



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-410-3/13/PW

Warszawa, dnia 30 grudnia 2014 r.

DECYZJA nr DOK - 10/2014

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), 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 Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” **i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 2 marca 2012 r.**
- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji, **nakłada na:**

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach karę pieniężną w wysokości **4.254.633,43 zł** (słownie: cztery miliony dwieście pięćdziesiąt cztery tysiące sześćset trzydzieści trzy złote i czterdzieści trzy grosze), płatną do budżetu państwa,
2. Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu karę pieniężną w wysokości **2.283.596,40 zł** (słownie: dwa miliony dwieście osiemdziesiąt trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych i czterdzieści groszy), płatną do budżetu państwa,
3. KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie karę pieniężną w wysokości **401.960,68 zł** (słownie: czterysta jeden tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych i sześćdziesiąt osiem groszy), płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **obciąża kosztami** postępowania antymonopolowego:

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w kwocie 94,54 zł (słownie: dziewięćdziesiąt cztery złotych i pięćdziesiąt cztery grosze),
2. Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu w kwocie 88,84 zł (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych i osiemdziesiąt cztery grosze),
3. KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie w kwocie 88,84 zł (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych i osiemdziesiąt cztery grosze),

i zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

(1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji

i Konsumentów (dalej jako: Prezes Urzędu) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK1-400-4/12/PW/MF mającego na celu wstępne ustalenie, czy zachowania przedsiębiorców działających na rynku dostaw infrastruktury kolejowej, w tym dostaw systemów automatyki kolejowej naruszają przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

- (2) W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu zwrócił się do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. o udzielenie informacji na temat ogłoszonego zamówienia publicznego na Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom”.
- (3) Ponadto w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu powziął wiedzę o prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie postępowaniu przygotowawczym w sprawie składania w okresie od grudnia 2011 r. do lutego 2012r. obietnic prezesowi zarządu Thales Polska sp. z o.o. udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 4 mln zł w zamian za nadużycie udzielonych mu uprawnień i odstąpienie od uczestnictwa w postępowaniu organizowanym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” (sygn. akt: VI Ds. 167/12). W związku z powyższym Prezes Urzędu w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego pozyskał od Prokuratury Okręgowej w Warszawie część zgromadzonego w toku śledztwa materiału dowodowego.
- (4) Analiza informacji i dokumentów zebranych w toku postępowania wyjaśniającego dała podstawę do wniosku, że w ramach zorganizowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

- (5) W związku z tym faktem, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów automatyki kolejowej, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom”, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (6) Następnie Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r. zaliczył w poczet materiału dowodowego postępowania antymonopolowego materiały pozyskane w toku postępowania wyjaśniającego. W tym włączone zostały także następujące dowody pozyskane od Prokuratury Okręgowej w Warszawie: protokoły z przesłuchania w toku ww. śledztwa następujących świadków: prezesa zarządu Zakładów Automatyki Kombud S.A. [**informacja utajniona**], prezesa zarządu Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. – [**informacja utajniona**], członka zarządu Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. – [**informacja utajniona**] oraz specjalisty ds. sprzedaży spółki Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. – [**informacja utajniona**]. Ponadto postanowieniem z dnia 25 czerwca 2014 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego postanowienie Prokuratury Okręgowej w Warszawie z dnia 31 października 2013 r. o umorzeniu śledztwa w ww. sprawie (sygn. akt: VI Ds. 167/12) oraz postanowienie z dnia 10 kwietnia 2014 r. Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie II Wydział Karny, w przedmiocie zażalenia na powyższe postanowienie prokuratury o umorzeniu śledztwa (sygn. akt: II Kp 162/14).
- (7) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. pismem z dnia 24 stycznia 2014 r., Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. pismem z dnia 17 stycznia 2014 r. oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. pismem z dnia 17 lipca 2014 r. zaprzeczyli zawarciu jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie

i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom”.

- (8) Pismami z dnia 28 listopada 2014 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów.
- (9) 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 utajniona]** i pozostaną niewidoczne.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił, co następuje

- (10) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, pod kątem zawartego w art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań podejmowanych przez Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. (dalej jako: Kombud), KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. (dalej jako: KZA Lublin) oraz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej jako: Bombardier) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom”.

I. Strony postępowania

(11) Bombardier prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 80749. Spółka należy do międzynarodowej grupy kapitałowej Bombardier Inc. z siedzibą w Kanadzie, która zajmuje się produkcją i budową samolotów, lokomotyw, wagonów kolejowych, wagonów metra i tramwajowych. Całościowy udział w spółce Bombardier posiada Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Niemczech. Bombardier jest dostawcą kompletnych systemów i urządzeń dla transportu szynowego (tj. dla pojazdów kolejowych, tramwajowych i metra), w kraju i za granicą. Głównym przedmiotem działalności spółki jest projektowanie, produkcja, oraz instalacja systemów i urządzeń do sterowania, kierowania i nadzoru ruchu pojazdów szynowych, przy czym prace w zakresie projektowania oraz instalacji spółka wykonuje głównie za pośrednictwem podwykonawców. Bombardier dostarcza również części zamienne i świadczy usługę serwisowania.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 7 sierpnia 2014 r., k. 733 i 734.

(12) Kombud prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 101312. Spółka funkcjonuje na rynku od czerwca 1991 roku. Jest dostawcą urządzeń sterowania ruchem kolejowym i usług budowlano-montażowych w branży sterowania ruchem kolejowym, energetyki niskonapięciowej oraz telekomunikacji. Podstawowym przedmiotem działalności Kombud jest produkcja, modernizacja i instalacja urządzeń oraz systemów automatyki kolejowej, w ramach kontraktów z zakresu modernizacji infrastruktury kolejowej w Polsce, a w mniejszym stopniu również z obszaru telekomunikacji kolejowej i elektroenergetyki niskich napięć. Spółka uczestniczy w realizacji tych projektów – w zależności od stosowanej procedury przetargowej i uzgodnień z partnerami biznesowymi, jako podwykonawca głównego wykonawcy, główny wykonawca lub członek konsorcjum. W większości przypadków spółka realizuje projekty jako podwykonawca. Kombud współpracuje z grupą przedsiębiorców, którzy uzupełniają zakres prowadzonych przez spółkę zadań, przede wszystkim w obszarze prac budowlano-montażowych.

Dowód: pismo Kombud z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 749.

- (13) KZA Lublin prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Lublin-Wschód z siedzibą w Świdniku VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 28403. KZA Lublin funkcjonuje na rynku od 1944 r., kiedy to w strukturach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. powstały Warsztaty Elektrotechniczne, które dały początek obecnemu przedsiębiorstwu. Głównym przedmiotem działalności spółki jest realizacja robót budowlano-montażowych jako wykonawca w przetargu lub podwykonawca przedsiębiorców produkujących i dostarczających urządzenia sterowania ruchem kolejowym. W zakresie automatyki kolejowej KZA Lublin realizuje roboty budowlano-montażowe polegające na zabudowie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, zabudowie systemów przejazdowych, układaniem kabli sygnalizacyjnych, energetycznych i teletechnicznych. Spółka nie jest producentem systemów automatyki kolejowej. W zakresie produkcji przemysłowej dla potrzeb automatyki kolejowej KZA Lublin produkuje tylko jako elementy wymienne podstawy do semaforów, drągi rogatkowe na przejazdy oraz znaki i wskaźniki do osygnalizowania linii kolejowych.

Dowód: pismo KZA Lublin S.A. z dnia 8 sierpnia 2014 r., k. 740 i 741.

II. Produkty, których dotyczy sprawa (systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym)

- (14) Systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym są to środki techniczne, za pomocą których możliwe jest sprawne i bezpieczne poruszanie się pojazdów szynowych po torach i rozjazdach oraz umożliwienie operatywnego zarządzania i kierowania przewozami kolejowymi. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym działają na zasadzie samoregulacji i wykonują określone działania lub czynności bez udziału człowieka lub przy jego ograniczonym wpływie. Natomiast systemy sterowania ruchem kolejowym to kompletne rozwiązania instalowane w ramach danej inwestycji, które składają z urządzeń konfigurowanych w zależności od wymagań zamawiającego. Całościowe systemy mają decydujący wpływ na sposób przemieszczania się pociągów po sieci kolejowej, uwzględniając: prędkość, ciężar pojazdów, natężenie ruchu, długość drogi hamowania oraz sposób organizacji ruchu.
- (15) Urządzenia sterowania ruchem kolejowym można podzielić według ich przeznaczenia na trzy zasadnicze grupy: i) urządzenia stacyjne, ii) urządzenia liniowe

i iii) urządzenia specjalne. Urządzenia stacyjne odpowiadają za realizowanie przebiegów pociągowych i manewrowych (przestawianie zwrotnic i ustawianie sygnałów na sygnalizatorach). Ich główną rolą jest umożliwienie sterowania zwrotnicami, sygnalizatorami i innymi urządzeniami oraz wzajemne ich uzależnienie. Urządzenia liniowe odpowiadają za realizowanie przebiegów pomiędzy posterunkami ruchu, zapewniając jednocześnie bezpieczeństwo przejazdu pociągów na szlaku, są połączone z urządzeniami stacyjnymi. Natomiast urządzenia specjalne są stosowane na stacjach przemysłowych, portowych, metra itp. Urządzenia te służą zapewnieniu bezpiecznego i sprawnego ruchu pojazdów, dostosowanego do procesów technologicznych zakładu lub wymagań linii specjalnych.

- (16) Produkty sterowania ruchem kolejowym (systemy i urządzenia) wchodzi w skład szerszej kategorii tzw. urządzeń automatyki kolejowej, służących automatyzacji procesów związanych z przemieszczaniem się pojazdów kolejowych po sieci kolejowej. Oprócz opisanych powyżej systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym do tej szerszej kategorii urządzeń automatyki kolejowej można zaliczyć m.in. urządzenia łączności, urządzenia ogrzewania rozjazdów, rejestratory rozmów oraz systemy telewizji przemysłowej. Niemniej jednak, jak wyjaśnił Instytut Kolejnictwa, systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym, pomimo że należą do jednej z grup urządzeń automatyki kolejowej to bardzo często oba określenia używane są zamiennie, tzn. poprzez automatykę kolejową faktycznie rozumie się urządzenia sterowania ruchem kolejowym.

Dowód: pismo Instytutu Kolejnictwa z dnia 8 października 2014 r., k. 872 vide.

- (17) Wyróżnia się trzy rodzaje procesów dopuszczenia do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym, tj. poprzez wydanie i) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (dla urządzeń niebędących składnikiem interoperacyjności), ii) zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu (dla podsystemów strukturalnych) oraz iii) certyfikatu i deklaracji zgodności WE (dla urządzeń będących składnikiem interoperacyjności).
- (18) Zgodnie z Dyrektywą 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie (Dz. U. UE L 2008.191.1 ze zm.) interoperacyjność oznacza zdolność systemu kolei do zapewnienia bezpiecznego i nieprzerwanego ruchu pociągów na terenie państw członkowskich [Unii Europejskiej](#). W praktyce oznacza to, że interoperacyjny tabor może poruszać się po interoperacyjnej

infrastrukturze kolejowej i przemieszczać pomiędzy sieciami kolejowymi poszczególnych państw (zarządców infrastruktury) bez konieczności zatrzymywania się, wymiany lokomotywy, czy zamiany maszynistów na granicach. Zdolność ta zależy od spełnienia wymogów TSI (Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności) określonych w dyrektywach w sprawie interoperacyjności kolei, dotyczących składników interoperacyjności, wyróżnionych pod względem strukturalnym lub funkcjonalnym podsystemów i ich powiązań, które powinny być spełnione dla zapewnienia interoperacyjności kolei. Składnikami interoperacyjności są: Radiowe Centrum Sterowania (RBC), urządzenie do radiowego przekazywania informacji uaktualniających, Eurobalista, Europętla, koder do Eurobalisty oraz koder do Europętli.

- (19) W przypadku dopuszczenia do eksploatacji pierwszego urządzenia danego typu, które nie jest składnikiem interoperacyjności, konieczne jest przeprowadzenie badań technicznych przez uprawnioną do tego jednostkę organizacyjną. Jeżeli wynik badań zostanie określony jako pozytywny, jednostka wydaje certyfikat zgodności typu, na którego podstawie Prezes Urzędu Transportu Kolejowego (dalej jako: Prezes UTK) wydaje **świadczenia dopuszczenia do eksploatacji typu**. Przy czym, gdy dany typ urządzenia jest produkowany przez kilku producentów, wymagane jest uzyskanie świadectwa dla pierwszego egzemplarza przez każdego producenta. W przypadku dopuszczenia do eksploatacji kolejnego egzemplarza urządzenia, dla którego Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu, producent we własnym zakresie przeprowadza procedurę oceny zgodności z typem i na tej podstawie wystawia deklarację zgodności z typem.
- (20) Dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, nie będącego składnikiem interoperacyjności odbywa się w oparciu o krajowe specyfikacje techniczne i dokumenty normalizacyjne. Procedura obejmuje przeprowadzenie przez akredytowaną jednostkę certyfikującą weryfikacji zgodności WE, na podstawie której jednostka certyfikująca wydaje certyfikat weryfikacji WE. Certyfikat upoważnia producenta do wydania deklaracji weryfikacji WE dla danego podsystemu. Dokumenty te są następnie przekazywane Prezesowi UTK i stanowią podstawę do wydania przez niego **zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji** danego podsystemu.
- (21) Podobnie jak w przypadku podsystemów, również w odniesieniu do składników interoperacyjności, jednostki badawcze dokonują właściwej procedury oceny zgodności lub przydatności do stosowania. W przypadku pozytywnego wyniku badań wydaje się **certyfikat zgodności WE** składnika interoperacyjności, na podstawie

którego producent jest upoważniony do wystawienia dla każdego dostarczonego egzemplarza urządzenia – **deklaracji zgodności WE**. Certyfikat zgodności WE dla składnika interoperacyjności wydany w kraju należącym do Unii Europejskiej jest ważny w każdym kraju Unii Europejskiej.

- (22) Na krajowym rynku systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym działa kilkunastu przedsiębiorców, spośród których większość prowadzi działalność w zakresie produkcji, sprzedaży i montażu produktów sterowania ruchem kolejowym. Kilku z ww. przedsiębiorców zajmuje się wyłącznie sprzedażą i montażem urządzeń sterowania ruchem kolejowym m.in. KZA Lublin¹ i Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A. Największymi przedsiębiorcami świadczącymi swoje usługi lub produkty na rynku produktów sterowania ruchem kolejowym są: Bombardier, Thales Polska Sp. z o.o. (dalej jako: Thales) oraz Kombud. W Polsce tylko nieliczne podmioty, w tym głównie należące do światowych koncernów, np. Bombardier, Thales posiadają pełne lub prawie pełne portfolio certyfikowanych wyrobów umożliwiających sterowanie całymi liniami kolejowymi.
- (23) W zakresie zapotrzebowania na systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym największymi odbiorcami są zarządcy infrastruktury kolejowej i metra warszawskiego. W zakresie infrastruktury kolejowej, dominuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej jako: PKP PLK lub Zamawiający), która zarządza ok. 93% całej infrastruktury kolejowej w Polsce². Pozostali odbiorcy to m.in. PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., Łódzka Kolej Aglomeracyjna sp. z o.o., Pomorska Kolej Metropolitarna S.A. oraz Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o. Ponadto odbiorcami systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym są duże przedsiębiorstwa działające w obszarze budownictwa jak Budimex S.A., Skanska S.A., Strabag sp. z o.o., które realizują kontrakty o charakterze infrastrukturalnym (np. związane z budową przejazdów bądź wiaduktów kolejowych). Potencjalnymi odbiorcami produktów sterowania ruchem kolejowym są też duże podmioty działające w obszarze wydobywania, przemysłu lub zarządzania infrastrukturą, posiadające własne bocznice kolejowe i wykorzystujące je do transportu „wewnętrznego”, takie jak: górnictwo, hutnictwo, elektrownie, porty, duże zakłady chemiczne itp. Przykładowi

¹ KZA Lublin dla potrzeb automatyki kolejowej produkuje tylko jako elementy wymienne podstawy do semaforów, drągi rogatkowe na przejazdy oraz znaki i wskaźniki do osygnalizowania linii kolejowych.

² Biała księga 2013, Kolej na działania - mapa problemów polskiego kolejnictwa, s. 36.

odbiorcy z tej grupy to Kopalnia Węgla Bogdanka, Elektrownia Bełchatów, Elektrownia Kozienice.

- (24) W oparciu o planowane w kolejnych latach wydatki inwestycyjne przedstawione w dokumencie rządowym „Master Plan dla transportu kolejowego w Polsce do 2030 roku”, szacuje się, że średnioroczna wartość rynku produktów systemów sterowania ruchem kolejowym w latach 2012 -2030 wyniesie od 362 mln zł do 453 mln zł.

Dowód: pismo Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z dnia 7 sierpnia 2014 r., k. 733-739; pismo KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z dnia 8 sierpnia 2014 r., k. 740-746; pismo Zakładów Automatyki „Kombud” S.A. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 748-768; pismo Thales z dnia 1 sierpnia 2014 r., k. 819-832; pismo Instytutu Kolejnictwa z dnia 8 października 2014 r., k. 872-875; pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 20 października 2014 r., k. 878-881.

III. Opis przetargu ogłoszonego przez PKP PLK w kontekście udziału w nim Bombardier oraz Konsorcjum Kombud i KZA Lublin

- (25) W dniu 28 września 2011 r. PKP PLK ogłosiły przetarg pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” (dalej jako: Przetarg), wyznaczając termin składania ofert na 28 listopada 2011 r. do godz. 12:00. Jedynym kryterium wyboru ofert w niniejszym przetargu była najniższa cena. Otwarcie ofert nastąpiło tego samego dnia. Przed otwarciem ofert Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 528.531.000 zł brutto. W przetargu złożono 4 oferty, których kolejność zaczynając od oferty z najniższą ceną, przedstawiała się następująco:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto	Cena w PLN netto
1.	Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Thales Transportation Systems GmbH oraz Trakce a.s.	316 725 000 zł	257.500.000,00 zł
2.	Konsorcjum: Zakłady Automatyki Kombud S.A. (pełnomocnik) oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.	392 993 838,78 zł	319.507.186,00 zł
3.	Qumak-Sekom S.A.	409 599 417,26 zł	333.007.656,31 zł
4.	Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.	460 881 000 zł	374.700.000,00 zł

Dowód: pismo PKP PLK z dnia 19 listopada 2012 r., k. 12 i n

(26) W toku analizy przedłożonych ofert Zamawiający zidentyfikował oczywiste omyłki rachunkowe w rozbiściu cenowym oferty złożonej przez Bombardier, polegające w opinii PKP PLK na błędnym zsumowaniu przez tego przedsiębiorcę indywidualnych pozycji w „Podsumowaniu ogólnym” Rozbicia Ceny Ofertowej. W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej jako: p.z.p.) poprawił oczywistą omyłkę w ofercie Bombardier, o czym poinformował tego wykonawcę pismem z dnia 25 stycznia 2012r. Na skutek dokonanej przez PKP PLK poprawki, całkowita wartość oferty Bombardier uległa zmniejszeniu do kwoty 367 770 246 zł brutto. W związku z powyższym oferta Bombardier stała się pod względem ceny korzystniejsza od oferty Konsorcjum Kombud i KZA Lublin i zajęła drugie miejsce tj. za ofertą Konsorcjum Thales i Thales Transportation Systems GmbH oraz Trakce a.s. (dalej jako: Konsorcjum Thales).

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto	Cena w PLN netto
1.	Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Thales Transportation Systems GmbH oraz Trakce a.s.	316 725 000 zł	257.500.000,00 zł
2.	Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.	367 770 246 zł <i>po poprawieniu omyłki</i>	299.000.200,00 zł <i>po poprawieniu omyłki</i>
3.	Konsorcjum: Zakłady Automatyki Kombud S.A. (pełnomocnik) oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.	392 993 838,78 zł	319.507.186,00 zł
4.	Qumak-Sekom S.A.	409 599 417,26 zł	333.007.656,31 zł

(27) Na podstawie protokołów przesłuchania świadka prezesa zarządu Kombud – [informacja utajniona] w toku prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie postępowania przygotowawczego w sprawie składania w okresie od grudnia 2011 r. do lutego 2012 r. obietnic prezesowi zarządu Thales udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 4 mln zł w zamian za nadużycie udzielonych mu uprawnień i odstąpienie od uczestnictwa w postępowaniu organizowanym przez PKP PLK S.A. w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” (sygn. akt: VI Ds. 167/12; dalej jako: Postępowanie przygotowawcze), Prezes Urzędu ustalił, że w dniu 25 stycznia 2012 r. prezes zarządu Kombud rozmawiał z członkiem Komisji Przetargowej – [informacja utajniona] na temat pomyłki w ofercie Bombardier. W szczególności

rozmowa dotyczyła wysłanej do Bombardier informacji o dokonanej przez Zamawiającego poprawce.

Dowód: protokół przesłuchań świadka prezesa zarządu Kombud – [informacja utajniona] z dnia 16 września 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 551.

- (28) Ponadto z zeznań złożonych w toku Postępowania przygotowawczego przez prezesa zarządu Bombardier – [informacja utajniona] oraz prezesa zarządu Kombud – [informacja utajniona], wynika, że w dniu 1 lutego 2012 r. o godz. 10:10 prezes zarządu Kombud kontaktował się telefonicznie z prezesem zarządu Bombardier. Rozmowa dotyczyła planowanych przez Bombardier działań w zakresie dokonanej przez PKP PLK poprawki – prezes zarządu Kombud dzwonił: „żeby się dowiedzieć czy się z tą poprawką zgodzą czy nie, bo to zmieniało [...] układ sił”.

Dowód: protokół przesłuchań świadka prezesa zarządu Kombud [informacja utajniona] z dnia 16 września 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 553 oraz protokół przesłuchań świadka prezesa zarządu Bombardier – [informacja utajniona] z dnia 17 lipca 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 537.

- (29) Tego samego dnia, w którym odbyła się ww. rozmowa, pismem datowanym na 1 lutego 2012 r., Bombardier odpowiedział na informacje o dokonanych poprawkach przez PKP PLK. Pismo zostało wysłane pocztą e-mail o godz. 17:16 przez Panią [informacja utajniona] do członka Komisji Przetargowej powołanej przez Zamawiającego. We wspomnianym piśmie Bombardier wyjaśnił, iż celem spółki było złożenie oferty na kwotę 460 881 000 zł brutto, w związku z tym poprawka dokonana przez Zamawiającego jest sprzeczna z intencją wykonawcy. Bombardier wniósł o odstąpienie przez Zamawiającego od poprawienia rzekomej omyłki, a na wypadek nieuwzględnienia wniosku - o odrzucenie oferty z ceną 367 770 246 zł brutto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Dowód: pismo PKP PLK z dnia 25 stycznia 2012 r. skierowane do Bombardier, k. 469; wiadomości e-mail wysłana przez panią [informacja utajniona] do PKP PLK w dniu 1 lutego 2012 r., k. 77 oraz pismo Bombardier z dnia 1 lutego 2012 r. skierowane do PKP PLK, k. 475 i n.

- (30) Jak wynika z akt Postępowania przygotowawczego w dniu 2 lutego 2012 r. prezes zarządu Kombud ponownie rozmawiał z członkiem Komisji Przetargowej – [informacja utajniona] na temat pomyłki rachunkowej w ofercie Bombardier. Podczas rozmowy [informacja utajniona] twierdził, że Bombardier nie zgodził się z poprawką dokonaną przez PKP PLK.

Dowód: protokół przesłuchań świadka prezesa zarządu Kombud – [informacja utajniona] z dnia 16 września 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 552.

(31) W dalszym toku postępowania przetargowego pismem z dnia 14 lutego 2012 r. PKP PLK, działając na podstawie art. 85 ust. 2 p.z.p. zwróciła się do wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni równocześnie informując, że zgodnie z art. 85 ust. 4 p.z.p. przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Dowód: pismo PKP PLK z dnia 14 lutego 2012 r. skierowane do Bombardier, k. 479.

(32) Na powyższe wezwanie Zamawiającego trzech wykonawców tj. Konsorcjum Thales, Konsorcjum Kombud i KZA Lublin oraz Qumak-Sekom S.A. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużyło okres ważności wadium. Natomiast Bombardier nie odpowiedział na pismo Zamawiającego do dnia 25 lutego 2012 r., tj. w terminie, w którym upływał poprzedni 90-dniowy termin związania ofertą. Dopiero pismem datowanym na 24 lutego 2012 r., które wpłynęło faksem do PKP PLK w dniu 27 lutego 2012 r., tj. dwa dni po terminie na przedłużenie związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, Bombardier poinformował PKP PLK, że zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie w swojej odpowiedzi – pomimo informacji zawartej w piśmie PKP PLK o konieczności równoczesnego przedłużenia ważności wadium – Bombardier zadeklarował, że w terminie do 15 marca 2012 r., kiedy to kończył się okres ważności wadium spółki, dostarczy przedłużenie gwarancji wadialnej na przedłużony okres związania ofertą.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 24 lutego 2012 r. skierowane do PKP PLK, k. 482, pismo PKP PLK z dnia 19 listopada 2012 r., k. 21 i 22.

(33) Z uwagi na fakt, że Bombardier przekazał PKP PLK pismo ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie terminu oraz nie zastosował się do wymogu równoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium, Zamawiający na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. wykluczył Bombardier z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. PKP PLK uznał ofertę Bombardiera za odrzuconą.

Dowód: pismo PKP PLK z dnia 2 marca 2012 r. skierowane do Bombardier, k. 497 i n.

(34) Jak wynika z akt Postępowania przygotowawczego, w dniu 16 lutego 2012 r., a więc po upływie do Bombardiera pisma PKP PLK z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, pani **[informacja utajniona]**, która w spółce Bombardier była odpowiedzialna za przygotowanie oferty, wysłała wiadomość SMS

do członka zarządu Bombardier [**informacja utajniona**] o treści „z 8 się nie odzywam i udaję, że mnie nie ma”.

*Dowód: protokół przesłuchań świadka Pani [**informacja utajniona**] z dnia 18 września 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 543, potwierdzenie z dnia 15 lutego 2014 r. wysłania fax-em pisma PKP PLK z dnia 14 lutego 2012 r. do Bombardier, k. 481.*

(35) W dniu 27 lutego 2012 r. Komisja Przetargowa zatwierdziła wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oraz wykluczenie i odrzucenie oferty Bombardier, o czym w dniu 2 marca 2012 r. zawiadomiła oferentów. Zgodnie z powyższym rozstrzygnięciem, kolejność ofert zaczynając od oferty z najniższą ceną, przedstawiała się następująco:

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto	Cena w PLN netto
1.	Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Thales Transportation Systems GmbH oraz Trakce a.s.	316 725 000 zł	257.500.000,00 zł
2.	Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.	Wykonawca wykluczony – oferta odrzucona	
3.	Konsorcjum: Zakłady Automatyki Kombud S.A. (pełnomocnik) oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.	392 993 838,78 zł	319.507.186,00 zł
4.	Qumak-Sekom S.A.	409 599 417,26 zł	333.007.656,31 zł

Dowód: pismo PKP PLK z dnia 2 marca 2012 r. skierowane do wszystkich uczestników postępowania, k. 491.

(36) W dniu 9 marca 2012 r. Konsorcjum Kombud i KZA Lublin wnieśli od powyższego rozstrzygnięcia Przetargu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: KIO). Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło dwóch wykonawców – Konsorcjum Thales i Qumak-Sekom S.A. W dniu 28 marca 2012 r. KIO wydała wyrok (sygn. akt: KIO 478/12), w którym uwzględniła zarzut odwołującego, dotyczący nieprawdziwego oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Thales oraz Qumak-Sekom S.A. w zakresie wymaganego przez Zamawiającego, zrealizowania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, zabudowania urządzeń Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowej (ssp) na 5 przejazdach kolejowych. W wyniku powyższego rozstrzygnięcia KIO nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców Konsorcjum Thales oraz Qumak-Sekom S.A.

(37) Zgodnie z powyższym wyrokiem, Komisja Przetargowa dokonała ponownej oceny ofert. Z uwagi na fakt, iż z postępowania zostali wykluczeni Konsorcjum Thales oraz Qumak-Sekom S.A., a wcześniej wykluczony został Bombardier, jedyną nie

podlegającą odrzuceniu ofertą w Przetargu została oferta Konsorcjum Kombud i KZA Lublin.

L.p.	Wykonawca	Cena w PLN brutto	Cena w PLN netto
1.	Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Thales Transportation Systems GmbH oraz Trakce a.s.	<i>Wykonawca wykluczony – oferta odrzucona</i>	
2.	Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.	<i>Wykonawca wykluczony – oferta odrzucona</i>	
3.	Konsorcjum: Zakłady Automatyki Kombud S.A. (pełnomocnik) oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.	392 993 838,78 zł	319.507.186,00 zł
4.	Qumak-Sekom S.A.	<i>Wykonawca wykluczony – oferta odrzucona</i>	

(38) Przed akceptacją powyższego wyboru, w dniu 4 kwietnia 2012 r. Zamawiający został poinformowany przez Konsorcjum Thales o wystąpieniu tego wykonawcy do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako: Prezes UZP) z prośbą o złożenie skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie na orzeczenie KIO z dnia 28 marca 2012 r. Zarząd PKP PLK postanowił wstrzymać wybór najkorzystniejszej oferty do czasu ewentualnego złożenia skargi przez Prezesa UZP i zakończenia postępowania sądowego. W dniu 19 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie IV Oddział Cywilno – Odwoławczy ogłosił wyrok uwzględniający skargę złożoną przez Prezesa UZP (sygn. akt: IV Ca 683/12).

(39) Dodatkowo w przedmiotowej sprawie, na podstawie protokołów przesłuchań świadków w toku Postępowania przygotowawczego, Prezes Urzędu ustalił, że między przedstawicielami stron postępowania dochodziło wielokrotnie do spotkań. W szczególności w oparciu o zeznania świadka **[informacja utajniona]** ustalono, że raz na kwartał, najczęściej w Sandomierzu, dochodziło do spotkań między **[informacja utajniona]** – członkiem zarządu Bombardier, **[informacja utajniona]** – prezesem zarządu Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. oraz **[informacja utajniona]** – prezesem zarządu KZA Lublin. Spotkania odbywały się w różnym gronie i czasami uczestniczył w nich **[informacja utajniona]**. Podczas spotkań przedstawiciele ww. spółek wymieniali się informacjami o tym, jakie przetargi są planowane w przyszłości oraz weryfikowali posiadane przez siebie informacje. Natomiast z zeznań prezesa zarządu Bombardier – **[informacja utajniona]** wynika, że przedstawiciele stron niniejszego postępowania spotykali się również na różnego rodzaju spotkaniach organizowanych przez PKP PLK, seminariach i innych oficjalnych spotkaniach.

Dowód: protokół przesłuchania świadka członka zarządu Bombardier – [informacja utajniona] z dnia 16 lipca 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 532, protokół przesłuchania świadka prezesa zarządu Bombardier – [informacja utajniona] z dnia 17 lipca 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 536.

(40) Dodatkowo z całokształtu załączonych do akt niniejszego postępowania protokołów przesłuchań świadków w toku Postępowania przygotowawczego wynika, że przedstawiciele Bombardier, Kombud i KZA Lublin w toku przedmiotowego Przetargu kontaktowali się ze sobą telefonicznie. Mianowicie poza wyżej opisaną rozmową [patrz pkt. (28) niniejszej decyzji], prezes zarządu Kombud – **[informacja utajniona]** (pełniący do 14 grudnia 2011 r. w spółce Kombud funkcję Dyrektora ds. Współpracy Międzynarodowej) oraz prezes zarządu Bombardier – **[informacja utajniona]** w dniu otwarcia ofert w Przetargu, tj. 28 listopada 2011 r. rozmawiali ze sobą przez telefon na temat uczestnictwa w Przetargu wykonawcy dotychczas nieznanego na tym rynku przedsiębiorcy tj. Qumak-Sekom S.A. Na okoliczność rozmów telefonicznych zwróciła uwagę również prokuratura w uzasadnianiu postanowienia o umorzeniu Postępowania przygotowawczego stwierdzając, że prezes Kombud – **[informacja utajniona]**, prezes Bombardier – **[informacja utajniona]**, członek zarządu Bombardier – **[informacja utajniona]** oraz prezes KZA Lublin **[informacja utajniona]** w okresie od 7 listopada 2011 r. do końca lutego 2012 r. pozostawali ze sobą w stałych kontaktach telefonicznych.

Dowód: protokół przesłuchania świadka prezesa zarządu Bombardier – [informacja utajniona] z dnia 17 lipca 2013 r. w toku Postępowania przygotowawczego, k. 538 oraz postanowienie o umorzeniu Postępowania przygotowawczego z dnia 31 października 2013 r., k. 703 i 703 vide.

(41) Poza opisanymi wyżej kontaktami między przedstawicielami stron postępowania, Prezes Urzędu ustalił, że dochodziło również do wielokrotnych kontaktów między prezesem zarządu Kombud – **[informacja utajniona]** a członkiem Komisji Przetargowej – **[informacja utajniona]**. W trakcie tych rozmów prezes Kombud dowiadywał się nieoficjalnie o opinii Komisji na temat ofert pozostałych uczestników Przetargu oraz o zapadłych decyzjach zanim informowano o tym pozostałych wykonawców. W szczególności oprócz rozmów wspomnianych w pkt. (27) i (30) niniejszej decyzji, prezes Kombud w rozmowie w dniu 15 grudnia 2011 r. omawiał z **[informacja utajniona]** okoliczność, czy Komisji Przetargowa dopuści dośłane do dokumentacji referencje Konsorcjum Thales. Powyższe było również przedmiotem rozmowy, o której mowa w pkt. (27) niniejszej decyzji.

Dowód: protokół przesłuchania prezesa zarządu Kombud [informacja utajniona] z dnia 16 września 2013 r. w toku Postępowania Przygotowawczego, k. 550-551.

- (42) Ponadto z akt Postępowania przygotowawczego wynika, że we wrześniu 2011 r., prezes zarządu Kombud [informacja utajniona] w rozmowie z prezesem zarządu Thales – [informacja utajniona], chcąc przekonać go do współpracy w Przetargu polegającej na połączeniu urządzeń Kombud i Thales powiedział Prezesowi Thales, że Kombud na pewno wygra Przetarg.

Dowód: protokół przesłuchania prezesa zarządu Kombud [informacja utajniona] z dnia 6 września 2013 r. w toku Postępowania Przygotowawczego, k. 569-570 oraz k. 574.

Postępowanie przygotowawcze prowadzone przez prokuraturę okręgową

- (43) W tym miejscu należy wyjaśnić, że prokuratura okręgowa prowadziła Postępowanie przygotowawcze m.in. w sprawie wchodzenia w porozumienie przedstawicieli Kombud, Bombardier oraz pracownika PKP PLK. W wyniku wskazanego Postępowania przygotowawczego prokuratura stwierdziła, że zachowanie prezesów Kombud, KZA Lublin i Bombardier świadczy o nieformalnym porozumieniu zawartym między tymi osobami, a tym samym o dokonywaniu niedozwolonych praktyk. Jednocześnie jednak postanowieniem z dnia 31 października 2013 r. umorzone zostało w powyższym zakresie postępowanie przygotowawcze, bowiem porozumienie to – w opinii prokuratury - nie wypełniało znamienia przestępstwa z art. 305 § 1 ustawy z dnia z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej jako: k.k.) w postaci zaistnienia szkody po stronie zamawiającego.

- (44) Na powyższe postanowienie wniesione zostało zażalenie, po rozpoznaniu którego sąd rejonowy - w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2014 r. (sygn.: II Kp 162/14) - potwierdził zawarcie porozumienia w przedmiotowym Przetargu i uznał za właściwe umorzenie śledztwa w ww. zakresie z uwagi na niespełnienie znamion czynu z art. 305 § 1 k.k. w postaci działania „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. W związku z tym postanowienie prokuratury w sprawie porozumienia stało się prawomocne.

IV. Stanowisko Stron postępowania

Stanowisko Bombardier

- (45) Odnośnie do oczywistej omyłki w ofercie Bombardier, spółka wyjaśniła, że niewyrażenie zgody na dokonanie przez PKP PLK poprawek w ofercie było spowodowane wyłącznie brakiem wymaganych zgód wewnętrznych na realizację

projektu po cenie wynikającej z tych poprawek. Intencją Bombardier było złożenie w Przetargu oferty z ceną 374.700.000 zł netto. Bowiem w wyniku wewnętrznych zgód Bombardier otrzymał zgodę na udział w Przetargu z ceną nie niższą niż 350.100.000 zł netto. Dodatkowo spółka wyjaśniła, że w załącznikach do oferty, przedstawiających sposób kalkulacji ceny, w części zawierającej Rozbicie Ceny Ofertowej w kilku miejscach pojawiły się błędne cyfry. Błędy te najprawdopodobniej wynikały z faktu, iż w trakcie składania oferty, w części przedstawiającej Rozbicie Ceny Ofertowej, dołączono przez przypadek niewłaściwe strony. W trakcie prac nad dokumentacją ofertową na Przetarg pracownicy Bombardier przygotowywali różne warianty kalkulacji cenowej i tym samym różne warianty tabeli pn. Rozbicie Ceny Ofertowej. Bombardier podejrzewa, że w momencie składania oferty i przygotowywania ostatecznej wersji dokumentacji przetargowej, ktoś przez pomyłkę dołączył niewłaściwe strony pochodzące z takiej właśnie innej wersji kalkulacji cenowej. Bombardier wyjaśnił, że nie był świadomy tych błędów na etapie składania ofert, a spółka dowiedziała się o nich dopiero w chwili otrzymania pisma od PKP PLK z dnia 25 stycznia 2012 r., w którym Zamawiający poinformował, że w związku z omyłkami rachunkowymi uznaje ofertę Bombardier za złożoną z ceną 299.000.200 zł netto. Taka decyzja była dla Bombardier wysoce problematyczna, bowiem Spółka nie posiadała wewnętrznej zgody na realizację projektu po tak niskiej cenie. Ponadto Bombardier nie byłby w stanie zrealizować projektu za cenę niższą o ok. 20% od ceny wynikającej z analiz przeprowadzonych w ramach procesu *Blue Book*. W związku z powyższym Bombardier nie mógł się zgodzić na czynność Zamawiającego polegającą na poprawieniu oczywistych omyłek.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 24 stycznia 2014 r. k. 643a i n.

(46) W kwestii niewyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą w wyznaczonym terminie, Bombardier w piśmie z dnia 24 stycznia 2014 r. wskazał, iż było to spowodowane dokonaniem przez Zamawiającego poprawki oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie spółki. Bowiem w momencie gdy PKP PLK wystosowała prośbę z dnia 14 lutego 2012 r. o przedłużenie terminu ważności ofert o 60 dni, Bombardier wiedział już o dokonanej poprawce, skutkującej obniżeniem oferowanej ceny o około 20%. Co prawda, Bombardier wskazał, że wezwał PKP PLK do odstąpienia od tej czynności, niemniej jednak spółka nie otrzymała w tym zakresie żadnej odpowiedzi.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 24 stycznia 2014 r., k. 643a i n.

(47) W zakresie cyklicznych spotkań przedstawicieli Bombardier z przedstawicielami Kombud i KZA Lublin, Bombardier wyjaśnił, że zarówno z jednym, jak i drugim przedsiębiorcą współpracuje przy niektórych projektach na zasadzie podwykonawstwa. W związku z tym naturalnym jest, że przedsiębiorcy kontaktują się i spotykają na gruncie biznesowym, aby omówić kwestię realizowanych wspólnie projektów. Jednakże według twierdzeń Bombardier podczas tego typu kontaktów i spotkań nigdy nie uzgadniano, ani nie dyskutowano jakichkolwiek antykonkurencyjnych zachowań.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 24 stycznia 2014 r., k. 643a i n.

(48) W uzupełnieniu do powyższego stanowiska spółka pismem z dnia 8 października 2014 r. przedstawiła dodatkowe wyjaśnienia i uwagi. W pierwszej kolejności Bombardier zakwestionował dokonanie ustaleń przez Prezesa Urzędu w oparciu o protokoły zeznań świadków w toku Postępowania przygotowawczego. Zdaniem Bombardier stoi to w sprzeczności z zasadą bezpośredniości postępowania dowodowego i z tego względu jest niedopuszczalne.

(49) Dodatkowo spółka wyjaśniła, że podczas rozmowy telefonicznej w dniu 1 lutego 2012 r. między prezesem Kombud – **[informacja utajniona]** a prezesem Bombardier – **[informacja utajniona]** nie konsultowano się w sprawie pomyłki w ofercie Bombardier poprawionej przez PKP PLK. Zdaniem Bombardier również z protokołów przesłuchań w toku Postępowania przygotowawczego nie wynika, aby podczas rozmowy prezes Bombardier poinformował prezesa Kombud o otrzymaniu lub treści pisma PKP PLK z dnia 25 stycznia 2012 r. w sprawie poprawienia omyłek w ofercie Bombardier, ani aby konsultował z nim lub poinformował go o treści odpowiedzi Bombardier na to pismo. Według spółki, Prezes Kombud był zainteresowany tym, jaka będzie odpowiedź Bombardier, ale z rozmowy z prezesem Bombardier niczego się na ten temat nie dowiedział. Protokoły zeznań prezesa Kombud świadczą o tym, że o treści odpowiedzi Bombardier na pismo PKP PLK dowiedział się od członka Komisji Przetargowej – **[informacja utajniona]**.

(50) Natomiast odnosząc się ponownie do kwestii nieprzedłużenia przez Bombardier terminu związania ofertą, spółka wskazała, że w piśmie PKP PLK z dnia 14 lutego 2012 r. Zamawiający nie wskazał terminu, w którym oczekuje wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z tym Bombardier musiał sam obliczyć termin na złożenie odpowiedzi w oparciu o mało precyzyjne w tym zakresie przepisy p.z.p. Zdaniem spółki, skoro koniec terminu związania ofertą Bombardier

wypadał 26 lutego 2012 r. tj. w niedzielę, pismo w sprawie przedłużenia terminu, Bombardier mógł złożyć do poniedziałku 27 lutego 2012 r., a nie jak przyjął Zamawiający do 25 lutego 2012 r.

(51) Dodatkowo w piśmie z dnia 8 października 2014 r. Bombardier wyjaśnił, że spółka nie wyraziła w chwili składania odpowiedzi na pismo PKP PLK z dnia 14 lutego 2012 r. zgody na przedłużenie gwarancji wadialnej, ponieważ okres ważności gwarancji wadialnej Bombardier upływał dopiero 15 marca 2012 r. W związku z tym Bombardier w swojej odpowiedzi do PKP PLK z dnia 27 lutego 2012 r. zobowiązał się, że do dnia upływu terminu ważności gwarancji tj. 15 marca 2012 r. przedłuży gwarancję na dalszy przedłużony okres ważności oferty. Ponadto spółka wskazała, że na przedłużenie ważności gwarancji wadialnej, Bombardier potrzebował zgody korporacyjnej, a w chwili wysyłania odpowiedzi na pismo PKP PLK w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą, takiej zgody nie posiadał.

(52) W zakresie spotkań przedstawicieli Bombardier, Kombud i KZA Lublin, które odbywały się w Sandomierzu, Bombardier wskazał, iż użyte przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego określenia „stałe kontakty”, czy „cykliczne spotkania w Sandomierzu” są dużym nadużyciem. Bowiem zdaniem spółki z zeznań [**informacja utajniona**] wynika wyłącznie tyle, że z racji pełnionej przez siebie funkcji stara się od czasu do czasu spotkać ze swoimi partnerami biznesowymi. Natomiast prawo ochrony konkurencji nie zabrania przedsiębiorcom – w tym również konkurentom – spotykać się i rozmawiać. Zdaniem Bombardier istotna przy tym jest treść tych rozmów, w tym kontekście jednak wzmianki na temat tych rozmów, jakie znajdują się w aktach niniejszej sprawy, nie wskazują na to, aby w jakikolwiek sposób dotyczyły one kwestii, które są naganne lub wrażliwe z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji. W związku z tym, takie kontakty i rozmowy nie mogą być dowodem na istnienie rzekomej zмовy, ani też być wykorzystywane jako element uprawdopodobniający lub wzmacniający tezę o istnieniu takiej zмовy.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 8 października 2014 r., k. 846-582.

Stanowisko Kombud

(53) Spółka Kombud pismem z dnia 17 stycznia 2014 r. zaprzeczyła, aby doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* poprzez zawarcie porozumienia przez strony niniejszego postępowania polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert w Przetargu oraz wniosła o umorzenie

postępowania. W tym względzie, zdaniem spółki, zeznania prezesa zarządu Kombud [informacja utajniona] złożone w toku postępowania przygotowawczego są spójne i logiczne oraz potwierdzają, że nie zawierano, ani nie negocjowano żadnych zakazanych porozumień pomiędzy Bombardier, Kombud i KZA Lublin.

(54) W kwestii cyklicznych spotkań do jakich dochodziło pomiędzy przedstawicielami ww. przedsiębiorców, Kombud wyjaśnił, iż dotyczyły wyłącznie wspólnych działań jako współwykonawcy w innym projekcie inwestycyjnym.

Dowód: pismo Kombud z dnia 17 stycznia 2014 r., k. 677 i n.

(55) Dodatkowo kolejnym pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. Kombud odniósł się do rozmowy telefonicznej, jaka miała miejsce między przedstawicielem Bombardier i Kombud w dniu 1 lutego 2014 r. W tym względzie Kombud wyjaśnił, że ani co do intencji, ani co do faktów nie miała ona charakteru i celu uzgodnienia ceny. Mając na uwadze okoliczność, że cena ofertowa Konsorcjum Kombud i KZA Lublin w Przetargu znajdowała miejsce za ofertą Bombardier, uzyskanie informacji, czy Bombardier wyrazi zgodę na poprawki w cenie miało charakter naturalny i wręcz konieczny aby zachować szansę na skuteczne zaskarżenie przyszłego rozstrzygnięcia. Ponadto Kombud wskazał, że taką informację i tak otrzymałby w ramach ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Okoliczności i motywy decyzji Bombardier o niewyrażeniu zgody na poprawienie ceny, Kombud poznał dopiero z pisma Bombardier złożonego w toku niniejszego postępowania z dnia 24 stycznia 2014 r.

(56) Kombud podkreślił również, że kontaktował się z Bombardier i KZA Lublin jedynie w zakresie wspólnych przedsięwzięć tj. przetargu na Modernizację linii Kolejowej nr 30 Łuków – Lublin Północny na odcinku od wysuniętej głowicy rozjazdowej (rejon ul. Słowackiego w Lubartowie) do stacji Lubartów realizowana w ramach projektu: „Modernizacja linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny (konsorcjum Kombud z KZA Lublin) oraz przetargu na Budowę urządzeń samoczynnej blokady liniowej na szlaku Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska linii kolejowej nr 20 Warszawa Główna Towarowa – Warszawa Praga (zabudowa urządzeń firmy Bombardier), co jednoznacznie potwierdzają stenogramy zeznań świadków.

Dowód: pismo Kombud z dnia 3 czerwca 2014 r., k. 685 i n.

Stanowisko KZA Lublin

(57) KZA Lublin pismem z dnia 17 lipca 2014 r. zaprzeczył, aby spółka uzgadniała warunki składanych ofert na Przetarg. W związku z tym KZA Lublin wniósł

o umorzenie postępowania. Spółka wyjaśniła, iż specyfika rynku produkcji i zabudowań urządzeń sterowania ruchem kolejowym powoduje, że wszystkie operujące na rynku firmy są ze sobą w stałym kontakcie, będąc współpracownikami przy jednych projektach a jednocześnie konkurentami przy innych projektach.

(58) Zdaniem KZA Lublin, w będącym przedmiotem niniejszego postępowania Przetargu istnieje duże prawdopodobieństwo, że pozostali konkurenci powinni być zainteresowani w nawiązaniu kontaktu ze spółką Kombud celem nabycia interfejsu do komunikacji urządzeń, które planują zbudować na odcinku Radom - Okęcie z urządzeniami Kombud zbudowanymi wcześniej na odcinku Okęcie – Warszawa Centrum. Z tego względu za naturalne należałoby uznać kontakty konkurentów z Kombud w sprawie Przetargu, gdyż współpraca z Kombud mogłaby okazać się konieczna do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

(59) Jednocześnie KZA Lublin podniósł, że jego rola w przygotowaniu oferty na Przetarg ograniczała się do przekazania Kombud dokumentów i informacji dotyczących KZA Lublin, a przygotowanie oferty w całości spoczywało na Kombud.

(60) Odnośnie do spotkań w Sandomierzu, KZA Lublin wyjaśnił, iż ich przedmiotem była wymiana informacji na temat potencjalnej współpracy i działań konkurencji. Ponadto KZA Lublin informowało o własnych mocach przerobowych i możliwościach podjęcia współpracy na liniach E20 i E75.

Dowód: pismo KZA Lublin z dnia 17 lipca 2014 r., k. 719 i n.

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

I. Interes publiczny

(61) Podstawą zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie, iż w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zgodnie z tym przepisem ww. ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

(62) Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Organ antymonopolowy 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 dotyczyło³.

(63) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia 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 gospodarczego⁴. Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku gospodarczego jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* 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.

(64) Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia między uczestnikami przetargów prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonego postępowania przetargowego może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dla zamawiającego. Zawieranie między uczestnikami przetargu porozumień może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, narażając zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa.

(65) Prezes Urzędu uznał, że przesłanka naruszenia interesu publicznego została spełniona w stanie faktycznym rozpatrywanym w niniejszej sprawie. W przedmiotowej sprawie Bombardier, Kombud i KZA Lublin zamiast

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNP 2009/19-20/272.

⁴ Wyrok Sadu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01, www.uokik.gov.pl.

współzawodniczyć ze sobą w Przetargu i podejmować samodzielne decyzje, uzgodnili między sobą sposób zachowania w toku postępowania przetargowego. Tym samym ww. przedsiębiorcy doprowadzili do zniekształcenia konkurencji, uniemożliwiając Zamawiającemu uzyskanie korzyści z konkurencyjnej presji pomiędzy uczestnikami Przetargu, przez co doszło do naruszenia interesu publicznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie wszelkie nieprawidłowości w toku postępowań przetargowych, powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”⁵. Przy czym należy podkreślić, że naruszenie interesu publicznego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców wywołało na rynku niekorzystne skutki, wystarczy że zachowanie przedsiębiorców takie skutki mogło wywołać.

- (66) Zdaniem Prezesa Urzędu w wyniku dokonanych uzgodnień strony niniejszego postępowania zamiast konkurować ze sobą podjęły nielegalną współpracę, przez co organizator przetargu dysponujący publicznymi pieniędzmi, a w konsekwencji również podatnicy, byli zagrożeni poniesieniem szkody w postaci realizacji zamówienia za wyższą cenę, niż cena jaką można byłoby uzyskać w warunkach realnej konkurencji między wykonawcami. Z powyższych względów uzasadnione jest rozpatrywanie niniejszej sprawy przez Prezesa Urzędu jako dotyczącej naruszenia interesu publicznego.

II. Rynek właściwy

- (67) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania stron niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy zdefiniować rynek właściwy w sprawie.
- (68) Zgodnie z art. 4 pkt 9 ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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. Pod pojęciem towarów rozumieć należy, w myśl art. 4 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zarówno rzeczy, jak i energię, papiery

⁵ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, www.uokik.gov.pl.

wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. W powyższej definicji mieści się więc również dostawa systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

(69) Zawarta w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* definicja rynku właściwego wyznacza *explicite* dwa jego wymiary – wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego, oznacza konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia asortymentowego (produktowego), a także geograficznego.

(70) W ocenie organu antymonopolowego rynkiem właściwym, na którym zostało zawarte stwierdzone w pkt I sentencji niniejszej decyzji porozumienie oraz, na którym doszło do ograniczenia konkurencji, jest w niniejszej sprawie krajowy rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym. W uzasadnieniu należy przedstawić następujące argumenty.

III.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

(71) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym zawarto porozumienie i na którym doszło do ograniczenia konkurencji jest rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

(72) Zakres analizowanego rynku w aspekcie produktowym w przedmiotowej sprawie, wyznacza rodzaj działalności, na wykonanie której zgłosił zapotrzebowanie Zamawiający w ramach Przetargu. Obejmował on modernizację linii kolejowej nr 8 na odcinku Warszawa Okęcie – Radom poprzez zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym. W szczególności powyższe zamówienie obejmowało zaprojektowanie i wybudowanie m.in.: stacyjnych i liniowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń przejazdowych oraz systemów z nimi związanych, urządzeń detekcji stanów awaryjnych taboru, systemów utrzymania i diagnostyki, urządzeń telekomunikacji i łączności, usunięcie kolizji z elementami nadziemnej i podziemnej infrastruktury znajdującej się na

modernizowanym odcinku oraz demontaż istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Wobec powyższego uznać należy, że przedmiotem Przetargu była nie tyle sama dostawa urządzeń sterowania ruchem kolejowym, ale dostarczenie zainstalowanie kompletnych systemów skonfigurowanych indywidualnie względem wymagań PKP PLK w Przetargu.

- (73) Podkreślić przy tym należy, że zamówienie publiczne będące przedmiotem niniejszego postępowania dotyczyło wyłącznie urządzeń i systemów sterowania ruchem kolejowym, co odróżniało ten przetarg od większości dotychczasowych przetargów organizowanych przez PKP PLK. Wcześniejsze przetargi bowiem z reguły miały charakter ogólnobudowlany, a urządzenia i systemy sterowania ruchem kolejowym były tylko jednym z elementów tych przetargów. Tym samym przedsiębiorcy działający w branży sterowania ruchem kolejowym byli zazwyczaj podwykonawcami przedsiębiorców ogólnobudowlanych.
- (74) Ponadto systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym, jako że służą zabezpieczeniu bezpieczeństwa ruchu pojazdów szynowych są produktami wysokospecjalistycznymi i możliwość dopuszczenia ich do obrotu na krajowym rynku jest warunkowana koniecznością uzyskania specjalnych certyfikatów. Mając na względzie powyższe, należy wskazać, że przeznaczenie, jakość i właściwości systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym prowadzą do wniosku, że nie istnieją względem nich produkty substytucyjne.
- (75) Zdaniem Prezesa Urzędu, od strony podaźowej, świadczenie usług w postaci dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym stanowi odrębny rodzaj działalności od innych usług budowlanych. Za takim wyodrębnieniem przemawia istnienie na polskim rynku przedsiębiorców specjalizujących się wyłącznie w produkcji, sprzedaży, instalacji lub modernizacji produktów sterowania ruchem kolejowym, którzy nie wykonują innych rodzajów działalności budowlanej (np. budowa przejazdów bądź wiaduktów kolejowych).
- (76) Od strony popytowej natomiast odbiorcami urządzeń sterowania ruchem kolejowym są głównie zarządcy infrastruktury kolejowej i metra warszawskiego. Pozostali odbiorcy to duże podmioty działające w obszarze wydobywania i przemysłu posiadające własne bocznice kolejowe oraz duże przedsiębiorstwa ogólnobudowlane, które realizują kontrakty o charakterze infrastrukturalnym. Na gruncie niniejszej sprawy zamawiającym był PKP PLK, który zarządza ok. 93% całej infrastruktury

kolejowej. PKP PLK jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów p.z.p przy zawieraniu umów odpłatnych z wykonawcami, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, ilekroć wartość zamówienia przekracza próg 14 000 euro.

(77) Jednocześnie należy wskazać, że Prezes Urzędu w niniejszej decyzji doprecyzował określenie rynku właściwego w ujęciu produktowym, na którym zawarto porozumienie i, na którym doszło do ograniczenia konkurencji, jako rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, w stosunku do rynku właściwego wskazanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, gdzie został on określony jako rynek dostaw systemów automatyki kolejowej. Należy wskazać, że systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym wchodzą w skład urządzeń automatyki kolejowej, w związku z tym powyższa zmiana, ma na celu jedynie uściślenie usług składających się na rynek produktowy w niniejszej sprawie. Powyższe dookreślenie nie zmienia sytuacji prawnej stron niniejszego postępowania. Bowiem antykonkurencyjna praktyka w postaci zmywy przetargowej, stosownie do art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi jedno z najcięższych naruszeń konkurencji, które nie podlega wyłączeniu spod zakazu ze względu na niskie udziały rynkowe naruszcycieli. W związku z tym określenie rynku właściwego i udziałów jego uczestników mogłoby mieć decydujące znaczenie, gdyby kwestionowane przez Prezesa Urzędu zachowanie mogło podlegać wyłączeniu ilościowemu. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w niniejszej sprawie. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że powyższe dookreślenie rynku właściwego w ujęciu produktowym jest zgodne ze stanowiskami stron składanymi w toku postępowania.

(78) Z powyższych względów, Prezes Urzędu uznał za zasadne określenie rynku właściwego w wymiarze produktowym, na którym zawarto porozumienie oraz na którym to porozumienie ograniczyło konkurencję, jako rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

III.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

(79) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że zarówno rynek, na którym zawarto porozumienie, jak i rynek, na który porozumienie oddziałuje, mają wymiar krajowy.

(80) W ocenie Prezesa Urzędu za krajowym wymiarem tego rynku przemawia fakt, iż Przetarg będący przedmiotem niniejszego postępowania został zorganizowanym na modernizację odcinka krajowej sieci kolejowej. Przedsiębiorcy działający na rynku sterowania ruchem kolejowym z reguły nie prowadzą działalności na rynku szerszym niż krajowy. Międzynarodowe koncerny obecne na krajowym rynku prowadzą tu działalność za pośrednictwem powiązanych spółek, których zasięg działalności ograniczony jest do terytorium kraju. Z drugiej strony przedsiębiorcy z branży sterowania ruchem kolejowym prowadzą działalność na terytorium całego obszaru Polski, nie ma więc podstaw do zawężania wymiaru tego rynku do obszaru węższego niż terytorium kraju. W tym aspekcie za przyjęciem rynku krajowego przemawia również fakt, że na terenie całego kraju przedsiębiorcy mają jednolite warunki konkurencji.

(81) Jednocześnie, mimo że urządzenia sterowania ruchem kolejowym są wykorzystywane na całym świecie to wymagania jakie te urządzenia muszą spełnić różnią się od siebie w poszczególnych krajach. W szczególności okoliczność, iż dane urządzenie sterowania ruchem kolejowym zostało dopuszczone do eksploatacji za granicą, nie powoduje automatycznego dopuszczenia go do eksploatacji w Polsce. W takiej sytuacji, aby urządzenie zostało dopuszczone do eksploatacji na rynku polskim musi uzyskać świadectwo dopuszczenia wydawane przez Prezesa UTK. Z kolei urządzenia, które uzyskały świadectwo dopuszczenia wydane przez Prezesa UTK, aby mogły być wprowadzone do obrotu na rynku innym niż polski, wymagają uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych na podstawie norm prawnych obowiązujących w państwie, w którym mają być wprowadzone na rynek.

Dowód: pismo Bombardier z dnia 7 sierpnia 2014 r., k. 733 v.

(82) Mając dodatkowo na względzie długotrwałość procedury certyfikacyjnej oraz uzależnienie uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia od przeprowadzenia tzw. prób eksploatacyjnych na liniach kolejowych w Polsce i uprzedniego uzyskania zgody zarządcy infrastruktury na dostęp do linii kolejowej, należy wskazać że bariery wejścia na rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym są istotne.

Dowód: pismo Thales z dnia 1 sierpnia 2014 r., k. 827.

(83) Na marginesie należy nadmienić, że Unia Europejska podjęła inicjatywę mającą na celu zapewnienie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei. W ramach tej inicjatywy niektóre systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym

oznaczono jako składniki interoperacyjności, dla których istnieją wspólne dla całej Unii Europejskiej wymogi dopuszczenia do eksploatacji. W związku z tym certyfikat wydany dla danego składnika interoperacyjności w kraju należącym do Unii Europejskiej jest ważny w każdym kraju Unii Europejskiej. Jednakże do składników interoperacyjności zaliczono tylko podstawowe produkty [patrz pkt. (18) niniejszej decyzji], od których zależy interoperacyjność kolei, podczas gdy znaczna ilość systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, nadal musi uzyskać świadectwo dopuszczenia wydawane przez Prezesa UTK⁶. W związku z tym, zwolnienie z wymogu uzyskania świadectwa dopuszczenia składników interoperacyjności, pozostaje bez wpływu na stanowisko Prezesa Urzędu w przedmiocie istnienia barier wejścia na rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

(84) Mając powyższe na względzie w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym zostało zawarte porozumienie dotyczące dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz rynkiem właściwym, na którym miało nastąpić ograniczenie konkurencji jest **obszar Polski**.

(85) Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, jest **krajowy rynek dostaw systemów i urządzeń kolejowych**.

III.3. Udział w rynku właściwym

(86) Na wyżej określonym krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym działa zaledwie kilkunastu przedsiębiorców, co świadczy o dużym stopniu skoncentrowania rynku. Podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie struktura rynku właściwego nie ma dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Jak już bowiem zostało wskazane zgodnie 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 nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nieprzekraczający tzw. progu bagatelności. Udział w rynku właściwym stron postępowania i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla

⁶ Źródło: <http://www.utk.gov.pl/pl/rynek-wyrobow-kolejowyc/dopuszczenie-do-eksplo/swiadectwa-dopuszczenia/wykaz-wyrobow-objetych/4832,Wykaz-rodzajow-budowli-urzadzen-oraz-pojazdow-kolejowych-dla-ktorych-wymagane-je.html>.

kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję. W przedmiotowej sprawie nie mają również zastosowania tzw. „wyłączenia grupowe”.

III. Zarzut zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

(87) Zdaniem Prezesa Urzędu ustalone okoliczności niniejszej sprawy jednoznacznie wskazują, że w zakresie określonym w pkt I sentencji decyzji doszło do zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez Bombardier z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin.

(88) Stosownie do treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

(89) Zatem w celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

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

III.1. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

III.1.a. Definicja porozumienia

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

- (91) Wskazana definicja porozumienia jest szeroka, sądy wspólnotowe wielokrotnie wskazywały, że do ustalenia zawarcia porozumienia „wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób”⁷. Należy ustalić zgodność woli (ang. *concurrence of wills*) pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami, z tym zastrzeżeniem, że forma, jaką owa zgodność przyjmie, jest nieistotna tak długo, jak stanowi wyraz intencji stron (np. porozumienie może zostać wyrażone w umowie pisemnej, uchwałach organów, w tym kodeksach etyki, jak również w uzgodnieniach dokonanych w jakiegokolwiek formie)⁸. Nie istnieją wymogi formalne w tym zakresie. Porozumienie nie tylko więc nie musi być zawarte w formie pisemnej, lecz także nie musi przewidywać sankcji. Ustalenia pomiędzy konkurentami stanowią zakazane porozumienie nawet w sytuacji, gdy nie opisują w szczególności sposób działania. Wystarczy bowiem, że ustanawiają ogólne ramy, stosownie do których przedsiębiorcy przestaną działać niezależnie na rynku.
- (92) W kontekście przedmiotowej sprawy należy dodatkowo wskazać, iż przepisy ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* przewidują dwa oddzielne pojęcia „umowa” oraz „uzgodnienia”, aby działanie przedsiębiorcy mogło zostać uznane za sprzeczne z zakazem, nawet wtedy, gdy przedsiębiorcy bez osiągnięcia etapu zawarcia umowy, świadomie zastępują ryzyko konkurencji praktyczną kooperacją między sobą⁹. W takim przypadku bowiem, mimo braku zawarcia umowy, działania przedsiębiorców są pozbawione „spontaniczności” w odniesieniu do reakcji na zachowania konkurentów¹⁰.
- (93) W toku postępowania nie wykazano, aby pomiędzy Bombardier oraz Konsorcjum Kombud i KZA Lublin istniała umowa regulująca kwestionowane zachowania w Przetargu. Zdaniem Prezesa Urzędu między przedsiębiorcami istniało jednak porozumienie w charakterze uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit b ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (94) Dodatkowo należy wskazać, że Prezes Urzędu w przedmiotowej decyzji stwierdził zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez Bombardier z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Oznacza to, że w opinii organu ochrony konkurencji do antykonkurencyjnych uzgodnień doszło w układzie dwustronnym

⁷ Orzeczenie SPI sprawa T-7/89 *SA Herkules Chemicals NV v Komisja*, Zb. Orz. z 1991 r., II-1711, pkt 2, orzeczenie SPI sprawa T-305/94 etc. *NV Limburgse Winyll Maatschappij v Komisja*, Zb. Orz. z 1999 r., II-931.

⁸ Orzeczenie SPI sprawa T-41/96 *Bayer AG v Komisja*, Zb. Orz. z 2000 r., II-3383, pkt 69.

⁹ Orzeczenie ETS sprawa 48/69 *ICI v Komisja*, Zb. Orz. z 1972 r., 619, pkt 64.

¹⁰ Orzeczenie ETS sprawa 48/69 *ICI v Komisja*, Zb. Orz. z 1972 r., 619, pkt 104 i 107.

tj. przez spółkę Bombardier występującą z jednej strony oraz przedsiębiorców Kombud i KZA Lublin działających wspólnie z drugiej strony. Powyższe wynika z faktu, że to nie sama współpraca między Kombud oraz KZA Lublin, która w niniejszym Przetargu przybrała formę konsorcjum w oparciu o przepisy p.z.p. jest przedmiotem oceny, tylko dowodzone tą decyzją uzgodnienia między tym konsorcjum a Bombardier. Takie podejście Prezesa Urzędu znalazło odzwierciedlenie w sformułowaniu pkt. I sentencji niniejszej decyzji, zgodnie z którym za praktykę ograniczającą konkurencję uznano zawarcie porozumienia przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin z Bombardier natomiast nie była kwestionowana relacja pomiędzy konsorcjantami.

III.1.b. Status przedsiębiorców i zakres podmiotowy postępowania

- (95) Postępowanie antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczęte wobec podmiotów posiadających status przedsiębiorcy.
- (96) Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.). Zarazem należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone ww. przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.
- (97) W powyższej definicji, jako osoby prawne mieszczą się podmioty będące adresatami decyzji. Wszystkie te podmioty mają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*, a w konsekwencji w rozumieniu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, tym samym mogą być adresatami niniejszej decyzji Prezesa Urzędu.

III.1.c. Charakter porozumień

- (98) Porozumienia ograniczające konkurencję mogą mieć charakter wertykalny (pionowy) lub horyzontalny (poziomy). Porozumienia wertykalne zawierane są pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, natomiast porozumienia horyzontalne zawierane są pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego. Należy wskazać, że podział porozumień na pionowe i poziome ma charakter pozaustawowy, jednakże prawidłowe zakwalifikowanie danego porozumienia rzutuje na możliwość ewentualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu na podstawie art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz na wysokość nakładanej na uczestników porozumienia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.
- (99) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że Bombardier oraz członkowie Konsorcjum Kombud i KZA Lublin są stronami porozumienia o charakterze horyzontalnym. Należy bowiem wskazać, że przedsiębiorcy ci w niniejszej sprawie działają na tym samym szczeblu obrotu – jako dostawcy towarów dla zamawiającego.

III.2. Antykonkurencyjny cel porozumienia

- (100) Artykuł 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.
- (101) W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniem stron polegającym na złożeniu przed jednego wykonawcę tzw. oferty kurtuazyjnej oraz rezygnacji z ubiegania się o udzielenie zamówienia, w celu zwiększenia szansy na wygranie przetargu przez drugiego wykonawcę.
- (102) Jednocześnie należy wskazać, że dla uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczające jest, aby celem kwestionowanych zachowań było ograniczenie konkurencji i nie jest przy tym konieczne wykazanie, że strony osiągnęły zamierzony skutek porozumienia. Podkreślenia bowiem wymaga, że cel i skutek porozumienia mają charakter alternatywny, a dla zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wystarczy, spełnienie jednej z ww. przesłanek. Zgodnie z orzecznictwem

sądowym „(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”¹¹. Dodatkowo, bezpośrednio w odniesieniu do zmów przetargowych, należy wskazać, że są one traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot)¹², naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu¹³.

- (103) Wobec powyższego należy uznać, że został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem działania stron porozumienia miały na celu naruszenie konkurencji.

III.3. Zmowa przetargowa

- (104) W ocenie Prezesa Urzędu całokształt okoliczności ustalonych w toku postępowania antymonopolowego świadczy o tym, że Bombardier oraz Konsorcjum Kombud i KZA Lublin zawarli znowę przetargową poprzez uzgodnienie warunków składanych ofert oraz zachowania w toku Przetargu. Zgodnie z orzecznictwem zakazane są porozumienia dotyczące zarówno warunków składanych przez przedsiębiorców ofert, jak i kręgu oferentów. Co do zasady każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu¹⁴. Dlatego ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę).
- (105) W ocenie Prezesa Urzędu w przedmiotowym Przetargu, między stronami niniejszego postępowania zadziałał mechanizm składania **oferty kurtuazyjnej** (ang. *cover bidding, complementary bidding*), polegający na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od

¹¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. XVII Ama 32/98, niepubl.

¹² Por. D. Miąsik, Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, EPS nr 2009/8, s. 53.

¹³ Por. wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma za zadanie uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu, czy wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie niska. Zawiera ona często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez nabywcę lub błędy formalne.

(106) W ramach Przetargu Bombardier oraz Konsorcjum Kombud i KZA Lublin stworzyli pozory konkurencji w celu zwiększenia szansy na wygraną Przetargu przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. W ten sposób wyeliminowali niepewność co do zachowań ww. przedsiębiorców w toku Przetargu, którzy powinni ze sobą realnie konkurować. W opinii Prezesa Urzędu strony postępowania wdrożyły mechanizm złożenia tzw. oferty kurtuazyjnej z uwagi na charakter niniejszego przetargu. Na rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym działa niewielu producentów/dostawców tych urządzeń, dodatkowo co istotne przedmiotowy Przetarg miał być jednym z nielicznych przetargów na dostawy systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a nie przetargiem ogólnobudowlanym, w którym sterowanie ruchem kolejowym jest tylko jednym z elementów do wykonania (w takim przypadku podmioty z branży sterowania ruchem kolejowym działają jako podwykonawcy). W związku z powyższym, zdaniem organu ochrony konkurencji, niewystąpienie w Przetargu przez jednego z głównych uczestników tego rynku mogłoby wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego.

(107) W opinii Prezesa Urzędu okoliczności zawarcia i realizacji porozumienia były następujące:

- a. Bombardier złożył w Przetargu ofertę kurtuazyjną, w której celowo popełnił błąd,
- b. strony porozumienia zakładały, że wskazany powyżej błąd spowoduje odrzucenie oferty Bombardiera i wykluczenie go z Przetargu,
- c. wbrew założeniom stron, Zamawiający potraktował przedmiotowy błąd jako oczywistą omyłkę rachunkową i dokonał jej poprawienia,
- d. poprawienie tej pomyłki spowodowało, że oferta Bombardiera stała się korzystniejsza od oferty Konsorcjum Kombud i KZA Lublin,
- e. o powyższym dowiedział się prezes zarządu Kombud, na podstawie rozmowy telefonicznej z jednym z członków Komisji Przetargowej,
- f. w związku z pozyskanymi informacjami prezes zarządu Kombud zadzwonił do prezesa zarządu Bombardier informując o poczynionych ustaleniach i uzgadniając z nim, że Bombardier nie wyrazi zgody na tę poprawkę,

- g. w tym samym dniu pismo Bombardiera, w którym nie wyraża on zgody na poprawkę, zostało wysłane do Zamawiającego,
 - h. następnie, w celu potwierdzenia, że oferta Bombardiera zostanie odrzucona przedsiębiorca ten, w sposób celowy, dokonał przedłużenia związania ofertą i ważności wadium w sposób nieprawidłowy (nierównocześnie i po upływie stosowanego terminu).
- (108) Twierdzenie o istnieniu antykonkurencyjnego porozumienia wzmacniają także orzeczenia wydane przez Prokuraturę Okręgową oraz Sąd Rejonowy w ramach postępowania przygotowawczego, w których zostało stwierdzone istnienie antykonkurencyjnego porozumienia, a także całokształt relacji zachodzących pomiędzy przedstawicielami Bombardiera oraz Konsorcjum Kombud i KZA Lublin.
- (109) Poniżej szczegółowo zostały opisane wzmiankowane elementy sprawy.

Popelnienie przez Bombardier błędu w treści oferty

- (110) Szczegółowo uzasadniając tezę o istnieniu porozumienia należy wskazać, że w przedmiotowym Przetargu Bombardier złożył, zawierającą błędy, ofertę opiewającą na kwotę wyższą od kwoty zawartej w ofercie Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Wspomniane błędy polegały na tym, że zsumowane ceny zawarte w szczegółowym Rozbiciu Ceny Ofertowej za poszczególne prace w ramach realizacji zamówienia, nie były zbieżne z cenami zawartymi w podsumowaniu ogólnym Rozbicia Ceny Ofertowej. Tym samym, w ramach jednej części oferty w wyniku zsumowania cen cząstkowych Rozbicia Ceny Ofertowej całkowita wartość oferty Bombardier wynosiła 367.770.246,00 zł brutto, podczas gdy zsumowanie cen wpisanych w podsumowaniu ogólnym Rozbicia Ceny Ofertowej wskazywało, że wysokość oferty była wyższa i wynosiła 460.890.840,00 zł brutto.
- (111) Zdaniem Prezesa Urzędu opisany wyżej błąd, został celowo zawarty w ofercie Bombardier i miał na celu umożliwienie spółce wycofanie się z Przetargu. W opinii organu strony porozumienia musiały założyć, że uznanie przez Zamawiającego, że oferta Bombardier zawiera błędy w obliczeniu ceny, spowoduje jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Jednakże, ww. założenie okazało się błędne, ponieważ PKP PLK nie odrzuciła oferty Bombardier, ale uznała błąd w niej zawarty za oczywistą omyłkę rachunkową i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprawiła ofertę spółki uznając, że prawidłowa wartość oferty to wartość niższa, wynosząca 367.770.246,00 zł brutto.

- (112) W wyniku zmiany wartości oferty Bombardier, oferta ta mogłaby zostać sklasyfikowana jako druga w kolejności pod względem najniższej ceny i tym samym stałaby się korzystniejsza od oferty złożonej przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Sytuacja ta była problematyczna dla uczestników zmywy, bowiem mimo, że przed ofertą Konsorcjum Kombud i KZA Lublin oraz ofertą Bombardier nadal znajdowała się z najniższą ceną oferta Konsorcjum Thales, to jak wynika z akt Postępowania przygotowawczego, już na tym etapie Przetargu Kombud był przekonany o istnieniu błędów w ofercie Konsorcjum Thales, które miały skutkować odrzuceniem jego oferty. W tej sprawie bowiem prezes zarządu Kombud kilkakrotnie prowadził rozmowy z członkiem Komisji Przetargowej – **[informacja utajniona]** [patrz. pkt (27), (30) i (41) niniejszej decyzji]. W przypadku, gdyby złożona przez Bombardier oferta nie została wykluczona, to Kombud (jako że ostatecznie zajęłoby trzecie miejsce) nie miałby interesu prawnego, aby zaskarżyć postępowanie do KIO.
- (113) Mając na uwadze powyższe obawy prezes zarządu Kombud, zadzwonił do członka Komisji Przetargowej Zamawiającego p. **[informacja utajniona]**, od którego pozyskał informacje na temat dokonanych przez PKP PLK działań, w zakresie oferty Bombardiera. Jak wynika z zeznań prezesa zarządu Kombud, złożonych w toku Postępowania przygotowawczego: „Mówiło się, że były jakieś pomyłki w rozbiciu ceny ofertowej. Pomyłki te były w części niejawniej, które powodowały trudności z ustalaniem ceny oferty, ale nie wiem na czym to konkretnie polegało, bo ta część nie była jawną. Z tej rozmowy wynika, że poszła do Bombardiera informacja, że Zamawiający poprawia błąd. Oferent z taką poprawką może się zgodzić lub nie. Jeżeli się zgodzi to oferta jest przyjmowana w wersji oryginalnej, a jeżeli się zgodzi, to przyjmuje się ją w wersji poprawionej” (k. 551 akt administracyjnych).
- (114) W konsekwencji powyższych ustaleń z przedstawicielem PKP PLK, 1 lutego 2012 r. o godz. 10:10 prezes zarządu Kombud – **[informacja utajniona]** skontaktował się telefonicznie z prezesem zarządu Bombardier – **[informacja utajniona]** na temat poprawki dokonanej przez Zamawiającego w ofercie Bombardier. Jak przyznali w toku Postępowania przygotowawczego uczestnicy tej rozmowy, decyzja Bombardier w tej kwestii była ważna dla Konsorcjum Kombud i KZA Lublin, bo mogła spowodować przesunięcie oferty Bombardier przed ofertę Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. W ocenie Prezesa Urzędu powyższa okoliczność, świadczy o dokonywaniu przez Bombardier z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin uzgodnień w zakresie treści odpowiedzi Bombardier na poprawkę dokonaną w jego ofercie przez Zamawiającego.

Zdaniem Prezesa Urzędu następstwem powyższej rozmowy było sporządzenie i wysłanie w tym samym dniu, o godz. 17:16 przez pracownika Bombardier – [informacja utajniona] pocztą e-mail do Komisji Przetargowej odpowiedzi Bombardier datowanej na dzień 1 lutego 2012 r. z żądaniem odstąpienia od dokonania poprawek, ewentualnie odrzucenia oferty Bombardier. W piśmie tym Bombardier odpowiedział na informacje o dokonanych poprawkach przez PKP PLK, w którym wyjaśnił, iż celem spółki było złożenie oferty na kwotę 460 881 000 zł brutto, w związku z tym poprawka dokonana przez Zamawiającego jest sprzeczna z intencją wykonawcy. Bombardier wniósł o odstąpienie przez Zamawiającego od poprawienia rzekomej omyłki, a na wypadek nieuwzględnienia wniosku – o odrzucenie oferty z ceną 367 770 246 zł brutto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

- (115) W tym miejscu należy wskazać, że Prezes Urzędu uznał za nieprzekonujące wyjaśnienia Bombardier złożone w toku postępowania antymonopolowego, według których błędy w ofercie spółki były wynikiem dołączenia przez przypadek do oferty niewłaściwych stron Rozbicia Ceny Ofertowej pochodzących z innej wersji kalkulacji cenowej spółki. W szczególności, wniosków takich nie da się wywieść z przedłożonej przez Bombardier rzekomo „właściwej” wersji Rozbicia Ceny Ofertowej, ani załączonej do niej informacji o właściwościach elektronicznych dokumentu. Bowiem okoliczność, iż określona wersja Rozbicia Ceny Ofertowej została utworzona (ostatni raz zapisana/wydrukowana) przed dniem złożenia ofert w Przetargu, może świadczyć wyłącznie o fakcie istnienia tego dokumentu przed dniem 28 listopada 2011 r., ale nie dowodzi okoliczności pomieszania ofert. W związku z tym Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych wyjaśnień spółki i stanął na stanowisku, że okoliczność istnienia błędów w ofercie Bombardier stanowi jeden z elementów składających się na całokształt okoliczności niniejszej sprawy. Powyższe podejście Prezesa Urzędu potwierdza wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 lipca 2008r., w którym wskazano, że „wszelkie możliwe wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, należy oceniać w kontekście całokształtu okoliczności związanych z zachowaniami podmiotów, a nie w oderwaniu, bo właśnie analizowanie pojedynczej okoliczności z perspektywy jej samej bez umiejscowienia w całokształcie zdarzeń może prowadzić do nierzetelnych wniosków”.¹⁵

¹⁵ Wyrok SOKiK z dnia 31.07.2008, sygn. akt XVII Ama 142/07 (niepubl.).

(116) Prezes Urzędu nie dał wiary również twierdzeniu Bombardier, jakoby spółka nie mogła zgodzić się na poprawki oferty dokonane przez Zamawiającego z powodu braku wewnętrznych zgód na realizację projektu po cenie wynikającej z tych poprawek, tj. 299.000.200 zł netto. Według twierdzeń Bombardier, spółka otrzymała wewnętrzną zgodę korporacyjną na udział w Przetargu z ceną nie niższą niż 350.100.000 zł. Na potwierdzenie powyższego spółka przedłożyła treść udzielonej jej zgody w postaci dwóch wiadomości e-mail, jakie zostały wysłane przez [informacja utajniona] z Bombardier Transportation Belgium NV do [informacja utajniona] i [informacja utajniona] w dniu 25 listopada 2011 r. i 29 listopada 2011 r. Jednakże powyższa korespondencja nie dowodzi okoliczności, na które została powołana. Z treści e-maila z dnia 25 stycznia 2011 r. wynika jedynie, że „oferta została zatwierdzona”, przy czym brak jest informacji w jakim zakresie, a tym bardziej na jaką wysokość zaoferowanej ceny w Przetargu udzielono zgody. Natomiast wiadomość e-mail z 29 listopada 2011 r. została wysłana dzień po terminie składania ofert, który został wyznaczony na 28 listopada 2011 r. na godz. 12. W związku z tym, nie można zgodzić się, że powyższy mail dowodzi prawdziwości twierdzeń Bombardier, skoro spółka otrzymała zgodę dzień po terminie składania ofert w Przetargu. Dodatkowo z treści przedstawionego e-maila nie wynika, czy podana tam kwota jest wartością brutto, czy netto. Okoliczność ta jest natomiast istotna, bowiem wartość oferty Bombardier w Przetargu wynosiła po poprawkach Zamawiającego 367.770.246 zł brutto, a tym samym przekraczała wskazaną w e-mailu kwotę 350.100.000 zł.

Nieprawidłowe przedłużenie związania ofertą i ważności wadium

(117) W opinii Prezesa Urzędu oprócz ww. faktu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej za istnieniem porozumienia wynika zachowanie Bombardiera w odniesieniu do przedłużenia związania ofertą i ważności wadium. Należy w tym miejscu wskazać, że zanim Zamawiający ustosunkował się do pisma Bombardier w sprawie oczywistej omyłki z dnia 1 lutego 2012 r., wystąpił w dniu 14 lutego 2012 r., do wszystkich startujących w Przetargu wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zgodnie z brzmieniem art. 85 ust. 4 p.z.p. przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłożony okres związania ofertą.

- (118) W odpowiedzi na powyższe, Bombardier wyraził zgodę wyłącznie na przedłużenie terminu związania ofertą, nie przedłużając okresu ważności wadium. Ponadto powyższa odpowiedź Bombardier datowana na dzień 24 lutego 2012 r., została doręczona Zamawiającemu faksem dopiero w dniu 27 lutego 2012 r., tj. po terminie, który upływał w dniu 25 lutego 2014 r.
- (119) Dla stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej między stronami niniejszego postępowania istotny jest również fakt, że w dniu 16 lutego 2012 r. tj. dzień po otrzymaniu przez Bombardier pisma PKP PLK z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą oraz ważności wadium, pracownik Bombardiera odpowiedzialny za udział spółki w Przetargu – p. [informacja utajniona] – wysłała wiadomość SMS do członka zarządu Bombardier – p. [informacja utajniona] o treści: „z 8 się nie odzywam i udaje, że mnie nie ma” [patrz pkt. (31) i (34) niniejszej decyzji].
- (120) Prezes Urzędu nie ma wątpliwości, co do tego, że wymieniona w wiadomości SMS cyfra 8 odnosi się do Przetargu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, w ramach którego wykonywano modernizację linii kolejowej nr 8 na odcinku Warszawa Okęcie – Radom. Ponadto jak ustalono na podstawie protokołów z przesłuchań świadków w toku Postępowania przygotowawczego również [informacja utajniona] (członek zarządu Bombardier), [informacja utajniona] (prezes zarządu Bombardier) oraz [informacja utajniona] (prezes zarządu Kombud) mówiąc o przedmiotowym Przetargu, określali go mianem „przetarg na L8”, „L8” lub „linia 8”.
- (121) W ocenie Prezesa Urzędu, powyższe okoliczności świadczą o zamierzonym działaniu Bombardier, które miało doprowadzić do wykluczenia spółki z Przetargu. W ten sposób doszło do realizacji z góry powziętego zamierzenia uczestników zmowy w zakresie wykluczenia Bombardier z udziału w Przetargu i zwiększenia szansy na jego wygranie przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Ponieważ wbrew oczekiwaniom uczestników zmowy, Zamawiający nie odrzucił oferty Bombardier z powodu błędów w obliczeniu ceny, pismo Zamawiającego z prośbą o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz okresu ważności wadium stało się kolejną szansą na realizację antykonkurencyjnych uzgodnień. Nie można bowiem wytłumaczyć inaczej niż realizacją uzgodnień dokonanych z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin, zachowania profesjonalnego podmiotu, który po pierwsze odpowiada na pismo Zamawiającego po terminie, a po drugie mimo informacji zawartych w piśmie PKP PLK oraz jasnego brzmienia przepisu art. 85 ust. 4 p.z.p. nie przedłuża jednocześnie z terminem związania ofertą okresu ważności wadium. Dodatkowo jak wynika z przytoczonej

wiadomości SMS złożenie przez Bombardier odpowiedzi na pismo PKP PLK po terminie, było działaniem celowym, o którym wiedział i które aprobował członek zarządu Bombardier – p. [informacja utajniona].

(122) Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie, aby uznać zachowanie wykonawców za zakazaną znowę przetargową „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, który z reguły występował w przetargach wycofa się”¹⁶. Zdaniem Prezesa Urzędu, w przedmiotowej sprawie doszło do wskazanego w przywołanym orzeczeniu uzgodnienia między Bombardier a Konsorcjum Kombud i KZA Lublin elementu postępowania w postaci wycofania się Bombardier z Przetargu. Dokonanej oceny w niniejszej sprawie nie zmienia okoliczność, że Bombardier wycofał się w trakcie trwania postępowania przetargowego, zamiast zrezygnować całkowicie z udziału w Przetargu przez niezłożenie oferty. Bowiem przez swój udział Bombardier miał na celu uwiarygodnić konkurencyjność Przetargu.

(123) W tym miejscu, należy odnieść się do argumentów podniesionych przez spółkę Bombardier, według której wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie 90-dniowego terminu było spowodowane tym, że PKP PLK w swoim piśmie z dnia 14 lutego 2012 r. nie wskazała terminu, w którym oczekuje odpowiedzi, w związku z tym spółka musiała sama obliczyć termin na podstawie „mało precyzyjnych” w tym zakresie przepisów p.z.p. Zdaniem Bombardier przepisy p.z.p. nie określają sposobu obliczenia terminu związania ofertą w związku z tym, zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 121; dalej jako: k.c.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W szczególności zastosowanie zdaniem spółki znajduje art. 111 § 2 k.c., który na gruncie przepisów p.z.p. oznacza, że przy obliczaniu terminu związania ofertą, nie należy uwzględniać dnia, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym, 90-dniowy termin ważności ofert upłynął w dniu 26 lutego 2012 r. (niedziela). Biorąc dodatkowo po uwagę, że stosownie do art. 115 k.c. jeżeli koniec terminu przypada na dzień uznawany ustawowo za dzień wolny od pracy,

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 6/09, www.orzeczenia.waw.sa.gov.pl.

termin upływa dnia następnego, a więc zdaniem spółki termin na przedłużenie ważności ofert upłynął dopiero w poniedziałek tj. 27 lutego 2012 r.

- (124) Powyższą argumentację Bombardier należy uznać za całkowicie chybioną. Po pierwsze, nieuprawnione jest podnoszenie przez spółkę zarzutu, że Zamawiający w piśmie z dnia 14 lutego 2012 r. nie określił terminu w którym oczekuje odpowiedzi. Bowiem z orzecznictwa KIO wynika, że „zgodnie z art. 85 ust. 2 p.z.p. zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a wykonawca może samodzielnie dokonać czynności przedłużenia terminu związania ofertą, nie czekając na wezwanie Zamawiającego”.¹⁷ W związku z tym, zgodnie z zasadą *cui licet quod est plus, licet utique quod est minus* (komu wolno więcej, temu tym bardziej wolno mniej), należy uznać, że skoro Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do przedłużenia terminu związania ofertą, to tym bardziej nie ma obowiązku wskazywać w wezwaniu terminu na dokonanie tej czynności.
- (125) Nie można zgodzić się również, że przepisy p.z.p. są niejasne w kwestii obliczania terminu ważności oferty. Z treści art. 85 ust. 5 p.z.p. wprost wynika, że „bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz [podkreślenie wł.] z upływem terminu składania ofert”, a więc bieg terminu rozpoczyna się w dniu składania ofert. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie, gdzie wskazuje się, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisy p.z.p. konstytuują samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą, który rozpoczyna się w tej samej chwili co dzień składania ofert, a więc wlicza się go do okresu związania ofertą¹⁸. Wyraźne określenie i wprowadzenie w art. 85 ust. 5 ustawy p.z.p. początku biegu związania ofertą powoduje uznanie tego przepisu za inaczej regulujący kwestię początku biegu terminu niż przepis art. 111 § 2 k.c.¹⁹. W związku z tym przepis art. 85 ust. 5 p.z.p. stanowi *lex specialis* względem reguły określonej w art. 111 § 2 k.c. Co oznacza, że 90-dniowy termin związania ofertą upłynął 25 lutego 2012 r. (sobota)²⁰.

¹⁷ Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1410/14, *LEX nr 1500650*.

¹⁸ W. Dzierżanowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2012, *LEX 125908*; podobnie w: wyroku KIO z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt KIO 2020/12, *LEX nr 1223139* oraz wyroku KIO z dnia z dnia 15 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 65/07, *LEX nr 393557*.

¹⁹ Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 246/08, *LEX nr 395937*.

²⁰ Do obliczania terminu stosuje się natomiast wszystkie pozostałe reguły dotyczące obliczania terminów określone w przepisach k.c. W szczególności znajduje zastosowanie art. 115 k.c., zgodnie z którym, jeśli koniec terminu przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. W świetle ustalonego orzecznictwa z zakresu prawa cywilnego oraz prawa pracy sobota nie jest dniem uznawanym ustawowo

- (126) Ponadto wskazać należy, że skoro – jak podnosił w toku postępowania – Bombardier dostrzegwał „małą precyzyjność” przepisów p.z.p. dotyczących obliczania terminu związania ofertą, to po racjonalnym uczestniku obrotu gospodarczego należałoby oczekiwać, że z ostrożności będzie działał zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisów p.z.p., zamiast opierać się jednostkowych, rozbieżnych poglądach. Twierdzenie Bombardier o niejasnościach w obliczeniu terminu związania ofertą, podaje w wątpliwość również okoliczność, iż pozostali uczestnicy przedmiotowego Przetargu, nie mieli wątpliwości w tym zakresie i wszyscy odpowiedzieli na pismo Zamawiającego w terminie.
- (127) W ocenie Prezesa Urzędu znamienne jest również, że Bombardier w swoim pierwszym piśmie wystosowanym w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, prezentował zupełnie inne stanowisko w kwestii złożenia przez spółkę odpowiedzi po terminie. Mianowicie w piśmie z dnia 24 stycznia 2014 r. Bombardier wprost wskazał, że opóźnienie w odpowiedzi było działaniem celowym i świadomym, bowiem było to spowodowane dokonaniem przez Zamawiającego poprawki oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie spółki i brakiem odpowiedzi PKP PLK na wezwanie spółki do odstąpienia od tej czynności.
- (128) Ponadto o celowości i świadomości w opóźnieniu odpowiedzi Bombardier na pismo PKP PKL, świadczy SMS wysłany przez Panią [informacja utajniona] do [informacja utajniona] o treści „z 8 się nie odzywam i udaje, że mnie nie ma”.
- (129) Abstrahując od powyższych rozważań, należy wskazać, że nawet jeśli Zamawiający uznałby odpowiedź Bombardier za wniesioną z zachowaniem terminu, to i tak z powodu nieprzedłużenia jednocześnie okresu ważności wadium, oferta spółki podlegałaby wykluczeniu. Nie zasługuje na uwzględnienie w tym względzie, lakoniczne wyjaśnienie Bombardier, iż spółka nie posiadała wewnętrznej zgody na przedłużenie okresu ważności wadium. Bowiem spółka nie przedstawiła żadnych dowodów na potwierdzenie powyższego, ani w postaci dowodu, że spółka nie mogła samodzielnie przedłużyć okresu ważności wadium, ani w postaci dowodu, że spółka otrzymała odpowiedź odmowną w tym zakresie. Ponadto powyższe wyjaśnienia spółki pozostają w sprzeczności z zeznaniami złożonymi w toku Postępowania przygotowawczego przez członka zarządu Bombardier – [informacja utajniona],

za wolny od pracy w rozumieniu art. 115 k.c. w zw. z art. 165 § 1 k.p.c. (tak w: uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2003 r., sygn.. akt III CZP 8/03, OSNC 2004, nr 1, poz. 1).

który wyraźnie wskazał, że to Bombardier podjął decyzję o nieprzedłużaniu ważności gwarancji wadialnej, z uwagi na poprawki dokonane w ofercie przez Zamawiającego, co miałyby spowodować realizację zamówienia na warunkach nieakceptowalnych dla spółki. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że również nieprzedłużenie okresu ważności wadium było świadomą decyzją podjętą przez Bombardier (k. 528 akt administracyjnych).

Orzeczenia Prokuratury Okręgowej i Sądu Rejonowego

(130) Należy również wskazać, że podobnej oceny zachowań stron niniejszego postępowania w Przetargu, dokonała prokuratura okręgowa w Warszawie, w zaliczonym do akt niniejszego postępowania postanowieniu z dnia 31 października 2013 r. o umorzeniu Postępowania przygotowawczego. Jak wynika z treści uzasadnienia w powoływanej sprawie ustalono, że przedstawiciele spółek uczestniczący w zмовie tj. ze strony Kombud – **[informacja utajniona]**, **[informacja utajniona]**, ze strony Bombardier – **[informacja utajniona]**, **[informacja utajniona]** oraz ze strony KZA Lublin – **[informacja utajniona]** w okresie od 7 listopada 2011 r. do końca lutego 2012 r. pozostawali ze sobą stałych kontaktach telefonicznych. Jednym z tematów prowadzonych rozmów był, będący przedmiotem niniejszego postępowania Przetarg. Zdaniem prokuratury spotkania i treść rozmów telefonicznych prezesów Bombardier, Kombud oraz KZA Lublin przekroczyły granicę, do której działania podejmowanie przez prezesów tych spółek mogą być postrzegane jako działania realnie konkurujących ze sobą podmiotów gospodarczych. Pomimo uznania przez prokuraturę, że wzajemne omawianie ofert składanych w ramach przetargów i ustalanie w ten sposób wartości ofert, a także ustalania strategii związanych ze składaniem ofert podwykonawczych świadczą o nieformalnym porozumieniu zawiązanym między ww. osobami, praktyka ta nie wypełniła znamion czynu z art. 305 § 1 k.k. Prokuratura w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu wskazała, że „w świetle opisywanych zachowań nie można mówić o wypełnieniu znamion z art. 305 § 1 k.k., gdyż działanie ww. [prezesów Bombardier, Kombud, KZA Lublin – wyjaśnienie wł.] opisane musiałyby być podejmowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, rozumianej tu nie jako normalna korzyść osiągnana w obrocie gospodarczym w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu przetargowym, ale jako korzyść osiągnięta z pokrzywdzeniem instytucji na rzecz której przetarg jest prowadzony, gdzie oferty byłby skonstruowane w ten sposób, by ewidentnie zawyżyć wartość oferty ponad

koszty związane z inwestycją i zwyczajowy zysk osiągany przy zawieraniu tego typu kontraktów” (k. 707 akt administracyjnych).

- (131) Tożsamy stanowisko w powyższym względzie, zajął również Sąd Rejonowy dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie II Wydział Karny w zaliczonym w poczet akt niniejszego postępowania postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2014 r. w przedmiocie zażalenia na postanowienie prokuratury o umorzeniu Postępowania przygotowawczego. W uzasadnieniu Sąd wskazał, że nie ulega wątpliwości, iż przedstawiciele Kombud oraz Bombardier uzgadniali ze sobą warunki uczestnictwa w przedmiotowym Przetargu, tj. weszli ze sobą w porozumienie i nie stanowili dla siebie realnej konkurencji. Dodatkowo na podstawie analizy akt sprawy, Sąd stwierdził, że porozumienie między przedstawicielami spółek Kombud i Bombardier miało na celu stworzenie spółce Kombud mocniejszej pozycji w walce z realnym konkurentem – spółką Thales. Pomimo dokonania powyższej oceny, Sąd utrzymał w mocy umorzenie Postępowania przygotowawczego z zakresu czynu z art. 305 § 1 k.k. wskazując, że kwestionowane zachowania nie wypełniają niezbędnego znamienia tego czynu w postaci podejmowania z pokrzywdzeniem instytucji, na rzecz której Przetarg był prowadzony.

Dodatkowe okoliczności sprawy

- (132) Prezes Urzędu za okoliczność uprawdopodobniającą zawarcie z umowy przetargowej w niniejszej sprawie, uznał również zachowanie prezesa zarządu Kombud **[informacja utajniona]**, który jak wynika z zeznań złożonych przez niego w toku Postępowania przygotowawczego w rozmowie z prezesem zarządu Thales – **[informacja utajniona]** przed otwarciem ofert złożonych w Przetargu, zapewniał go, że Kombud na pewno ten przetarg wygra.
- (133) W tym względzie Prezes Urzędu nie dał wiary wyjaśnieniom **[informacja utajniona]** złożonym również w toku Postępowania przygotowawczego, iż jego zachowanie miało wyłącznie na celu przekonać Thales do współpracy. W ocenie Prezesa Urzędu, w oparciu o zasady logicznego rozumowania i doświadczenia, pewność wykonawcy co do przyszłego wyniku przetargu, przed jego rozstrzygnięciem, wskazuje na istnienie z umowy przetargowej, w której ten wykonawca uczestniczy. Prezes Kombud informując o tym prezesa Thales starał się odwieść spółkę, która stanowiła dla Kombud realną konkurencję od udziału w Przetargu. W ten sposób dążył

do zabezpieczenia realizacji zawartego porozumienia antykonkurencyjnego, na mocy którego Konsorcjum Kombud i KZA Lublin miało złożyć zwycięską ofertę, a oferta Bombardier, który w rzeczywistości nie był zainteresowana wynikiem Przetargu – ofertę symboliczną.

- (134) Dodatkowo, stwierdzając istnienie między stronami postępowania antymonopolowego z umowy przetargowej w Przetargu, Prezes Urzędu uwzględnił całokształt relacji między przedstawicielami Bombardier, Kombud i KZA Lublin, uznając że cykliczne spotkania w Sandomierzu oraz powiązania towarzyskie wzmacniają tezę o istnieniu umowy przetargowej, nawet jeśli brak jest wystarczających dowodów, by same w sobie stanowiły przejawy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. W tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnił, że w orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, że pomocne w udowodnieniu uzgodnienia może być wykazanie istnienia związków prawnych i gospodarczych między przedsiębiorcami²¹. Podobnie oceniane jest utrzymywanie przez konkurentów w danym przetargu regularnej współpracy biznesowej lub kontaktów towarzyskich. W orzecznictwie stwierdzono w szczególności, że jeśli z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że przedstawiciele przedsiębiorców podejrzewanych o zawarcie zakazanego porozumienia przed i w trakcie postępowania przetargowego spotykali się ze sobą, utrzymywali ze sobą intensywne kontakty, a także podejmowali wspólne działania, to wskazuje to, że mieli pełną możliwość ustalenia treści składanych ofert²².
- (135) Z przedstawionych względów przy ocenie zachowania stron postępowania w toku Przetargu, Prezes Urzędu uwzględnił poniższe okoliczności wskazujące na stałe kontakty Bombardier, Kombud oraz KZA Lublin, które wzmacniają tezę o istnieniu antykonkurencyjnego porozumienia między stronami postępowania.
- (136) W szczególności, jak wynika z zeznań złożonych w toku Postępowania przygotowawczego przez **[informacja utajniona]**, **[informacja utajniona]** oraz **[informacja utajniona]** - prezesi zarządów spółek Bombardier, Kombud i KZA Lublin dobrze się znają i są ze sobą po imieniu. Spotykają się na różnego rodzaju spotkaniach organizowanych przez PKP PLK, seminariach i innych oficjalnych spotkaniach [pkt (39) decyzji].

²¹ Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 21 lipca 2005 r., nr RPZ-20/2005, z dnia 21 września 2005 r., nr RPZ-28/2005 oraz z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT-22/2007, www.uokik.gov.pl.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8.4.2011 r., VI ACa 1071/10, LEX nr 1130432.

- (137) Dodatkowo, strony niniejszego postępowania poza ww. spotkaniami okolicznościowymi, spotykały się również biznesowo z własnej inicjatywy w Sandomierzu. Wybór takiej lokalizacji był dogodny dla wszystkich uczestników umowy, gdyż w ten sposób spotykali się „w połowie drogi”. Z zeznań członka zarządu Bombardier **[informacja utajniona]** złożonych w toku Postępowania przygotowawczego wynika, że do spotkań w Sandomierzu dochodziło raz na kwartał. Uczestniczył w nich zarówno prezes zarządu KZA Lublin – **[informacja utajniona]**, jak również prezes zarządu Kombud – **[informacja utajniona]**. Według wyjaśnień prezentowanych przez KZA Lublin przedmiotem tych spotkań była wymiana informacji na temat potencjalnej współpracy i działań konkurencji. Dodatkowo należy podkreślić, że okoliczność odbywania spotkań w Sandomierzu przez strony niniejszego postępowania jest bezsporna, bowiem żadna ze spółek w swoich stanowiskach tej okoliczności nie zaprzeczyła [pkt (39) decyzji].
- (138) Z analizy zaliczonych w poczet materiału dowodowego niniejszej sprawy protokołów przesłuchań świadków wynika również, że w czasie toczącego się postępowania przetargowego, przedstawiciele ww. spółek stale się ze sobą kontaktowali poprzez rozmowy telefoniczne. Jak zostało wskazane w pkt (130) niniejszej decyzji również prokuratura w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu Postępowania przygotowawczego wskazała na ww. okoliczność.
- (139) Powyższe okoliczności dotyczące spotkań w Sandomierzu oraz kontaktów towarzyskich stron niniejszego postępowania, chociaż nie są sprzeczne z przepisami ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, to jednak analizowane na tle pozostałych ustaleń faktycznych, dają dodatkową podstawę do wniosku, że Bombardier, Kombud i KZA Lublin zawarły antykonkurencyjne porozumienie.

III.4. Standard dowodu

- (140) W odniesieniu do standardu dowodu w orzecznictwie unijnym wskazuje się, iż z uwagi na fakt, że zakaz uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach i grożące za to kary są dobrze znane, jest zrozumiałe, że działania jakie za sobą pociągają takie porozumienia są skryte, spotkania są potajemne, a dokumenty związane z porozumieniem są ograniczone do minimum. Nawet jeśli znalezione zostaną dowody wyraźnie wskazujące na niezgodne z prawem kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, to zazwyczaj są one jedynie fragmentaryczne, zatem część ustaleń musi być wynikiem dedukcji. W większości spraw, istnienie antykonkurencyjnego porozumienia musi

zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów (łac. *indicia*, ang. *signs/marks*), które rozważane łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji²³. Ponadto w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że standard dowodu stosowany przez organy krajowe nie może być postawiony na tak wysokim poziomie, iż stosowanie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (odpowiednio art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*) stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione²⁴.

(141) Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w sprawie dotyczącej antykonkurencyjnego porozumienia zawartego pomiędzy producentami drożdży²⁵, w którym stwierdził, w odniesieniu do porozumień cenowych, iż „mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”.

(142) W świetle powyższego należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 84 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* regulując, że w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu, z wyjątkami wynikającymi wprost z ww. ustawy²⁶, mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm., dalej jako: k.p.c.), podobnie jak przed sądami, poddaje postępowanie dowodowe w obu instancjach temu samemu reżimowi prawnemu, co sprawia, że nie ma w ich trakcie rozbieżności w sposobie dowodzenia faktów i okoliczności istotnych w sprawie, mogących rzutować na wynik postępowania²⁷. Jak podniósł Sąd Najwyższy w powoływanej już sprawie dotyczącej antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy producentami drożdży, „w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 k.p.c.), przyznaniu (art. 229 i 239 k.p.c.) lub domniemaniu

²³ Wyrok ETS (obecnie TS) z 7 stycznia 2004 r. sprawy połączone C-204/00P, C-205/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00P *Aalborg Portland A/S et al.* Zb. Orz. z 2004 r., I-123, pkt 55-57, Wyrok SPI (obecnie Sąd) z 27 września 2007 r. sprawa T-44/02 i n. *Dresdner Bank et al. v Komisja*, pkt 58, decyzja Komisji z 3 maja 2006 r. sprawa COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Preborate*, pkt 315.

²⁴ E. De Smijter, L. Kjølbye, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, w: J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, second edition, 2007, s. 95.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r. III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39.

²⁶ Odmienności uregulowań ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* dotyczą kwestii drugorzędnych i zasadniczo mają na celu dostosowanie przepisów k.p.c w omawianym zakresie do specyfiki postępowań antymonopolowych.

²⁷ Por. E. Modzelewska-Wąchal *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz* Warszawa 2002, s. 279-280.

faktycznym (art. 231 k.p.c.)”. W tym samym orzeczeniu Sąd wprost uznał, iż w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszczone jest stosowanie domniemań faktycznych. Z domniemań faktycznych można, w świetle stanowiska Sądu Najwyższego, wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję.

(143) W podsumowaniu należy stwierdzić, że pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich w oparciu o przedstawione wyżej okoliczności rozpatrywane łącznie, uzasadnione jest wyprowadzenie wniosku, że Bombardier zawarł porozumienie z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Wskazują na to w szczególności nieracjonalne zachowanie Bombardier, a także istniejące między stronami częste kontakty. Należy przy tym wskazać, że jak twierdzi doktryna żeby stwierdzić zawarcie takiej zmywy działania podejmowane przez strony muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych²⁸, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań. Wskazać przy tym należy, że dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk²⁹. Jak zostało wskazane powyżej Prezes Urzędu nie znalazł innego obiektywnego uzasadnienia dla działania stron jak zawarcie zakazanego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienia polegającego na złożeniu przez Bombardier oferty kurtuazyjnej i rezygnacji z Przetargu, w celu zwiększenia szansy na wygranie Przetargu przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin.

III.5. Odniesienie się do postawionego przez Bombardier zarzutu naruszenia zasady bezpośredniości

²⁸ E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 45.

²⁹ Wyrok ETS (obecnie TS) z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (obecnie Komisja Europejska) Zb. Wyr. ETS 1984, 1679) za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989, opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska, T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.

- (144) W tym miejscu należy również odnieść się do zarzutu poniesionego przez Bombardier jakoby, dokonywanie ustaleń w niniejszej sprawie w oparciu o protokoły z przesłuchań świadków w toku Postępowania przygotowawczego, pozostawało w sprzeczności z zasadą bezpośredniości. Jak zostało wyjaśnione w pkt. (142) niniejszej decyzji, stosowanie do art. 81 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu, mają zastosowanie przepisy k.p.c., co sprawia że postępowanie dowodowe prowadzone przez Prezesem Urzędu jest poddane temu samemu reżimowi prawnemu w sposobie dowodzenia faktów i okoliczności istotnych w sprawie, co postępowanie sądowe w sprawach cywilnych. W związku z tym, za uprawnione należy uznać przywołanie w tym zakresie orzecznictwa, które wykształciło się na gruncie przepisów k.p.c.
- (145) W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowała się ugruntowana linia orzecznicza, zgodnie z którą nie narusza zasady bezpośredniości zaliczenie w poczet materiału dowodowego sprawy dowodów zgromadzonych w innej sprawie³⁰. Zaliczenie to nie może jednak zostać dokonane w sposób całościowy. Narusza zasadę bezpośredniości (art. 235 k.p.c.) zaliczenie w poczet materiału dowodowego np. akt zakończonej sprawy karnej. Dopuszczalne jest natomiast i pozostaje w zgodzie z art. 235 k.p.c. zaliczenie poszczególnych, ściśle określonych dokumentów, czy też zeznań świadków. Bowiem przy takim trybie postępowania strony będą miały możliwość ustosunkowania się do zaliczenia poszczególnych dokumentów czy też zeznań świadków w poczet materiału dowodowego³¹. Wówczas nie mamy jednak do czynienia z dowodami z zeznań świadków, ale z protokołami stanowiącymi dokumenty urzędowe³². Dodatkowo, gdy dowodem dopuszczonym z akt innej sprawy mają być protokoły zeznań świadków przesłuchanych w innej sprawie, to tylko pod warunkiem, że żadna ze stron nie zażądała przeprowadzenia tych dowodów przed sądem orzekającym³³.
- (146) Mając na uwadze powyższe rozważania nie można przyznać racji Bombardier, iż zaliczając protokoły z przesłuchania świadków w ramach Postępowania przygotowawczego, Prezes Urzędu dopuścił się naruszenia zasady bezpośredniości.

³⁰ Tak w: wyroku SN z dnia 14 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 42/96, OSNC 1997 Nr 5, poz. 62; wyroku SN z dnia 15 kwietnia 2005 r., sygn. akt I CK 653/04, www.sn.pl; wyroku SN z dnia 20 lipca 2007 r., sygn. akt I CSK 134/07, *LEX nr 485999*; wyroku SN z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt II CSK 20/11, *LEX nr 1103002* oraz wyroku SN z dnia 30 maja 2008 r., sygn. akt III CSK 344/07, *LEX nr 490435*.

³¹ Wyroku SN z dnia 14 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 42/96, OSNC 1997 Nr 5, poz. 62 i tam przywołane orzecznictwo.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 21 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 153/13, www.orzeczenia.lodz.sa.gov.pl.

³³ Wyrok SN z dnia 30 maja 2008 r., sygn. akt III CSK 344/07, *LEX nr 490435*.

W celu zachowania wszystkich ww. reguł postępowania dowodowego, Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszej sprawy wyłącznie ściśle określone dokumenty w postaci protokołów przesłuchań świadków – [informacja utajniona] z dnia 4 września 2013 r., z dnia 6 września 2013 r., z dnia 16 września 2013 r.; [informacja utajniona] z dnia 16 lipca 2013 r.; [informacja utajniona] z dnia 17 lipca 2013 r. oraz [informacja utajniona] z dnia 18 września 2013 r. O powyższym zaliczeniu strony postępowania zostały zawiadomione na początkowym etapie postępowania, pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. wraz z zawiadomieniem o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Ponadto Prezes Urzędu umożliwił stronom zapoznanie się z treścią zaliczonych dokumentów, w ten sposób, że strony miały prawo wglądu do akt niniejszej sprawy, sporządzania z nich notatek oraz kopii. Z powyższego uprawnienia skorzystały wszystkie strony postępowania - Kombud w dniu 9 stycznia 2014 r., Bombardier w dniu 9 stycznia 2014 r. oraz KZA Lublin w dniu 17 stycznia 2014 r. Żadna ze stron nie zażądała przeprowadzenia tych dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu. Dodatkowo dokonując ustaleń stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu nie opierał się wyłącznie na ww. protokołach przesłuchań świadków, ale również na dokumentach w postaci przekazanych przez PKP PLK akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pismach i dokumentach przedkładanych przez strony postępowania.

- (147) Wszystkie te okoliczności prowadzą do wniosku, że nie doszło do naruszenia zasady bezpośredniości w przedmiotowej sprawie.

III.6. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

- (148) Zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma charakteru bezwzględnego. Dla stwierdzenia, że w powyższym zakresie został naruszony zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* konieczne jest w dalszej kolejności wykazanie, iż porozumienie to nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

III.5.a. Zasada de minimis

- (149) Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu

zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z ust. 1 pkt 1 powołanego przepisu wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%.

- (150) Od powyższej reguły przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewidują określone odstępstwa. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ww. ustawy wyżej wskazane wyłączenia nie mają zastosowania do przypadków określonych między innymi w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy tj. do zmów przetargowych. Mając na względzie, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, które zakwalifikowane zostało jako naruszające zakaz, o jakim mowa w ww. przepisie, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

III.5.b. Wyłączenia grupowe

- (151) Przepis art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść.
- (152) Porozumienie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie podlega wyłączeniu na podstawie żadnego z rozporządzeń wydanych przez Radę Ministrów na podstawie ww. upoważnienia ustawowego.

III.5.c. Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1

- (153) Odnosząc się do możliwości wyłączenia indywidualnego przedmiotowego porozumienia, należy zauważyć, że zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

IV. Zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję

- (154) Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgadnianie warunków składanych ofert i zasad postępowania w Przetargu zorganizowanym przez PKP PLK. W okolicznościach niniejszej sprawy Prezes Urzędu przyjął, że praktyka została zaniechana z dniem **2 marca 2012 r.**, bowiem w tym dniu Zamawiający zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Bombardier, a zatem miał miejsce ostatni z przejawów przedmiotowego porozumienia. Zarazem, w ocenie Prezesa Urzędu, brak jest podstaw by uznać, że antykonkurencyjne porozumienie stwierdzone niniejszą decyzją istniało między spółkami po tej dacie.
- (155) Za powyższym ustaleniem przemawia fakt, że w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu oraz wykluczenia i odrzucenia oferty Bombardier przez Zamawiającego, zakończyła się wszelka aktywność tej spółki w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Na dalszym etapie postępowania, tylko Konsorcjum Kombud i KZA Lublin wniosło odwołanie do KIO od wyboru oferty Konsorcjum Thales. Bombardier nie zgłosił przystąpienia do toczącego się przed KIO postępowania.
- (156) W związku z powyższym, ze względu na brak opartych w materiale dowodowym podstaw do uznania, iż porozumienie nadal obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem **2 marca 2012 r.**

V. Kara pieniężna

- (157) Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że organ antymonopolowy 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 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

V.1. Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

- (158) Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorców tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co

najmniej nieumyślne”.

- (159) Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności sprawy uzasadniają, by w niniejszym przypadku, wobec stwierdzenia zawarcia przez Bombardier z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin opisanego w sentencji decyzji porozumienia ograniczającego konkurencję, uznać za spełnioną przesłankę „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów.
- (160) Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez poszczególnych adresatów decyzji, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć³⁴. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych³⁵. Istotne znaczenie ma także stanowisko SOKiK, który przyjął, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności³⁶.
- (161) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma **charakter umyślny**.
- (162) Powyższa ocena wynika z faktu, że strony tego postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego, które bez wątplenia posiadają wiedzę prawniczą i ekonomiczną, umożliwiającą rozpoznanie swoich działań jako naruszających prawo ochrony konkurencji. Działania Bombardier, Kombud i KZA Lublin były umyślne, ponieważ okoliczności sprawy, a zwłaszcza ich postępowanie w toku postępowania przetargowego świadczą o tym, że są oni stronami porozumienia realizującego pewną ustaloną z góry taktykę występowania w Przetargu, polegającą na złożeniu oferty

³⁴ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

³⁵ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

³⁶ Wyrok SOKiK z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 62/08, niepubl.

kurtuazyjnej przez Bombardier celem zwiększenia szansy na wygranie Przetargu przez Konsorcjum Kombud i KZA Lublin. Trudno w takich okolicznościach mówić o działaniu nieumyślnym.

- (163) Prezes Urzędu uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją porozumienie ograniczające konkurencję dotyczyło praktyki nazwanej, określonej wprost w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. W związku z tym stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie należy do najbardziej typowych zachowań sprzecznych z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wszystkie powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem umyślności działań Stron postępowania.
- (164) Wobec wszystkich adresatów niniejszej decyzji **spełniona została przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** art. 6 ww. ustawy. Wobec tego Prezes Urzędu jest uprawniony do nałożenia na strony tego postępowania kary pieniężnej.

V.2. Wysokość kary pieniężnej

- (165) Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu oparł się na art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym wysokość nakładanej przez organ antymonopolowy na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes Urzędu wziął pod uwagę przepis art. 111 ww. ustawy, nakazujący przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględnienie w szczególności okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a także uprzednie naruszenie przepisów wspomnianej ustawy. Przy ustalaniu wysokości nałożonej kary pieniężnej organ antymonopolowy wziął pod uwagę wysokość osiągniętego przez strony niniejszego postępowania przychodu wynikającego z zeznania podatkowego (CIT).
- (166) Mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów wspomnianej ustawy. W orzecznictwie wyraźnie bowiem stwierdzono, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania

decyzji o nałożeniu kary³⁷, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu³⁸.

- (167) Prezes Urzędu uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego³⁹, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć⁴⁰. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).
- (168) Prezes Urzędu kierował się interpretacją przesłanek branych pod uwagę przy wymiarze kary pieniężnej zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*⁴¹.
- (169) Mając na względzie wszystkie ww. okoliczności, organ antymonopolowy ustalił wymiar kary pieniężnej w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności, które dotyczą: (i) natury naruszenia i (ii) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.
- (170) Odnosząc się do natury naruszenia należy wskazać, że Prezes Urzędu wyróżnia (i) naruszenia bardzo poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia wertykalne wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe), do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

³⁹ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98, LEX nr 50870.

⁴¹ Dz. Urz. UOKiK 2008/4/33.

możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

- (171) Wobec powyższego w ocenie Prezesa Urzędu porozumienie polegające na zawarciu przez Bombardier z Konsorcjum Kombud i KZA Lublin porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w Przetargu, należy uznać za **bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji**. W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił, że wskazane powyżej porozumienie zawiązane zostało między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, czyli było porozumieniem horyzontalnym. Ponadto porozumienie zawarte przez strony niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe.

Tabela 1: Pierwszy etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary
	natura naruszenia
Bombardier	3.516.225,97 zł
Kombud	1.887.269,77 zł
KZA Lublin	332.198,91 zł

- (172) Następnie, organ antymonopolowy, określając wysokość nałożonej na Bombardier, Kombud i KZA Lublin kary pieniężnej, wyszedł z założenia, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80%. Kara powinna być tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności Prezes Urzędu wziął pod uwagę czy wprowadzono porozumienie w życie oraz jakie negatywne skutki wywarło dla uczestników rynku – zamawiających w postępowaniach przetargowych oraz innych wykonawców startujących w tych samych postępowaniach przetargowych, co strony postępowania.
- (173) Należy wskazać, że porozumienie zawarte między Bombardier, Kombud oraz KZA Lublin, polegające na uzgadnianiu ofert składanych w Przetargu zostało wprowadzone w życie. Strony postępowania podjęły działania prowadzące do jego realizacji, w szczególności poprzez rezygnację z udziału w Przetargu spółki

Bombardier. Niemniej jednak, zamiar jaki miały strony porozumienia w postaci wyboru oferty Konsorcjum Kombud i KZA Lublin nie został osiągnięty. Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że choć Konsorcjum Kombud i KZA Lublin uzyskało pozytywne dla siebie rozstrzygnięcie KIO, to w ostateczności w wyniku orzeczenia Sądu Okręgowego wybrana została oferta Konsorcjum Thales. W związku z tym stwierdzone porozumienie nie wiąże się z istotnym uszczerbkiem finansowym po stronie Zamawiającego.

- (174) Zarazem Prezes Urzędu zważył, że rynek dostaw urządzeń sterowania ruchem kolejowym jest rynkiem skoncentrowanym, na którym działa niewielu przedsiębiorców. Identyfikowane są na tym rynku wysokie bariery wejścia – produkty należące do rynku właściwego są produktami wysokospecjalistycznymi, a możliwość dopuszczenia ich do obrotu na krajowym rynku jest warunkowana koniecznością uzyskania specjalnych certyfikatów.
- (175) Wszystkie wyżej wymienione okoliczności wzięte pod uwagę łącznie wskazują, że zasadnym jest zatem zwiększenie kary pieniężnej. Mając to na uwadze, wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalony w oparciu o naturę naruszenia został **zwiększony o 10%**.

Tabela 2: Drugi etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary		
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	razem
Bombardier	3.516.225,97 zł	↑10%	3.867.848,57 zł
Kombud	1.887.269,77 zł	↑10%	2.075.996,75 zł
KZA Lublin	332.198,91 zł	↑10%	365.418,80 zł

- (176) Na kolejnym etapie obliczania kary pieniężnej Prezes Urzędu bierze pod uwagę długotrwałość naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na

wysokość kar pieniężnych, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję kwotę bazową maksymalnie o 200%.

- (177) Porozumienie, które jest przedmiotem niniejszej decyzji dotyczy wydarzenia o charakterze jednorazowym. Prezes Urzędu stwierdził zawarcie porozumienia polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert tylko w jednym Przetargu organizowanym przez PKP PLK. Uznać więc należy, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie nie należy do kategorii naruszeń długotrwałych. W konsekwencji kara pieniężna nałożona na strony niniejszego postępowania **nie została na tym etapie podwyższona.**

Tabela 3: Trzeci etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary			
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
Bombardier	3.516.225,97 zł	↑10%	–	3.867.848,57 zł
Kombud	1.887.269,77 zł	↑10%	–	2.075.996,75 zł
KZA Lublin	332.198,91 zł	↑10%	–	365.418,80 zł

- (178) Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

- (179) Jako okoliczność łagodzącą względem wszystkich stron postępowania Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że praktyka ograniczająca konkurencję została **zaniechana** przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego tj. przed dniem 20 grudnia 2013 r. Jak zostało wykazane w pkt. IV. niniejszej decyzji porozumienie zawarte między Bombardier, a Konsorcjum Kombud i KZA Lublin przestało funkcjonować na rynku 2 marca 2012 r. Niemniej jednak, Prezes Urzędu postanowił uwzględnić powyższą okoliczność w mniejszym stopniu, z uwagi na fakt, że w przedmiotowej sprawie zaniechanie stosowania praktyki wiązało się wyłącznie z rozstrzygnięciem Przetargu przez Zamawiającego i poinformowaniem oferentów o jego wyniku. Tym

samym zaniechanie praktyki było niezależne od woli stron niniejszego postępowania w zakresie podporządkowania się przepisom prawa antymonopolowego.

(180) W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej decyzji nie występują inne okoliczności łagodzące mające zastosowanie do adresatów decyzji. Natomiast występuje okoliczność obciążająca.

(181) Jako taką okoliczność wzięto pod uwagę **umyślność naruszenia** przepisów ustawy przez wszystkie strony postępowania. Wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności sposób ich postępowania w Przetarg oraz kontakty w jego trakcie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargach, której celem było zwiększenie szans Konsorcjum Kombud i KZA Lublin na realizację zamówienia.

(182) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy, a ww. kryterium w zakresie nakładania kary przez Prezesa Urzędu spełnia funkcję okoliczności obciążającej. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary. Strony niniejszego postępowania nie były dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

(183) Powyższe powoduje, że wymienione wyżej czynniki wzajemnie nie zrównoważyły się, stąd wysokość kary wszystkich adresatów decyzji na tym etapie uległa **zwiększeniu o 10%**.

Tabela 4: Czwarty etap naliczania wysokości kar.

podmiot	wysokość kary				
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące/obciążające	razem
Bombardier	3.516.225,97 zł	↑10%	–	↑10%	4.254.633,43 zł
Kombud	1.887.269,77 zł	↑10%	–	↑10%	2.283.596,40 zł
KZA Lublin	332.198,91 zł	↑10%	–	↑10%	401.960,68 zł

(184) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kar pieniężnych dla adresatów decyzji,

w oparciu o przedstawione przez tych przedsiębiorców informacje na temat osiągniętych przychodów w 2013 r., w następującej wysokości:

Tabela 5: Wysokość nałożonej kary pieniężnej.

Podmiot	wysokość kary pieniężnej
Bombardier	4.254.633,43 zł
Kombud	2.283.596,40 zł
KZA Lublin	401.960,68 zł

VI. Koszty postępowania

(185) Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 ww. ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

(186) Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec wyrażonego w art. 83 ww. ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy *Kodeks postępowania administracyjnego* (dalej: „k.p.a.”), należy przyjąć, iż zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. W świetle 263 § 1 k.p.a. do kosztów postępowania zalicza się: (1) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron, (2) koszty doręczania stronom pism procesowych, (3) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy. Na koszty Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu składają się wydatki w kwocie **272,21 zł** (słownie: dwieście siedemdziesiąt dwa złote i dwadzieścia jeden groszy), które są związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją (składają się na nie koszty doręczania **13 listów** w cenie 6,47 zł oraz **33 listów** w cenie 5,7 zł. Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a., jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

(187) W związku z powyższym postanowiono obciążyć:

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kosztami w wysokości **94,54 zł** (słownie: dziewięćdziesiąt cztery złotych i pięćdziesiąt cztery grosze), na które składają się koszty doręczenia stronie **10 listów** w cenie 5,70 zł, **4 listów** w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia **5 listów** w cenie 5,70 zł i **1 listu** w cenie 6,47 zł;
 2. Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu kosztami w wysokości **88,84 zł** (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych i osiemdziesiąt cztery grosze), na które składają się koszty doręczenia stronie **9 listów** w cenie 5,70 zł, **4 listów** w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia **5 listów** w cenie 5,70 zł i **1 listu** w cenie 6,47 zł;
 3. KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie kosztami w wysokości **88,84 zł** (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych i osiemdziesiąt cztery grosze), na które składają się koszty doręczenia stronie **9 listów** w cenie 5,70 zł, **4 listów** w cenie 6,47 zł oraz jedna trzecia kosztów doręczenia **5 listów** w cenie 5,70 zł i **1 listu** w cenie 6,47 zł.
- (188) Koszty niniejszego postępowania należy uiścić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

- (189) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.
- (190) Karę pieniężną oraz koszty postępowania należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.
- Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.
- (191) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.),

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 dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

(192) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania zawartego w pkt III niniejszej decyzji, na podstawie art. 264 § 2 *kodeksu postępowania administracyjnego* w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak również stosownie do art. 81 ust. 5 tej ustawy w związku z 479³² § 1 i 2 *kodeksu postępowania cywilnego*, należy wnieść 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*

Otrzymują:

1. Zakłady Automatyki „Kombud” S.A.

reprezentowane przez
r.pr. Piotra Radzikowskiego
ul. Lapońska 54
03-289 Warszawa

2. KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.

reprezentowane przez
adw. Krzysztofa Hudałę
ul. Syta 106j
02-987 Warszawa

3. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.

reprezentowany przez
r.pr. Małgorzatę Urbańską
CMS Cameron McKenna Dariusz Gerszta sp.k.
ul. Emilii Plater 53
00-113 Warszawa

4. a.a.