać także inne pośrednie formy.
- (158) Przykładowo, w orzecznictwie jako swoiste uzgadnianie warunków ofert traktowane jest nie tylko dokonywanie ustaleń odnośnie do treści ofert, lecz także uzgodnienia co do samego faktu złożenia lub nieskładania oferty w przetargu²⁷. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, przedmiotem zakazanej znowy przetargowej mogą być zarówno „warunki składanych ofert, jak i krąg oferentów (zarówno poprzez zobowiązanie się do niewzięcia udziału w przetargu, jak i zobowiązanie się do złożenia fikcyjnej oferty mającej uwiarygodnić ofertę innego uczestnika porozumienia). Co do zasady każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu. Ryzyko to zmusza do odpowiedniej kalkulacji cen i opracowywania niecenowych warunków oferty, tak by została uznana za najkorzystniejszą przez organizatora przetargu. Uzgodnienie warunków udziału w przetargu, niezależnie od tego, czy dotyczy cen czy innych warunków oferty, zakłóca efektywność tego systemu i niweczy cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, polegający na wyborze najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji (wyrok SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., XVII AmA 117/05, niepublikowany)”²⁸.

²⁶ Wyrok SA z dnia 13 października 2009 r., VI ACa 6/09, niepubl., za: G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 182.

²⁷ G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 187.

²⁸ Por. wyrok SN z 14.1.2009 r., III SK 26/08, OSNP 2010, nr 13-14, poz.179.

- (159) Jednocześnie, jak wskazuje TS w swoich rozstrzygnięciach: „o ile taki wymóg autonomii nie wyłącza prawa podmiotów gospodarczych do przystosowywania się w sprawny sposób do stwierdzonego lub spodziewanego zachowania konkurentów, o tyle jednak stoi on na przeszkodzie wszelkim kontaktom między tymi podmiotami gospodarczymi, tak bezpośrednim jak i pośrednim, które mogłyby wywrzeć wpływ na zachowanie aktualnego lub potencjalnego konkurenta na rynku bądź ujawnić temu konkurentowi postępowanie, które ten podmiot sam zdecydował lub planuje realizować na rynku, jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów jest doprowadzenie do takich warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na rynku właściwym, przy uwzględnieniu charakteru produktów lub świadczonych usług, znaczenia i liczby przedsiębiorstw, jak również rozmiaru wspomnianego rynku”²⁹.
- (160) W ocenie Prezesa UOKiK wymiana przez przedsiębiorców informacji dotyczących przetargów może ingerować w przebieg przetargu, zakłócać jego efektywność oraz niweczyć jego cel polegający na wyborze najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji.
- (161) W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UOKiK wymiana pomiędzy konkurentami szczegółowych indywidualnych informacji dotyczących przetargów, która ogranicza konkurencję może wypełniać znamiona zмовы przetargowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy³⁰.
- (162) Należy przy tym podkreślić, że pojęcie „informacji dotyczących przetargów” powinno być rozumiane w sposób szeroki. W literaturze wskazuje się, że przykładowo, mogą to być informacje dotyczące: warunków handlowych, warunków technicznych, warunków odpowiedzialności, terminów wykonania prac, liczby, kategorii, nazw przetargów, w których dany podmiot uczestniczy³¹.
- (163) Należy dodatkowo wskazać, że już nawet tylko jednorazowa i jednostronna wymiana informacji poufnych i strategicznych może być wystarczająca do stwierdzenia uzgodnionej praktyki³². Zasadniczo należy więc przyjąć, że jednostronne ujawnienie

²⁹ Wyrok TS z dnia 19 marca 2015 r. C-286/13 P w sprawie *Dole Food Company, Inc i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 120 oraz wyrok *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo, Postanowienie SN z dnia 28.1.2015r., III SK 39/14, pkt. 33 i powołane tam orzecznictwo.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr 3/2016 z dnia 30 grudnia 2016r.

³¹ A. Bolecki, *Wymiana informacji pomiędzy konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 91.

³² Por. Wyrok z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343

informacji na gruncie prawa konkurencji może wywoływać takie same skutki jak dwustronna wzajemna wymiana informacji. Stanowisko to jest zgodne z orzecznictwem sądów unijnych, w którym podkreśla się, że koncepcja uzgodnionej praktyki wymaga istnienia wzajemnych kontaktów, ale warunek ten uznaje się za spełniony, jeśli jeden przedsiębiorca ujawnia swojemu rywalowi informacje o swoich planach na przyszłość lub działaniach na rynku, o ile ten ostatni prosi o takie informacje albo co najmniej akceptuje fakt ich uzyskania³³. Wystarczy, aby informację przekazał tylko jeden konkurent, a drugi przyjął ją do wiadomości i się od niej nie zdystansował. Jednostronne przekazanie informacji przez przedsiębiorcę oraz jej bierne przyjęcie przez drugiego, przy jednoczesnym braku zdystansowania się od tej informacji, prowadzi do antykonkurencyjnej uzgodnionej praktyki³⁴. Warto w tym miejscu wskazać, że w jednej z ostatnich decyzji Prezes UOKiK uznał jednostronną wymianę informacji pomiędzy konkurentami dotyczącą planowanej ceny i innych warunków oferty jednego z nich za praktykę ograniczającą konkurencję³⁵.

- (164) Zarzucane stronom niniejszego postępowania porozumienia polegały na dwustronnej wzajemnej wymianie poufnych i strategicznych informacji związanych z udziałem w postępowaniach na udzielenie zamówień publicznych do których przystępowali, co zredukowało niepewność przedsiębiorców co do ich przyszłych zachowań i umożliwiała wybór takiej strategii, która zapewni im maksymalną wygraną kosztem zamawiających. Poniżej, dla każdego przetargu osobno, zostaną omówione okoliczności i fakty świadczące o zawarciu przez Uniom oraz Wasko antykonkurencyjnego porozumienia stwierdzonego w punkcie I niniejszej decyzji.

IV.2.1. Przetarg przeprowadzony przez Polską Spółkę Gazownictwa

- (165) W ocenie Prezesa Urzędu analiza działań Unicom i Wasko w toku postępowania o udzielenie zamówienia zorganizowanego przez PSG opisanych w punktach 48-56 decyzji wskazuje, że w sprawie doszło do antykonkurencyjnej wymiany pomiędzy przedsiębiorcami informacji dotyczących ich działań rynkowych.
- (166) W toku postępowania zostało ustalone, że Wasko w trakcie rozmów na temat sprzedaży komputerów przekazała Unicom informację o chęci nabycia przez spółkę

³³ Por. Wyrok z 15 marca 2000 r., w sprawie T-25/95 *Cimenteries CBR SA v Commission*, Zb. Orz., EU:T:2000:77, pkt 1849.

³⁴ Wyrok z 12 lipca 2001 r. w połączonych sprawach T-202/98, T-204/98 i T-207/98, *Tate & Lyle plc*, Zb. Orz., EU:T:2001:185 pkt 54-58; por. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 257-258.

³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr 3/2016 z dnia 30 grudnia 2016r.

ww. sprzętu na potrzeby przetargu zorganizowanego przez PSG (pkt 49 decyzji). Natomiast, Unicom przekazała Wasko informację o nieskładaniu przez spółkę oferty w przetargu organizowanym przez PSG (pkt 53 decyzji).

- (167) Zdaniem Prezesa UOKiK wymiana pomiędzy Unicom i Wasko informacji o ich udziale w przetargu zwiększyła jego transparentność. Podkreślić przy tym należy, że pozyskanie przez Unicom informacji o udziale Wasko w Przetargu PSG miało dla spółki szczególne znaczenie z uwagi na chęć szybkiego zbycia przez spółkę sprzętu, który był już wcześniej w jej posiadaniu. Dodatkowo, z punktu widzenia spółki sprzedaż sprzętu komputerowego Wasko za cenę niższą niż spółka sama zaoferowała w Przetargu PSG mogło być gospodarczo uzasadnione, bowiem sprzedaż komputerów Wasko umożliwiała spółce wcześniejsze, niż w przypadku wygranej w przetargu, uzyskanie przez Unicom należności za ww. sprzęt. Jak zostało ustalone w treści decyzji, Unicom, mimo iż sama zamierzała wziąć udział w przetargu zdecydowała się sprzedać Wasko komputery za kwotę niższą niż sama zamierzała zaoferować w przetargu pod warunkiem, że Wasko zapłaci Unicom wynagrodzenie w krótszym terminie niż termin określony przez Zamawiającego w SIWZ (pkt 50 decyzji). Unicom wynegocjowała bowiem z Wasko korzystniejsze dla siebie warunki dostawy w zakresie ustalonego terminu płatności niż te przewidziane przez zamawiającego w SIWZ (pkt 50-51 decyzji).
- (168) W niniejszej sprawie antykonkurencyjną praktykę stanowi wymiana przez Unicom oraz Wasko, w trakcie trwania aukcji elektronicznej informacji na temat pozycji, na których znajdowały się aktualnie ich oferty (pkt 54 decyzji).
- (169) Oceniając charakter informacji wymienionych podczas rozmowy telefonicznej w pierwszej kolejności należy odnieść się do konstrukcji aukcji elektronicznej opisanej w punktach 27 i 28 decyzji. Istotna jest tutaj w szczególności okoliczność, że na konsoli ofert, oferenci widzą jedynie wartość oferty prowadzącej oraz wartość własnej oferty, nie znają przy tym tożsamości aktualnie prowadzącego oferenta. Zatem należy uznać, że informacja o pozycji oferty konkretnego uczestnika przetargu (oferenta) jest informacją poufną³⁶, zastrzeżoną przez organizatora przetargu dla wiadomości innych uczestników przetargu, będących jego konkurentami. Informacja

³⁶ Informacjami poufnymi są w szczególności informacje o cenach, wielkości produkcji i sprzedaży, wykorzystywaniu mocy produkcyjnych, realizowanych zamówieniach, posiadanych klientach, planach na przyszłość, wynikach finansowych, i inwestycjach, udziałach rynkowych i ponoszonych kosztach.

ta jest zarazem informacją indywidualną³⁷, pozwalającą zidentyfikować danego przedsiębiorcę oraz poznać wysokość jego oferty. Bez wątpienia element niepewności co do działań rywali jest niezbędny dla zachowania efektywnej konkurencji w przetargu. Natomiast, w sytuacji wymiany ww. informacji o pozycji, na których znajdowały się aktualnie ich oferty, niepewność ta została zredukowana.

- (170) W niniejszej sprawie wymiana informacji dotyczących miejsca zajmowanego aktualnie w przetargu umożliwiła Wasko i Unicom uniknięcie konkurowania w jego ramach. Ustalenia między przedsiębiorcami dokonane jeszcze przed przetargiem w zakresie sprzedaży sprzętu komputerowego (pkt 50 i 51 decyzji) zgodnie, z którymi Unicom miała sprzedać Wasko komputery za kwotę niższą niż sama zamierzała zaoferować w przetargu pod warunkiem, że Wasko zapłaci Unicom wynagrodzenie w krótszym terminie niż termin określony przez Zamawiającego w SIWZ, sprawiały, że preferowanym przez Unicom wynikiem przetargu, była wygrana Wasko. Wiedząc, iż najkorzystniejsza oferta należy do Wasko, Unicom nie miała bodźców do obniżania ceny własnej oferty. W konsekwencji Unicom nie podjęła działań zmierzających do przebicia oferty Wasko. Gdyby takiej wiedzy spółka nie posiadała, jej bodźce do obniżania ceny oferty mogłyby być inne. W sytuacji braku możliwości ustalenia, czy przedsiębiorcą przedstawiającym najkorzystniejszą ofertę nie jest inny podmiot niż Wasko, optymalną strategią Unicom byłoby obniżanie własnej ceny tak długo, jak najlepsza oferta pozostawałaby wyższa od najniższej ceny, jaką sama byłaby skłonna zaoferować. W toku postępowania Unicom wyraźnie przyznała, że wzięła udział w przetargu zorganizowanym przez PSG, pomimo że Wasko zwróciła się do niej o ofertę na komputery, bo nie była pewna czy spółka Wasko wystartuje w przetargu z ich sprzętem. Przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej spółka Wasko nie podpisała umowy ze spółką Unicom w zakresie sprzedaży komputerów (pkt 49 decyzji). Pewność co do sprzedaży sprzętu Wasko Unicom uzyskała dopiero w trakcie trwania aukcji elektronicznej, gdy spółki skontaktowały się telefonicznie i gdy doszło do antykonkurencyjnej wymiany informacji. Powyższe uzasadnia jednocześnie dlaczego podczas trwania aukcji elektronicznej spółka Unicom nie licytowała, w momencie gdy

³⁷ Informacja ma charakter indywidualny, jeśli na jej podstawie można zidentyfikować określoną wartość przynależną do konkretnego przedsiębiorcy, np. ceny, po jakich sprzedaje produkty, wielkość jego sprzedaży, nazwy obsługiwanych przez niego klientów, wysokość jego kosztów. Wymiana danych indywidualnych, pozwalających na zidentyfikowanie polityki handlowej danego przedsiębiorcy, ma antykonkurencyjny charakter. Taka wymiana informacji o wysokim stopniu szczegółowości jest oceniana, na gruncie prawa konkurencji, bardziej rygorystycznie niż wymiana zagregowanych i statystycznych danych.

Wasko obniżyła cenę swojej oferty o minimalny skok aukcyjny, czyli tylko o taką wartość by ich oferta była korzystniejsza od oferty Unicom.

IV.2.2. Przetarg przeprowadzony przez Komendę Główną Policji

- (171) Zdaniem Prezesa Urzędu również analiza działań Unicom i Wasko w toku postępowania o udzielenie zamówienia zorganizowanego przez KGP opisanych w punktach 57-73 decyzji wskazuje na antykonkurencyjną wymianę pomiędzy przedsiębiorcami informacji dotyczących tego przetargu.
- (172) W omawianym przetargu spółki Unicom oraz Wasko podczas osobistych spotkań (pkt 65 i 66 decyzji) oraz za pośrednictwem rozmów telefonicznych (pkt 68 i 69 decyzji) wymieniły się informacjami dotyczącymi:
- a) samego faktu złożenia lub nieskładania oferty w przetargu przez Unicom (pkt 66 decyzji);
 - b) prognoz co do wysokości ofert, które miały być oferowane przez konkurentów spółek w przetargu (pkt 69 decyzji);
 - c) sugestii Unicom co do ustalenia przez Wasko wysokości ceny oferty w przetargu (pkt 69 decyzji).
- (173) Przechodząc do omówienia pierwszej z powyższych informacji wskazać trzeba że, co prawda na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego nie można jednoznacznie stwierdzić jaką informację na temat swojego uczestnictwa w przetargu Unicom przekazał Wasko, tj. czy była to informacja o zamiarze przystąpienia do przetargu, czy też o nieskładaniu oferty w przetargu, to jednak w sprawie nie budzi wątpliwości, że pomiędzy stronami doszło do wymiany informacji co do zamiarów Unicom odnośnie do uczestnictwa w przetargu (pkt 66 decyzji).
- (174) Natomiast, jak zostało podkreślone w punktach 158-160 decyzji każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu. Ryzyko to zmusza bowiem do odpowiedniej kalkulacji warunków oferty, tak by została uznana za najkorzystniejszą przez organizatora przetargu. Jest tak w szczególności w przypadku przetargów zorganizowanych w postaci konkursu ofert, w którym uczestnicy równocześnie przedstawiają organizatorowi swoje – tajne dla pozostałych uczestników – oferty, a zwycięzcą zostaje przedsiębiorca oferujący najkorzystniejszą cenę i po niej realizuje zamówienie (ang. *first-price-sealed-bid-auction*). W takiej sytuacji uczestnik przetargu, ustalając cenę własnej oferty, musi wziąć pod uwagę, że

choć obniżając ją zwiększa swoje szanse na zwycięstwo w przetargu, zmniejsza zarazem zyski z wygranej. Racjonalny przedsiębiorca będzie dążył do zrównoważenia wspomnianych efektów i zaoferowania ceny, która maksymalizuje oczekiwaną wartość wygranej. W takiej sytuacji oczekiwanie napotkania intensywnej konkurencji w ramach przetargu będą prowadzić do zaoferowania niższych cen przez racjonalnych uczestników aukcji, ponieważ ceny wysokie, choć gwarantujące wysokie zyski z wygranej, będą czynić tę ostatnią wysoce nieprawdopodobną. Warto w tym kontekście przywołać rozstrzygnięcie wyroku z 21 lutego 1995 r. w sprawie *Building and Construction Industry in the Netherlands*³⁸, gdzie Sąd uznał, że przekazywanie przez stowarzyszenie swoim członkom informacji o liczbie przedsiębiorców zamierzających przystąpić do przetargu nie jest dopuszczalne, bowiem wiedza w tym zakresie umożliwiła – w ocenie Sądu – przedsiębiorcom ocenę intensywności konkurencji pozwalając na dostosowanie oferty do liczby firm, biorących udział w przetargu. W świetle powyższego należy uznać, że wymiana informacji o planach udziału Unicom w przetargu mogła wywrzeć wpływ na kształtowanie oferty przez Wasko.

- (175) Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego zostało także ustalone, że strony postępowania podczas kontaktów telefonicznych mających miejsce przed przystąpieniem do przetargu zorganizowanego przez KGP wymieniły się prognozami co do wysokości ofert, które miały być oferowane przez konkurentów spółek w przetargu a także Unicom sugerował Wasko złożenie oferty w wysokości niższej niż prognozowane ceny konkurentów (pkt 69 decyzji).
- (176) Przyjęcie mechanizmu wspólnego prognozowania przez przedsiębiorców ofert, które mają być złożone w przetargu przez konkurentów spółek należy uznać za antykonkurencyjne. Oceniając bowiem charakter ww. informacji należy ponownie podkreślić, że fundamentalnym założeniem, leżącym u podstaw oceny wymiany informacji przez konkurentów jest zasada, że każdy podmiot gospodarczy powinien samodzielnie i autonomicznie określać swoją strategię biznesową na wspólnym rynku (m.in. w zakresie cen oferowanych przez siebie produktów). Jak zostało wskazane w punkcie 159 decyzji wymóg autonomii nie wyłącza prawa podmiotów gospodarczych do przystosowywania się w sprawny sposób do stwierdzonego lub

³⁸ Decyzja Komisji z 5 lutego 1992r., publikowana w Dz. Urz. UE L z 1992 r., Nr 92, s. 1. Decyzja utrzymana w mocy wyrokiem Sądu z 21 lutego 1995 r. w sprawie T 29/92, publikowanym w Zb. Orz. Z 1995 r., II- 00289, pkt 116.

spodziewanego zachowania konkurentów, jednakże stoi on na przeszkodzie wszelkim kontaktom między tymi podmiotami gospodarczymi, które mogłyby wywrzeć wpływ na zachowanie aktualnego lub potencjalnego konkurenta na rynku bądź ujawnić temu konkurentowi postępowanie, które ten podmiot sam zdecydował lub planuje realizować na rynku, jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów jest doprowadzenie do warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na rynku właściwym, przy uwzględnieniu charakteru produktów lub świadczonych usług, znaczenia i liczby przedsiębiorstw, jak również rozmiaru wspomnianego rynku³⁹.

- (177) W okolicznościach niniejszego przetargu w pierwszej kolejności należy wskazać, że wymiana informacji pomiędzy stronami umożliwiała spółkom wzajemne oszacowanie wysokości swoich ofert. Pomiędzy wysokościami ofert przedsiębiorców występowała nieznacząca różnica (pkt 45 decyzji). Spółki oferowały co prawda ten sam sprzęt (pkt 46 decyzji), co mogłoby uzasadniać tę niewielką różnicę w wysokości ofert, jednakże istotnym jest, iż Agama w rzeczywistości nie posiadała oferty na akumulatory do terminali marki Intermec, które stanowiły część przedmiotu zamówienia (pkt 39 decyzji). Przypomnieć bowiem należy, że spółka Unicom zwracała się do Wasko o ofertę na akumulatory marki Intermec tylko na etapie zapytania przez KGP potencjalnych wykonawców o dostępność i cenę akumulatorów do terminali Motorola i Intermec na potrzeby przygotowania przetargu (pkt 58 decyzji). Spółka Wasko nie złożyła wtedy wiążącej oferty, natomiast po ogłoszeniu przetargu spółka Unicom już nie zwracała się do Wasko o ofertę na akumulatory marki Intermec (pkt 65, 89 decyzji).
- (178) Ponadto, co istotne Unicom jako dostawca Wasko akumulatorów marki Motorola miał zapewniony zysk w przypadku wygranej Wasko w przetargu. Tym samym, okoliczność, że Unicom startując w przetargu nie miała wiążącej oferty na baterie Intermec oraz miała zapewniony zysk w przypadku wygranej Wasko w przetargu uzasadnia chęć wpływu Unicom na wysokość oferty Wasko tak by to ona uznana została za najkorzystniejszą przez organizatora przetargu.
- (179) Podsumowując, zachowanie przedsiębiorców polegające na wymianie informacji na temat udziału w przetargu, spodziewanego zachowania konkurentów, czy sugestii co do wysokości cen przeczy wymogowi samodzielnego i autonomicznego określania

³⁹ Wyrok TS z dnia 19 marca 2015 r. C-286/13 P w sprawie *Dole Food Company, Inc i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 120 oraz wyrok *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo; Postanowienie SN x dnia 28 stycznia 2015 r., III SK 39/14.

przez przedsiębiorcę warunków własnej oferty, czyli swojej strategii biznesowej na rynku. Wysoce prawdopodobne jest, że spółki wymieniając tego typu informacje uwzględnią je w swoich działaniach (tj. przy przygotowywaniu ofert). Natomiast, wymiana tego typu informacji niewątpliwie zmniejsza niepewność związaną z planowanymi zachowaniami konkurentów.

IV.3. Antykonkurencyjny cel zawartego porozumienia

- (180) Zgodnie z art. 6 ust. 1 Ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Należy tym samym wskazać, że przesłanki „antykonkurencyjnego celu” oraz „antykonkurencyjnego skutku” mają charakter alternatywny⁴⁰. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 Ustawy wystarczające jest zatem spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu lub skutku tego porozumienia. Oznacza to, że jeżeli zostanie wykazane, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie ma znaczenia, czy cel ten został osiągnięty. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie z zakresu prawa ochrony konkurencji⁴¹.
- (181) Należy zatem stwierdzić, że w pierwszej kolejności zasadne jest określenie, czy porozumienie nie ograniczało konkurencji ze względu na cel. Dopiero w przypadku stwierdzenia, że porozumienie nie było porozumieniem ograniczającym konkurencję ze względu na cel, zasadne i niezbędne staje się przeanalizowanie jego skutków.
- (182) Brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel potwierdza zarówno orzecznictwo sądów krajowych jak i unijnych.
- (183) Wskazał na to, między innymi, SOKiK w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. stwierdzając, że „(...) jeżeli z zawartego porozumienia, w konkretnym wypadku z aktów podjętych przez odwołującą się Izbę wynika ich antykonkurencyjny cel, to nie ma potrzeby badania skutków porozumienia”⁴².

⁴⁰ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2008, s. 252; A. Jurkowska, (w:) T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa, 2014, s. 263-264; zob. także: wyrok z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 28.

⁴¹ Wyrok SOKiK z 7 lipca 2004 r., sygn. XVII Ama 65/03, niepubl.

⁴² Wyrok SOKiK z 9 listopada 2006 r., sygn. XVII Ama 68/05, Dz. Urz. UOKiK z 2007 r., Nr 2, poz. 20.

- (184) Podobny wniosek wynika z orzecznictwa TSUE, w którym wskazano, między innymi, że: „(...) w wypadku gdy udowodnione zostanie, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie zachodzi potrzeba określania rzeczywistych jego skutków”⁴³. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w innej sprawie, w której stwierdzono, że „(...) by dokonać oceny, czy porozumienie jest zakazane na mocy obecnego art. 101 ust. 1 TFUE, uwzględnienie jego konkretnych skutków jest zbędne, jeśli okazuje się, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku”⁴⁴. Jak bowiem wskazał TSUE: „(...) pewne formy zmowy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”.
- (185) Należy także wskazać, że uzgodniona praktyka, w tym wymiana informacji, ma antykonkurencyjny cel w rozumieniu art. 101 TFUE i art. 6 Ustawy, gdy ze względu na swoją treść oraz kontekst gospodarczy i prawny może konkretnie zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję na rynku. Nie jest więc konieczne, aby doszło do rzeczywistego naruszenia konkurencji. Jak wskazuje TS kwestia czy i w jakim zakresie tego rodzaju skutek rzeczywiście powstaje może mieć znaczenie wyłącznie dla obliczenia wysokości grzywny, czy oceny zakresu prawa do odszkodowania i zadośćuczynienia⁴⁵. Zatem przy ocenie praktyki pod kątem jej antykonkurencyjnego charakteru w pierwszej kolejności należy zbadać sam cel uzgodnionej praktyki z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ona stosowana. Dopiero w sytuacji, gdy analiza treści uzgodnionej praktyki nie wskazuje na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji należy zbadać jej ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób.
- (186) Odnosząc się ściśle do wymiany informacji między konkurentami, należy odwołać się do stanowiska Trybunał Sprawiedliwości, który wskazuje, że kryteria koordynacji i współpracy stanowiące przesłanki uzgodnionej praktyki winny być postrzegane w świetle koncepcji właściwej postanowieniom TFUE dotyczącym konkurencji, zgodnie z którą każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny

⁴³ Wyrok z 13 lipca 1966 r. *Costen and Grundig przeciwko Komisji*, połączone sprawy 56 i 58/64, EU:C:1966:41; Podobnie wyrok z 30 czerwca 1966 r. *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, 56/65, EU:C:1966:38.

⁴⁴ Wyrok z 20 listopada 2008 r. *Beef Industry Development Society Ltd*, C-209/07, EU:C:2008:643.

⁴⁵ Wyrok z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343; Wyrok z 8 lipca 1999 r. *Huls v Commission*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 163.

politykę, jaką zamierza realizować na wspólnym rynku⁴⁶. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału wymiana informacji między konkurentami realizuje cel antykonkurencyjny, jeżeli zmniejsza lub znosi poziom niepewności co do zachowania planowanego przez przedmiotowe przedsiębiorstwa. W szczególności za mającą cel antykonkurencyjny należy uznać wymianę informacji mogącą wyeliminować niepewność zainteresowanych co do daty, zakresu i warunków dostosowania zachowania na rynku, którego dane przedsiębiorstwo miałyby dokonać⁴⁷.

- (187) W niniejszej sprawie doszło pomiędzy Unicom i Wasko do dwustronnej wzajemnej wymiany poufnych, indywidualnych i strategicznych informacji związanych z udziałem w zamówieniach publicznych do których przystępowali lub co najmniej zamierzali przystąpić, co zredukowało niepewność przedsiębiorców co do ich przyszłych zachowań.
- (188) Podkreślić przy tym należy, że dla powyższej oceny nie ma znaczenia subiektywny cel stron postępowania w wymianie tych informacji, bowiem przy ocenie, czy celem porozumienia było ograniczenie konkurencji nie ma znaczenia wyobrażenie jego stron o zamiarach czy motywach działania, lecz jego obiektywny charakter⁴⁸.

IV.4. Niepodleganie wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję

- (189) Dla stwierdzenia naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy konieczne jest w dalszej kolejności wykazanie, że porozumienie to nie wchodzi w zakres wyjątków w zakresie zastosowania art. 6 Ustawy. Powyższe dotyczy trzech rodzajów sytuacji:
- a) zastosowania reguły *de minimis*, która określona została w art. 7 Ustawy;
 - b) spełniania warunków wyłączenia grupowego, które wydane zostało na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy;
 - c) indywidualnego spełniania przez porozumienie przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 1 Ustawy.

⁴⁶ Wyrok TS z dnia 19 marca 2015 r. C-286/13 P w sprawie *Dole Food Company, Inc i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 119 oraz wyrok *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo

⁴⁷ Wyrok TS z dnia 19 marca 2015 r. C-286/13 P w sprawie *Dole Food Company, Inc i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 122 oraz wyrok *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 41.

⁴⁸ Wyrok SOKiK z 11 czerwca 2012 r., sygn. XVII AmA 197/10, niepubl.

- (190) W niniejszej sprawie horyzontalne porozumienie dotyczące wymiany informacji w zakresie ceny i innych warunków oferty w ramach postępowania przetargowego, nie spełnia warunków żadnego z ww. wyłączeń.

IV.5. Czas trwania porozumień i ich zaniechanie

- (191) Porozumienie zawarte pomiędzy Unicom i Wasko w Przetargu PSG trwało od października 2012 r. do dnia 21 listopada 2012 r. W dniu 26 października 2012 r. Wasko zwróciła się bowiem do Unicom o ofertę cenową sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia, zatem od tego momentu rozpoczęły się rozmowy na temat sprzedaży sprzętu komputerowego na potrzeby przetargu. Co do momentu zaniechania należy wskazać, że wiąże się on z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach tego przetargu, tj. 21 listopada 2012 r.
- (192) Porozumienie zawarte pomiędzy Unicom i Wasko w Przetargu KGP trwało co najmniej od 3 grudnia 2012 r. do dnia 10 grudnia 2012 r. W dniu 3 grudnia 2012 r. miało bowiem miejsce spotkanie Unicom z Wasko, na którym doszło do antykonkurencyjnej wymiany informacji. Po zakończeniu spotkania spółki kontaktowały się jeszcze telefonicznie.
- (193) Co do momentu zaniechania należy wskazać, że wiąże się on z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach przetargu zorganizowanego przez KGP, tj. w dniu 10 grudnia 2012 r.
- (194) Tym samym uznać należy, że w obu przetargach, objęte zakresem niniejszej decyzji porozumienia ograniczające konkurencję zostały zaniechane jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania antymonopolowego.
- (195) Zgodnie z art. 11 ust. 1 Ustawy Prezes UOKiK nie wydaje decyzji, o której mowa w art. 10 Ustawy, tj. o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli zachowania rynkowe przedsiębiorców przestały naruszać zakaz określony w art. 6 Ustawy. W takim przypadku, zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.
- (196) Wobec powyższego, należało w niniejszej sprawie wydać decyzję, o której mowa w art. 11 Ustawy tj. o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

V. Kary pieniężne – odstąpienie od nałożenia kar

- (197) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt. 1 Ustawy Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 Ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 Ustawy.
- (198) Okoliczności stwierdzonych niniejszą decyzją naruszeń, w tym przede wszystkim fakt, że są one naruszeniami poważnymi i dotyczącymi wymiany poufnych i strategicznych informacji dotyczących przetargów, uprawniają Prezesa UOKiK do skorzystania z uprawnienia do nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych za naruszenie art. 6 Ustawy. Należy przy tym stwierdzić, że w odniesieniu do obu stron postępowania spełniona została przesłanka „choćby nieumyślnego” naruszenia przepisów Ustawy.
- (199) Kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie Ustawy służą zapewnieniu skuteczności norm prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Kary pełnią funkcję prewencyjną, represyjną i wychowawczą. W szczególności kara pieniężna pełni funkcję represyjną poprzez wywołanie dolegliwości po stronie przedsiębiorcy, jako że godzi bezpośrednio w sferę majątkową ukaranego. Natomiast z uwagi na swą funkcję prewencyjną kara pieniężna ma zapobiegać podobnym naruszeniom prawa konkurencji w przyszłości przez adresata decyzji nakładającej karę. Dodatkowo można wskazać na funkcję wychowawczą kary pieniężnej, bowiem Prezes Urzędu prowadząc określoną politykę karania, wskazuje pozostałym uczestnikom rynku, jakie działania uznaje za niepożądane, a jakie budzą jego aprobatę. W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą⁴⁹.
- (200) Podkreślić należy, że wszystkie kary przewidziane Ustawie, w tym kara nakładana za naruszenie zakazu stosowania antykonkurencyjnych praktyk mają charakter fakultatywny. Prezes UOKiK w każdej sprawie decyduje zarówno o fakcie nałożenia kary, jak i o jej wysokości. Oznacza to, że Prezes UOKiK korzysta w tym zakresie z uznania administracyjnego i nie musi nakładać kary w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów⁵⁰.

⁴⁹ Wyrok SN z 24.4.1996 r., sygn. akt I CRN49/96, OSNC 1996 Nr 9 poz.124; wyrok SOKIK z 4.8.2004 r., sygn. akt XVII Ama 97/02 niepubl. oraz wyrok SOKIK z 27.4.2006 r. sygn. akt XVII Ama 3/05 niepubl.

⁵⁰ Postanowienie SN z 7 lipca 1999 r., sygn. akt I CKN 184/099, OSNC 2000 r., Nr 2, poz. 33.

- (201) W niniejszej sprawie Prezes UOKiK postanowił odstąpić od nakładania kary na Unicom i Wasko, z uwagi na nadzwyczajne okoliczności, które w jej ramach zaistniały. Przede wszystkim należy wskazać na precedensowy charakter niniejszej sprawy, w której Prezes UOKiK ocenił kwestie wymiany poufnych informacji dotyczących przetargów. Należy bowiem podkreślić, że wymiana poufnych informacji dotyczących przetargów nie była dotychczas przedmiotem sądowego orzecznictwa krajowego ani też nie była szeroko komentowana w doktrynie. Wydaje się zatem, iż stronom postępowania trudno było przewidzieć, że ich zachowanie może zostać uznane za naruszenie prawa konkurencji. Jak wskazuje doktryna, gdy chodzi o kary, przestrzeganie fundamentalnej zasady ich stosowania jedynie wówczas, gdy możliwe było przewidywanie takich konsekwencji przez karany podmiot, wymaga powstrzymania od stosowania kar pieniężnych w przypadkach, gdy ich stwierdzenie przez Prezesa UOKiK zostało oparte na całkiem nowej interpretacji przepisu określającego daną praktykę⁵¹. Z uwagi na niewykształcone jeszcze reguły interpretacyjne wskazujące na bezprawny charakter wymiany poufnych i strategicznych informacji w toku postępowań przetargowych, uzasadnionym jest przyjęcie nieświadomości przedsiębiorców co do popełnienia deliktu antymonopolowego. Niewątpliwie stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie nie należy do typowych zachowań sprzecznych z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (202) Jednocześnie, w ocenie Prezesa UOKiK, osiągnięcie celu postępowania administracyjnego – tj. zapewnienie skuteczności stosowania normy art. 6 ust. 1 Ustawy zawierającej zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję – możliwe jest w tym wypadku bez konieczności sięgania do środków w postaci nałożenia na przedsiębiorców kar pieniężnych, bowiem już samo stwierdzenie w sentencji decyzji naruszenia przez tych przedsiębiorców reguł prawa konkurencji powinno odnieść pożądany skutek w postaci przekazu względem uczestników rynku, jakie działania Prezes Urzędu uznaje za ograniczające konkurencję.
- (203) Stąd, w ocenie Prezesa UOKiK, wskazane wyżej okoliczności sprawy przemawiają za odstąpieniem w niniejszym przypadku od nałożenia na Unicom i Wasko kary pieniężnej.

⁵¹ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1321.

VI. Umorzenie postępowania wobec Agama

- (204) Prezes UOKiK wszczynając postępowanie w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* postawił zarzut trzem przedsiębiorcom: Unicom, Agama oraz Wasko. W zakresie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez PSG oraz porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw akumulatorów do mobilnych terminali noszonych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez KGP, Prezes UOKiK stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy przez Unicom oraz Wasko. Natomiast wobec Agama Prezes UOKiK zdecydował o umorzeniu postępowania.
- (205) Stawiając Agama zarzut zawarcia porozumienia, Prezes UOKiK miał na względzie okoliczność udziału spółki w przetargu organizowanym przez KGP na dostawę akumulatorów do mobilnych terminali noszonych oraz powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy spółkami Agama i Unicom. Unicom jest bowiem jedynym udziałowcem spółki Agama.
- (206) Jednakże, w toku postępowania antymonopolowego zostało ustalone, że Agama nie uczestniczyła w wymianie informacji z Wasko ani bezpośrednio ani za pośrednictwem Unicom. Decyzja o udziale Agama w ww. przetargu została podjęta przez Prezesów Zarządu Agama i Unicom w momencie, gdy okazało się, że Unicom nie może samodzielnie wziąć udziału w przetargu. Agama swoją ofertę przygotowała w oparciu o ofertę otrzymaną od Unicom, uwzględniając w niej samodzielnie ustaloną marżę. Ze zgromadzonych w sprawie dowodów nie wynika aby Agama kontaktowała się ze spółką Wasko w związku z ww. przetargiem (pkt 72 - 75 decyzji). Również Wasko potwierdza, że nie posiadała jakichkolwiek informacji o uczestnictwie Agama w przetargu. Wasko nie utrzymywała żadnych kontaktów handlowych z Agama, zarówno przed ogłoszeniem przetargu jak również w jego trakcie (pkt 86 decyzji). Natomiast, w przetargu organizowanym przez PSG spółka ta w ogóle nie uczestniczyła.
- (207) Wobec braku bezpośrednich kontaktów pomiędzy Agama i Wasko dotyczących udziału spółek w przetargach organizowanych przez PSG i KGP oraz z uwagi na bierną rolę Agama w ww. przetargach, zdaniem Prezesa UOKiK należy uznać

prowadzenie postępowania antymonopolowego wobec Agama za bezprzedmiotowe i je umorzyć.

- (208) Przepisy Ustawy nie regulują bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego, zgodnie jednak z art. 83 Ustawy, w sprawach nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem UOKiK stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t. j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm., dalej jako: *k.p.a.*). W rozpatrywanej sprawie zastosowanie będzie miał art. 105 § 1 *k.p.a.*, który stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o jego umorzeniu.
- (209) Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty. Gdy zaistnieją takie okoliczności, umorzenie postępowania jest obligatoryjne, niezależne od woli bądź uznania organu administracji publicznej⁵². Należy przy tym podkreślić, że przesłanka bezprzedmiotowości postępowania może zarówno istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania i zostać ujawniona w toczącym się postępowaniu, jak i powstać w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi.
- (210) Zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy. Oznacza to, że elementy badanego stanu prawnego i faktycznego są tego rodzaju, że niepotrzebne jest postępowanie mające na celu wyjaśnienie wszystkich tych okoliczności w sprawie⁵³.
- (211) W świetle prawa materialnego oraz ustalonego stanu faktycznego brak było podstaw prawnych i faktycznych do stwierdzenia stosowania antykonkurencyjnej praktyki wobec Agama. Agama nie uczestniczyła bowiem w antykonkurencyjnej wymianie informacji z Wasko i Unicom. Ten brak kwalifikacji przedmiotowej powoduje, że niniejsze postępowanie jest bezprzedmiotowe w zakresie zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez PSG oraz porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw akumulatorów do mobilnych

⁵² P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 227.

⁵³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 1995 r., sygn. akt: SA/Łd 2424/94.

terminali noszonych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert w przetargu zorganizowanym przez KGP wobec Agama. Zatem, zgodnie z normą zawartą w art. 105 § 1 k.p.a. należy je w tym zakresie umorzyć.

VII. Koszty postępowania

- (212) Zgodnie z art. 77 ust. 1 Ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów Ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 Ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.
- (213) Z przepisów Ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 Ustawy. Wobec wyrażonego w art. 83 Ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów *Kodeksu postępowania administracyjnego* należy przyjąć, że zakres tych kosztów wyznacza art. 263 §1 *k.p.a.*. Tym samym, do kosztów postępowania należy zaliczyć: (i) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron; (ii) koszty doręczania stronom pism procesowych; (iii) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.
- (214) W punktach I oraz II sentencji decyzji stwierdzono stosowanie przez strony praktyki ograniczającej konkurencję zakazanej na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Na koszty Prezesa UOKiK w niniejszym postępowaniu składają się wydatki, które związane były z kosztami dostarczenia przedsiębiorcom i innym podmiotom w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego przesyłek pocztowych w kwocie 996,68 zł (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt osiem groszy).
- (215) W związku z tym postanowiono obciążyć Wasko kosztami w wysokości 419,54 zł (słownie: czterysta dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt cztery grosze), na które składają się koszty doręczenia stronie Wasko listów w łącznej cenie 201,67 zł oraz połowa kosztów doręczenia podmiotom trzecim listów wynosząca 217,87 zł (są to pisma skierowane do podmiotów trzecich, nie będących stronami postępowania).
- (216) Jednocześnie Prezes Urzędu uznał za niecelowe obciążanie kosztami postępowania Unicom ze względu na ogłoszoną upadłość likwidacyjną spółki. Przed wszystkim należy wskazać, że z dniem ogłoszenia upadłości Unicom majątek spółki stał się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego, w związku z tym obciążenie

spółki kosztami uszczupliłoby masę upadłości przeznaczoną dla zaspokojenia wierzycieli spółki.

- (217) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w punktach IV i V sentencji.
- (218) Koszty postępowania należy uiścić w terminie **14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji** na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:
- NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**
- (219) Przy dokonywaniu wpłaty należy dopisać numer decyzji Prezesa UOKiK stanowiącej podstawę jej dokonania.
- (220) Zgodnie z art. 81 ust. 1 Ustawy w związku z art. 479²⁸ §2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (t.j. Dz. U. z 2014, poz. 101 ze zm.) oraz art. 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego*, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **w terminie miesiąca** od dnia doręczenia niniejszej decyzji.
- (221) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania zawartego w punktach IV i V sentencji niniejszej decyzji, na podstawie art. 264 § 2 *Kodeksu postępowania administracyjnego*, w związku z art. 83 Ustawy, jak również stosownie do art. 81 ust. 5 Ustawy, w związku z art. 479³² §1 oraz 2 *Kodeksu postępowania cywilnego*, stronie przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **w terminie tygodnia** od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*