



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-410-2/13/MF

Warszawa, dnia 30 grudnia 2014 r.

DECYZJA nr DOK - 11/2014

- 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 Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie 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 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. Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną w wysokości 758 608,26** (siedemset pięćdziesiąt osiem tysięcy sześćset osiem złotych dwadzieścia sześć groszy) płatną do budżetu państwa,

2. Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną w wysokości 896 064,16** (osiemset dziewięćdziesiąt sześć tysięcy sześćdziesiąt cztery złote szesnaście 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:**

1. Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w kwocie **225,84 zł** (dwieście dwadzieścia pięć złotych i osiemdziesiąt cztery grosze) i zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa UOKiK w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji,
2. Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **208,74 zł** (dwieście osiem złotych i siedemdziesiąt cztery grosze) i zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa UOKiK w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte na podstawie materiału dowodowego zebranego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „Prezes UOKiK”) w toku 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., dalej jako: u.o.k.k.) uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (2) W ramach wskazanego postępowania wyjaśniającego analizowany był m.in. przebieg zorganizowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: PKP PLK) 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” (dalej również jako: Przetarg) i zachowanie jego dwóch uczestników, tj. Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Thales) oraz Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Qumak).

- (3) Zebrany w postępowaniu wyjaśniającym materiał dowodowy uprawdopodobnił podejrzenie naruszenia przepisów u.o.k.k. W związku z powyższym Prezes UOKiK, postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r., wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Thales oraz Qumak porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów automatyki kolejowej, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez PKP PLK Przetargu, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.
- (4) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Thales pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. ustosunkował się do zarzutów zawartych w postanowieniu, zaprzeczając zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia z Qumak.
- (5) Qumak pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. ustosunkował się do zarzutów zawartych w postanowieniu, zaprzeczając zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia z Thales.
- (6) W toku przedmiotowego postępowania antymonopolowego, w dniu 30 października 2014 r. przeprowadzono rozprawę administracyjną, podczas której przeprowadzono dowody z przesłuchania świadków oraz dowód z przesłuchania stron.
- (7) Pismem z dnia 2 grudnia 2014 r. obie 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.
- (8) W tym miejscu należy zauważyć, że część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes UOKiK wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 u.o.k.k., 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 UOKiK na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił,
co następuje**

- (9) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, pod kątem zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań podjętych przez Thales i Qumak w związku z zorganizowanym przez PKP PLK postępowaniem 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

- (10) Thales jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 53615. Przedmiot działalności spółki koncentruje się przede wszystkim na usługach i produktach z dziedziny sterowania ruchem kolejowym. Spółka w powyższym zakresie prowadzi działalność polegającą na produkcji urządzeń sterowania ruchem kolejowym, sprzedaży tych urządzeń, świadczeniu usług montażowo-instalacyjnych dotyczących urządzeń i systemów sterowania ruchem kolejowym oraz świadczeniu usług utrzymaniowych i gwarancyjnych dotyczących urządzeń i systemów sterowania ruchem kolejowym.

Dowód: pismo Thales z dnia 1 sierpnia 2014 r., k. 1645 akt administracyjnych.

- (11) Qumak jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 19455. Wiodącą działalnością Spółki jest działalność związana z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki, a także działalność w budownictwie w zakresie wykonywania zaawansowanych technicznie instalacji. Spółka nie prowadzi działalności w zakresie produkcji, sprzedaży, czy utrzymania produktów sterowania ruchem kolejowym. W czasie trwania Przetargu spółka występowała pod firmą Qumak-Sekom S.A. Zgodnie z informacjami zawartymi w danych z Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 24.01.2013 dokonano wpisu do tego rejestru nr 34 polegającego na wykreśleniu w dziale 1 rubryce 1 firmy: Qumak-Sekom Spółka Akcyjna i wpisaniu na to miejsce firmy: Qumak Spółka Akcyjna. Jednocześnie jak wynikało ze strony internetowej spółki: „W wyniku

opracowanej i przyjętej w 2012 roku strategii rozwoju firma odświeżyła swój brand: skracając nazwę i przyjmując nowy logotyp” (<http://www.qumak.pl/firma.html>).

Dowód: pismo Qumak z dnia 4 sierpnia 2014 r., k.2659v. akt administracyjnych.

II. Urządzenia i systemy sterowania ruchem kolejowym

- (12) 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.
- (13) 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.
- (14) 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 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.

- (15) 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).
- (16) Zgodnie z Dyrektywą 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w *sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie* (Dz. U. UE z 2008 r. nr L 191, s. 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.
- (17) 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 **świadectwa 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.

- (18) 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.
- (19) 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.
- (20) 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 Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej jako także jako: Bombardier), Thales oraz Kombud S.A. 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.
- (21) W zakresie zapotrzebowania na systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym największymi odbiorcami są zarządcy infrastruktury kolejowej i metra warszawskiego.

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.

W zakresie infrastruktury kolejowej, dominuje PKP PLK, 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 odbiorcy z tej grupy to Kopalnia Węgla Bogdanka, Elektrownia Bełchatów, Elektrownia Kozienice.

- (22) 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., 2681 i n.; pismo KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z dnia 8 sierpnia 2014 r., k. 2719 i n.; pismo Zakładów Automatyki „Kombud” S.A. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 2723 i n.; pismo Thales z dnia 1 sierpnia 2014 r., k. 819-832; pismo Instytutu Kolejnictwa z dnia 8 października 2014 r., k. 2879; pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 20 października 2014 r., k. 2900.

III. Przebieg 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” i okoliczności udziału w tym przetargu spółek Thales i Qumak

- (23) Dnia 28 września 2011 r. PKP PLK ogłosiło 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”. Przedmiotem

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

tego postępowania były wyłącznie urządzenia i systemy 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.

- (24) Przed upływem terminu złożenia ofert w Przetargu, doszło do zainicjowania współpracy pomiędzy Thales – przedsiębiorcą działającym na rynku sterowania ruchem kolejowym – i Qumak, który dotychczas nie prowadził działalności na rynku sterowania ruchem kolejowym. Udział Qumak w Przetargu był próbą wejścia na ten rynek.

Dowód: pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k. 528 akt administracyjnych.

- (25) Thales i Qumak podjęli współpracę w ramach Przetargu z uwagi na uprzednie kontakty Qumak z grupą kapitałową, do której należy również Thales Polska sp. z o.o. na rozumianym szeroko rynku automatyki np. w zakresie systemów *instrument landing system* dla lotnisk. Podczas dwustronnych spotkań przedstawicieli Thales i Qumak, które miały miejsce na przełomie października i listopada 2011 r., ustalono, że Thales przygotowuje dla Qumak kompleksową ofertę podwykonawczą, która pozwoli Qumak wziąć udział w Przetargu.

Dowód: pismo Thales z dnia 23 lipca 2014 r., k. 241 akt administracyjnych, pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k. 528 akt administracyjnych oraz pismo Qumak z dnia 1 grudnia 2014 r., k. 2972v.

- (26) W toku negocjacji dotyczących współpracy przedsiębiorców w zakresie przygotowania oferty podwykonawczej, Thales poinformował Qumak, że będzie również składał oddzielną ofertę w Przetargu jako wykonawca (Thales wystąpił w Przetargu jako członek konsorcjum z Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech oraz Trakce a.s. z siedzibą w Czechach, dalej jako: Konsorcjum Thales).

Dowód: protokół z przesłuchania prezesa zarządu Thales w prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie postępowaniu przygotowawczym pod sygn. akt: VI Ds. 167/12, k. 1490 akt administracyjnych, protokół z rozprawy administracyjnej – zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy, k. 2933 akt administracyjnych.

(27) Przygotowaną przez Thales ofertę podwykonawczą nr DH-U11/11076 przedsiębiorca ten przekazał Qumak podczas spotkania, które odbyło się w siedzibie spółki Thales dnia 25 listopada 2011 r.

Dowód: pismo Thales z dnia 23 lipca 2012 r., k. 241 akt administracyjnych.

(28) W przygotowanej ofercie podwykonawczej Thales wycenił wszystkie elementy podsumowania ogólnego Rozbicia Ceny Ofertowej. Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiło jeden z elementów wzorcowej oferty przygotowanej przez zamawiającego, w którym zamawiający wymienił 125 pozycji, które miały zostać wykonane w ramach Przetargu. Suma tych pozycji stanowiła całość prac, które ten przetarg obejmował. Thales wycenił wartość zaoferowanego podwykonawstwa na łączną kwotę 380 146 648,68 złotych brutto.

Dowód: Oferta podwykonawcza Thales nr DH-U11/11076, k. 261 akt administracyjnych; Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiące załącznik do oferty Thales złożonej w Przetargu (k. 1137 i n. akt administracyjnych).

(29) W razie zwycięstwa w przetargu Qumak, spółka Thales działając jako podwykonawca, miałby uczestniczyć w fazie projektowania zadania, następnie miałby dostarczyć systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym, zainstalować te systemy i urządzenia, zintegrować je oraz serwisować. Natomiast Qumak jako główny wykonawca miałby sfinansować realizację projektu, udzielić niezbędnych zabezpieczeń dla zamawiającego, w szczególności gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, ubezpieczyć kontrakt, zarządzać projektem, organizować dostawy i pozyskiwać podwykonawców, sprawować nadzór i koordynować realizację prac, pozyskiwanie niezbędnych pozwoleń, zabezpieczenie placu budowy.

Dowód: pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k. 528v akt administracyjnych, pismo Qumak z 19 listopada 2012 r., k. 571v akt administracyjnych.

(30) Termin składania ofert przez podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia upłynął 28 listopada 2011 r. o godz. 12:00. Otwarcie ofert nastąpiło tego samego dnia.

Do zamawiającego wpłynęły cztery oferty:

- a. Konsorcjum Thales z zaproponowaną ceną 316 725 000 zł brutto;
- b. konsorcjum w składzie Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu (pełnomocnik) oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej jako Konsorcjum Kombud) z zaproponowaną ceną 392 993 838,78 zł brutto;

- c. Qumak-Sekom S.A. (obecnie Qumak S.A.) z zaproponowaną ceną 409 599 417,26 zł brutto;
- d. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z zaproponowaną ceną 460 881 000 zł brutto.

(31) Oferty złożone przez Konsorcjum Thales i Qumak były tożsame w zakresie:

- a. wykazu osób, które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie (załącznik nr 5 w ofercie Thales k. 1121 – 1126 akt administracyjnych oraz załącznik nr 21 w ofercie Qumak k. 1245 – 1247 akt administracyjnych),
- b. wykazu wykonanych przez wykonawcę zamówień w ciągu ostatnich 5 lat (załącznik nr 6 do oferty Thales k. 873 akt administracyjnych oraz załącznik nr 19 do oferty Qumak k. 1235 – 1236 akt administracyjnych)
- c. wykazu urzędzeń, służących do wykonania zamówienia (załącznik nr 12 do oferty Thales k. 954 – 956 akt administracyjnych oraz załącznik nr 13 do oferty Qumak k. 1191 – 1194 akt administracyjnych)

(32) Powyższa zbieżność w ofertach wynikała z faktu, że Thales przygotował dla Qumak komplet dokumentów, który posłużył do skonstruowania oferty Qumak. Jednocześnie ta zbieżność ofert wynikała nie tylko z przedstawionej przez Thales kompleksowej oferty podwykonawczej oraz udostępnienia Qumak potencjału przez Thales, ale także z tożsamości podmiotów trzecich udostępniających – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej jako: p.z.p.) – potencjał obu tym przedsiębiorcom. Thales pośredniczył bowiem w pozyskaniu dla Qumak kontrahenta – KZA Zielonka Invest sp. z o.o., który udostępnił w zbliżonym zakresie potencjał Thales (osoby i doświadczenie), jak i Qumak (osoby, doświadczenie oraz urządzenia). Ponadto KZA Zielonka Invest sp. z o.o. miała zostać podwykonawcą zarówno w razie wygranej Konsorcjum Thales jak i Qumak. Na późniejszym etapie Przetargu Thales pośredniczył także w pozyskaniu dla Qumak potencjału od jednego z członków Konsorcjum Thales – spółki Trakce a.c. – szczegóły zostały opisane w pkt. (34) poniżej.

Dowód: zobowiązania KZA Zielonka Invest sp. z o.o. do udostępnienia potencjału Thales, k. 1127, 1287 akt administracyjnych; zobowiązania KZA Zielonka Invest sp. z o.o. do udostępnienia potencjału Qumak, k. 1249, 1333 akt administracyjnych; pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k. 529 akt administracyjnych.

(33) Zbieżność w treści ofert była również przyczyną tożsamyh błędów w tych ofertach. W aspekcie powyższego wskazać należy, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia PKP PLK wymagało wykazania przez przedsiębiorców przystępujących do Przetargu wykonania urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. Zarówno Konsorcjum Thales jak i Qumak na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku przedłożyli dokumenty potwierdzające zaprojektowanie i wykonanie przez Thales urządzeń sygnalizacji przejazdowej dla Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu (Qumak w tym zakresie korzystał z udostępnionego przez Thales doświadczenia).

(34) W toku postępowania zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Thales i Qumak w pismach z dnia 8 lutego 2012 r. o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi obydwie spółki sprostowały przedmiotowy błąd w tożsamy sposób, oświadczając, że faktycznie w ramach tego zadania nie była realizowana zabudowa urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej tylko urządzeń sygnalizacji przejazdowej. Jednocześnie przedsiębiorcy ci przedłożyli nowe wykazy wykonanych robót, w których obaj w ramach udokumentowania doświadczenia wskazali na wybudowanie urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej przez Trakce a.s. (konsorcjanta Thales, który jednocześnie udostępnił w tym zakresie potencjał Qumak) oraz przez KZA Zielonka Invest sp. z o.o. (udostępniającego w tym zakresie potencjał Konsorcjum Thales i Qumak). Dodatkowo w swoich wyjaśnieniach Qumak załączył poprawioną kopię wykazu wykonanych zamówień, która została podpisana przez pełnomocnika Konsorcjum Thales i poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Qumak (k. 1330 – 1332 akt administracyjnych).

Dowód: pismo PKP PLK do Konsorcjum Thales z dnia 8 lutego 2012 r., k. 1281 akt administracyjnych, pismo Konsorcjum Thales do PKP PLK z dnia 12 lutego 2012 r. wraz z załącznikami k. 1282 i n., pismo PKP PLK do Qumak z dnia 8 lutego 2012 r., k. 1324 akt administracyjnych, pismo Qumak do PKP PLK z dnia 13 lutego 2012 r. wraz z załącznikami k. 1325 i n.

(35) Ponadto zarówno Konsorcjum Thales jak i Qumak nie załączyły do swoich ofert Harmonogramu Prac Projektowych oraz propozycji tych wykonawców w zakresie Centrum Utrzymania i Diagnostyki oraz Systemu Utrzymania i Diagnostyki. W powyższym zakresie zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 r. zwrócił się do przedsiębiorców o wyjaśnienie tych braków. W odpowiedzi zarówno Konsorcjum Thales jak i Qumak, przedstawiły takie same wyjaśnienia wskazując, że nie załączyły oddzielnego harmonogramu bowiem zaakceptowały harmonogram przedstawiony przez zamawiającego, natomiast w zakresie

Centrum Utrzymania i Diagnostyki oraz Systemu Utrzymania i Diagnostyki wyjaśniły, że oferta w powyższym zakresie została wyszczególniona w Rozbiciu Ceny Ofertowej oraz poprzez zaakceptowanie wymagań zamawiającego. Argumentacja Konsorcjum Thales i Qumak w powyższym zakresie była tożsama ponieważ Thales miał przygotować spółce Qumak merytorycznie dokumenty niezbędne do złożenia oferty. W związku z tym po otrzymaniu od PKP PLK wezwania do złożenia wyjaśnień Qumak zwrócił się z prośbą do Thales o informacje, a następnie zostały one wykorzystane przez Qumak przy udzielaniu odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Dowód: pismo PKP PLK do Konsorcjum Thales z dnia 22 lutego 2012 r., k. 1390 i 1391 akt administracyjnych, pismo Konsorcjum Thales do PKP PLK z dnia 27 lutego 2012 r. k. 1392 - 1396., pismo PKP PLK do Qumak z dnia 22 lutego 2012 r., k. 1417 i 1418 akt administracyjnych, pismo Qumak do PKP PLK z dnia 24 lutego 2012 r. k. 1419 – 1423; pismo Qumak z dnia 19 listopada 2012 r., k. 272 akt 572v akt administracyjnych.

- (36) Pismem z 14 lutego 2012 r. zamawiający – PKP PLK – zwrócił się do oferentów o przedłużenie związania ofertą i ważności wadium o kolejne 60 dni. W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiającego zarówno Konsorcjum Thales jak i Qumak wyrazili zgodę na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium.

Dowód: pisma PKP PLK z dnia 14 lutego 2012 r. do Thales i Qumak (k. 2956 i 2958 akt administracyjnych); pismo Thales z dnia 22 lutego 2012 r. do PKP PLK, k. 2957 akt administracyjnych pismo Qumak z dnia 22 lutego 2012 r. do PKP PLK, k. 2959 i n. akt administracyjnych).

- (37) Dnia 27 lutego 2012 r., komisja przetargowa powołana do przeprowadzenia Przetargu zatwierdziła wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Następnie pismem z 2 marca 2012 r., zamawiający zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty. Pisma w tej sprawie tego samego dnia zostały przesłane oferentom, również pocztą elektroniczną i faksem. Qumak i Konsorcjum Thales potwierdzili, za pomocą poczty elektronicznej, odebranie zawiadomień 2 marca 2012 r. Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena brutto. Zgodnie z rozstrzygnięciem pierwsze miejsce zajęło Konsorcjum Thales, drugie miejsce zajęło Konsorcjum Kombud, trzecie miejsce zajęła spółka Qumak, natomiast Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 marca 2012 r., k. 1456 – 1458 akt administracyjnych.

(38) Od rozstrzygnięcia zamawiającego odwołało się konsorcjum Kombud wskazując przede wszystkim na brak podstaw do zaakceptowania przez PKP PLK poprawionych przez Konsorcjum Thales i Qumak omyłek w zakresie 5 przejazdów kolejowych i w konsekwencji odrzucenie ofert tych wykonawców. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosił zarówno Konsorcjum Thales, jak i Qumak. Na skutek wnioskowanego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 478/12) nakazała zamawiającemu odrzucić oferty Thales i Qumak oraz powtórzyć czynność badania ofert nie podlegających odrzuceniu. Od powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, na wniosek Thales, skargę do Sądu Okręgowego wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Po rozpoznaniu sprawy, Sąd w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum Kombud. W toku wyżej opisanego postępowania odwoławczego nie był podnoszony zarzut naruszenia art. 82 p.z.p., zgodnie z którym każdy z wykonawców może złożyć tylko jedną ofertę.

(39) Zwycięskie Konsorcjum Thales podpisało umowę z zamawiającym.

IV. Stanowisko Thales

(40) Thales zaprzeczył zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia z Qumak.

(41) W pierwszej kolejności Thales podniósł zarzut formalny wskazując, że postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z naruszeniem art. 93 u.o.k.k., zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok. Z kolei w opinii spółki zakazem objętym dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. objęte są uzgodnienia warunków składanych ofert ustalone przed przystąpieniem przetargu. Mając powyższe na uwadze, zdaniem Thales, do zaniechania stosowania zarzucanej praktyki doszłoby w momencie upływu terminu składania ofert, tj. 28 listopada 2011 r. W związku z powyższym spółka podniosła zarzut przedawnienia wszczęcia postępowania.

Dowód: pismo Thales z dnia 10 stycznia 2014 r., k.1522 akt administracyjnych.

(42) Jednocześnie, w razie nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK powyższego argumentu jako przeszkody proceduralnej dla prowadzenia postępowania Thales wskazał, że podjęte przez niego działania w ramach Przetargu były zgodne z prawem. W uzasadnieniu swojego stanowiska Thales wyjaśnił, że sytuacja, w której ten sam podmiot występuje jednocześnie

jako wykonawca składający swoją ofertę oraz jako podwykonawca udostępniający swój potencjał na rzecz innego wykonawcy jest dopuszczalna i zgodna z prawem. W opinii spółki w świetle przepisów p.z.p. oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie ma żadnych ograniczeń w tym zakresie. Jednocześnie spółka wskazała, że dla powyższej oceny dopuszczalności występowania jednego podmiotu w roli wykonawcy i zarazem podwykonawcy u innego oferenta nie może mieć znaczenia okoliczność dotycząca znacznego zakresu podwykonawstwa. Nie można bowiem zdaniem Thales przyjąć, że takie podwykonawstwo jest dopuszczalne tylko do określonego poziomu, powyżej którego stawałoby się ono niedopuszczalne.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych.

- (43) Dodatkowo strona wyjaśniła, że gdyby Qumak przedstawiła PKP PLK ofertę, która obejmowałaby jedynie elementy z oferty podwykonawczej Thales to tak skonstruowana oferta byłaby niewystarczająca do udziału w przetargu.

Dowód: zeznania Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2916.

- (44) W opinii spółki o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia z Qumak nie może również świadczyć różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Thales spółce Qumak w ramach oferty podwykonawczej oraz ceną zaproponowaną PKP PLK przez Konsorcjum Thales. Jak bowiem zostało podkreślone realizacja zamówienia w ramach podwykonawstwa obarczona jest większym ryzykiem finansowym i tym samym generuje większe koszty w porównaniu z realizacją tego zamówienia w ramach konsorcjum.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych.

- (45) Jednocześnie Thales wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o jakimkolwiek uzgodnieniu warunków składanych przez tego przedsiębiorcę i przez Qumak ofert. Nie wskazuje na to w szczególności zdaniem spółki podobieństwo w ofertach złożonych przez Thales i Qumak. Jak spółka wyjaśniła początkowo strony postępowania prowadziły rozmowy jedynie w zakresie możliwości sprzedaży przez Thales urządzeń sterowania ruchem kolejowym, jednakże jak się okazało z uwagi na fakt, że Qumak nie miał doświadczenia w tej branży nie był on w stanie samodzielnie przygotować koncepcji realizacji Przetargu. Z uwagi na powyższe Qumak zwrócił się do Thales o kompleksowe udostępnienie mu potencjału niezbędnego do udziału w tym Przetargu. Strona wyjaśniając dlaczego pośredniczyła również w pozyskaniu dla Qumak współpracy z innymi przedsiębiorcami, którzy udostępnili Qumak potencjał wyjaśniła: „Pośredniczyliśmy w uzyskaniu przez Qumak potencjału podmiotów trzecich w zakresie, w jakim sami nie dysponowaliśmy niezbędnym potencjałem, bo Qumak do nas wystąpił o taki zakres oferty, a nie inny. Więc przygotowaliśmy im taką ofertę, na której im zależało. Sami nie

posiadaliśmy, jako Thales Polska, potencjału w danym zakresie, więc wystąpiliśmy o ten potencjał do innych firm.”.

Dowód: zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2933.

- (46) Tym samym oczywiste jest zdaniem Thales, że podobieństwa w ofertach, a następnie w składanych PKP PLK wyjaśnieniach były konsekwencją prawnie dozwolonego działania, tj. szerokiego udostępnienia potencjału spółce Qumak.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych.

- (47) Dodatkowo Thales wskazał, że zawsze gdy składa ofertę podwykonawczą w ramach przetargu publicznego, przygotowuje odpowiedzi na pytania zamawiającego dotyczące treści przygotowanej przez niego części oferty. Jednocześnie strona wyjaśniła, że dokłada wszelkich starań żeby przygotowane przez nią odpowiedzi były dopracowane, gdyż konsekwencją nie złożenia wyczerpujących, akceptowalnych przez zamawiającego wyjaśnień może być zatrzymanie wadium uczestnika przetargu. Powyższe z kolei może być podstawą roszczeń odszkodowawczych uczestnika przetargu względem Thales, jako podwykonawcy za utratę wadium na skutek nieudzielenia prawidłowych wyjaśnień.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych; zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2935.

- (48) Jednocześnie Thales wskazał, że nie utrzymywał kontaktów handlowych z Qumak, nigdy wcześniej nie konkurował z Qumak na rynku dostaw automatyki kolejowej, ani też na żadnym innym rynku krajowym czy zagranicznym. Prezes zarządu Thales wskazał, że prezes zarządu Qumak poznał na pierwszym spotkaniu w siedzibie Thales, które miało zainicjować współpracę spółek w ramach Przetargu.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych, zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2933.

- (49) Jednocześnie Thales wskazał, że przyczyną złożenia przez niego kompleksowej oferty podwykonawczej dla Qumak była chęć uniknięcia ewentualnych prób formułowania pod jego adresem zarzutów dotyczących ograniczania konkurencji. W opinii spółki nie bez znaczenia jest również, że w chwili nawiązania współpracy z Qumak, spółka ta była „obiektem działań konkurentów zmierzających do obniżenia jej wiarygodności i wyeliminowania z rynku, a nadto przedstawiciel Kombud podjął wówczas sprzeczne z prawem starania zmierzające do spowodowania odstąpienia przez Spółkę od złożenia oferty w Przetargu”. Jak dalej wyjaśniła spółka: „Kiedy doszło do spotkania z Qumak, sytuacja była dosyć dziwna i niebezpieczna, działaliśmy bardzo ostrożnie. W momencie deklaracji Qumak o chęci zafunkcjonowania na rynku kolejowym, nie wiedzieliśmy czy jest to prowokacja w postaci tego, że Qumak jako firma trzecia jest przysłana przez naszą

konkurencję. Nie wiedzieliśmy, czy przyszła tylko do nas, czy też do innych firm działających w branży SRK. I nie znaliśmy prawdziwych intencji Qumak.”.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych; zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2933.

- (50) Thales wyjaśnił również, że „Qumak nas nie informował o przyjęciu naszej oferty podwykonawczej i o zamiarze złożenia oferty w ramach przetargu L8. (...) Do momentu otwarcia ofert nie wiedzieliśmy, czy Qumak złoży ofertę. A w momencie, gdy złożył ofertę, to nie wiedzieliśmy na bazie jakiej oferty podwykonawczej złożył swoją ofertę jako wykonawca na L8, czy są tam nasze urządzenia, czy urządzenia naszej konkurencji”.

Dowód: zeznania prezesa zarządu Thales złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2934.

- (51) Ponadto przedsiębiorca zwrócił uwagę, że w jego opinii okoliczność, że Qumak miał wiedzieć o zamiarze złożenia oferty przez Thales jest pozbawiona doniosłości prawnej, bowiem informowanie o ewentualnym zamiarze uczestnictwa w określonym przetargu nie jest równoznaczne z ustalaniem warunków składanych ofert.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych.

- (52) Spółka wyjaśniła również, że podjęte przez nią działania w zakresie kompleksowego udostępniania potencjału spółce Qumak nie miały antykonkurencyjnego celu lub skutku, a wręcz przeciwnie było to działanie prokonkurencyjne miało bowiem na celu otwarcie Qumak drogi do złożenia oferty w Przetargu.

Dowód: pismo Thales z dnia 12 marca 2014 r., k. 1603 – 1611 akt administracyjnych.

V. Stanowisko Qumak

- (53) Qumak zaprzeczył zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia z Thales i wniósł o umorzenie postępowania.

- (54) Strona postępowania wyjaśniła, że nigdy wcześniej przed Przetargiem nie wykonywała samodzielnie kompleksowych zamówień w zakresie branży kolejowej, jednakże widząc rozwijający się potencjał tego rynku postanowiła podjąć próbę wejścia na ten rynek. W związku z powyższym spółka śledziła ogłoszenia pojawiające się na tym rynku, wówczas ogłoszone zostało przez PKP PLK Przetarg i Qumak mając na uwadze, że znaczna część prac mogłaby zostać wykonana samodzielnie przez tego przedsiębiorcę postanowił on ubiegać się o udzielenie tego zamówienia.

Dowód: pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k.527v akt administracyjnych.

- (55) Qumak wyjaśnił jednocześnie, że w przetargu miał zamiar wystąpić w roli tzw. integratora, tj. podmiotu, który zapewnia stronę finansową i organizacyjną wykonania

przedmiotu przetargu, zapewniając jednoczesny udział jako podwykonawców przedsiębiorców (dostawców, producentów) funkcjonujących na danym rynku.

Dowód: zeznania członka zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2924.

- (56) Przedsiębiorca podkreślił, że musiał szukać partnera działającego wcześniej na tym rynku: „działając w branży automatyki, realizując lub ubiegając się różnego typu zamówienia (np. system inteligentnego sterowania ruchem Tristar realizowany dla Gdańska, ITS Poznań, ILS Świdnik, ILS Modlin) w sposób naturalny zetknęła się z Thales Polska, gdyż podmiot ten działa na tym rynku. Zresztą w związku z tymi tematami Spółka aktualnie prowadzi różnego rodzaju negocjacje odnośnie podjęcia współpracy z Thales”. Jednocześnie przedsiębiorca ten wskazał, że sprawa Przetargu pojawiła się „niejako przy okazji” powyższej współpracy. Ponadto prezes zarządu Qumak wskazał, że pierwsze spotkanie z prezesem zarządu w siedzibie Thales dotyczące Przetargu poprzedzone było wcześniejszymi spotkaniami w trakcie konferencji. Następnie w piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. spółka uściśliła, że kontakty te nie dotyczyły Thales Polska, tylko innej spółki z grupy kapitałowej Thales, tj. Thales Air System GmbH i miały miejsce jedynie w zakresie dwóch z wskazanych przetargów: ILS Świdnik, ILS Modlin, w których udział Thales Air System GmbH polegał na udostępnianiu Qumak potencjału.

Dowód: pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k.528 akt administracyjnych, zeznania prezesa zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2918, pismo Qumak z dnia 1 grudnia 2014 r., k. 2973 akt administracyjnych.

- (57) Qumak wyjaśnił także, że: „zwrócił się do Thales o przedstawienie kompleksowej oferty podwykonawczej”, a jednocześnie wskazał, że „zwróciliśmy się do Thales ponieważ prowadziliśmy szeroką analizę tego rynku, ponieważ szeroko rozumiany rynek kolejowy wszedł w recesję. (...) Thales był otwarty na rozmowy. Pomogły kontakty Prezesa [Qumak] na różnego rodzaju konferencjach i chęć wyrażona przez Thales poszukiwania firm integracyjnych, które oferowałyby systemy automatyki kolejowej na rynku polskim”.

Dowód: zeznania członka zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2924.

- (58) Przedsiębiorca wyjaśnił również, że nie był informowany o planach Thales dotyczących ubiegania się samodzielnie lub w konsorcjum z innymi podmiotami o to zamówienie i dowiedział się o tym fakcie dopiero w momencie otwarcia ofert. Jak wskazała strona: „Nie zwracaliśmy się do Thales o informację, czy chcą wziąć udział w tym przetargu. Zakładaliśmy, że skoro poszukują integratora, to nie będą brali udziału w tym przetargu, a oprą się na integratorze. My wysłaliśmy zapytanie ofertowe i w tym sensie do kontaktu

doszło z naszej inicjatywy”. Dodatkowo spółka wskazała, że była zaskoczona, że Thales również złożył ofertę w Przetargu.

Dowód: pismo Qumak z dnia 23 lipca 2012 r., k.528 akt administracyjnych oraz pismo Qumak z dnia 19 listopada 2012 r., k. 572 akt administracyjnych, zeznania prezesa zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2919, 2920; zeznania członka zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2924, 2926.

- (59) Qumak wyjaśnił również, że zdecydował się przedłużyć związanie ofertą i ważność wadium pomimo, że miał już wiedzę, że jego konkurentem w przetargu jest Thales, bowiem do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu zawsze jest szansa na zdobycie kontraktu. Przedsiębiorca wyjaśnił przy tym, że niejednokrotnie wygrywał przetarg będąc po otwarciu ofert na miejscu drugim lub dalszym. Ponadto spółka wskazała, że koszt przedłużenia ważności wadium nie był wysoki i wynosił kilka tysięcy złotych, ponieważ był to faktycznie koszt przedłużenia gwarancji bankowej.

Dowód: zeznania członka zarządu Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2922.

- (60) Odnosząc się do argumentów Thales, w których przedsiębiorca ten wskazywał na obawy związane z podjęciem współpracy z Qumak z uwagi na działania innych uczestników rynku systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, Qumak wskazał: „dla mnie jest to nielogiczne, że ktoś kto szuka integratora, następnie traktuje go jako szpiega konkurencji”.

Dowód: zeznania Qumak złożone w toku rozprawy administracyjnej, k. 2926.

- (61) Qumak wskazał ponadto, że zgodnie z „Regulaminem Zarządu Qumak-Sekom Spółka Akcyjna”, o treści obowiązującej m.in. w latach 2011-2012 zawarcie porozumienia zarzucanego w niniejszym postępowaniu wymagałoby omówienia tej sprawy na posiedzeniu zarządu oraz stosowanej uchwały. Takie czynności jednakże nie zostały przez przedstawicieli spółki podjęte.

Dowód: pismo Qumak z dnia 21 stycznia 2014 r., k. 1574 akt administracyjnych.

**W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes UOKiK zważył,
co następuje**

I. Interes publiczny

- (62) Podstawą zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisów u.o.k.k. jest uprzednie stwierdzenie, że w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k. Zgodnie z tym przepisem ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa ta należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.
- (63) Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Organ ochrony konkurencji 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.
- (64) 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. Przepisy u.o.k.k. chronią zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego⁴. Dobrem chronionym na podstawie przepisów u.o.k.k. jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym.
- (65) Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych. 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

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

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

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. Zmowy przetargowe mogą powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”⁵.

(66) W związku z powyższym w niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa UOKiK, istnieją podstawy do przeprowadzenia analizy działań Thales i Qumak w świetle przepisów u.o.k.k.

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 u.o.k.k. 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 u.o.k.k., zarówno rzeczy, jak i energię, papiery 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 u.o.k.k. 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

⁵ Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, www.uokik.gov.pl.

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 doszło do zawarcia stwierdzonego w pkt I sentencji niniejszej decyzji porozumienia, jest w niniejszej sprawie krajowy rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Jednocześnie jest to również rynek, na którym doszło do ograniczenia konkurencji. W uzasadnieniu należy przedstawić następujące argumenty.

II.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

(71) Prezes UOKiK uznał, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym zawarto porozumienie, a także 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 UOKiK, od strony podażowej, 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 zobowiązany 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 UOKiK w niniejszej decyzji doprecyzował określenie rynku właściwego w ujęciu produktowym, 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 wchodzi 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 zmowy 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 UOKiK 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 UOKiK uznał za zasadne by w wymiarze produktowym rynek właściwy, na którym zawarto porozumienie, a także rynek właściwy, na którym doszło do ograniczenia konkurencji, określić jako rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

II.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

- (79) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes UOKiK doszedł do przekonania, że zarówno rynek, na którym zawarto porozumienie, jak i rynek, na który porozumienie oddziałuje, mają wymiar krajowy.
- (80) W ocenie Prezesa UOKiK za krajowym wymiarem tych rynków 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 konkurowania.
- (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. 2698.

- (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 zawiązku 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, 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 UOKiK w przedmiocie istnienia barier wejścia na rynek dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

- (84) Mając powyższe na względzie w niniejszej sprawie Prezes UOKiK 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**.

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

(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.**

II.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 u.o.k.k., 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. Porozumienie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie podlega również wyłączeniu na podstawie żadnego z rozporządzeń wydanych przez Radę Ministrów na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k. Udział w rynku właściwym stron postępowania i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

III. Naruszenie art. 6 u.o.k.k.

(87) Zdaniem Prezesa UOKiK ustalone okoliczności niniejszej sprawy wskazują na to, że w zakresie określonym w sentencji decyzji doszło do zawarcia pomiędzy Thales i Qumak antykonkurencyjnego porozumienia w rozumieniu przepisów u.o.k.k.

(88) W celu ustalenia, czy przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, Prezes UOKiK ustala następujące przesłanki:

- zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,
- antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- niepodleganie porozumienia wyłączeniu spod zakazu.

III.1. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

III.1.a. Definicja porozumienia

(89) Przepisy u.o.k.k. przewidują trzy różne formy, jakie może przybrać zakazane przez prawo konkurencji porozumienie. Stosownie do art. 4 pkt 5 u.o.k.k., przez porozumienie rozumie się:

- a. umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
- b. uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;
- c. uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

(90) Wobec powyższego należy wskazać, że powołany przepis ustanawia bardzo obszerną definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy przy tym podkreślić, że porozumienie w znaczeniu u.o.k.k. jest pojęciem szerszym niż umowa, jak bowiem wskazał SOKiK: „definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji”⁷. Należy również odwołać się do orzecznictwa unijnego, w którym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób”⁸. Zatem kluczową kwestią jest ustalenie zgodności woli pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Forma jaką ta zgodność woli przybierze jest nieistotna, tak długo jak stanowi wyraz intencji stron⁹.

(91) W niniejszej sprawie, w opinii Prezesa UOKiK, spółki zawarły porozumienie poprzez uzgodnienie warunków ich udziału w Przetargu, w konsekwencji którego Thales faktycznie dwukrotnie złożył ofertę – jako członek Konsorcjum oraz jako kompleksowy podwykonawca Qumak. Przedsiębiorcy ci wiedzieli, że w ramach Przetargu będą występować jako konkurenci, a mimo to zdecydowali się na podjęcie daleko idącej współpracy jako kontrahenci. W tym zakresie na uzgodniony charakter działania stron wskazuje zachowanie Qumak, który miał świadomość, że w Przetargu z konkurencyjną ofertą weźmie udział jego kompleksowy podwykonawca, bez udziału którego nie byłby on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że za uzgodnienie

⁷ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09.

⁸ Wyrok Sądu w sprawie T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji*, wyrok Sądu w sprawie T-305/94 *NV Limburgse Wijnl Maatschappij przeciwko Komisji*.

⁹ Wyrok Sądu z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji*.

uznać należy wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów¹⁰. W niniejszej sprawie strony porozumienia w ramach Przetargu świadome współdziałały i poprzez koordynację swoich zachowań ograniczyły niepewność co do warunków ich udziału w Przetargu.

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

- (92) Postępowanie antymonopolowe może być wszczęte wyłącznie w stosunku do podmiotu posiadającego status przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców. To do tych uczestników rynku skierowany jest bowiem zawarty w u.o.k.k. zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję.
- (93) Przepis art. 4 pkt 1 u.o.k.k. stanowi, że przedsiębiorcą w rozumieniu ww. ustawy jest m.in. przedsiębiorca 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.). Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 w związku z art. 2 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 tymi 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.
- (94) W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że obie strony przedmiotowego postępowania posiadają przymiot przedsiębiorcy. Zarówno Thales, jak i Qumak są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w formie kapitałowych spółek prawa handlowego, wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego. W świetle powyższego należy stwierdzić, że strony przedmiotowego postępowania spełniają przesłanki konieczne do uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu przepisów u.o.k.k.
- (95) Prezes UOKiK zdecydował się wszcząć postępowanie przeciwko spółce Thales, a nie również przeciwko występującym z nią w Przetargu dwóm innym przedsiębiorcom.

¹⁰ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 44.

W opinii organu ochrony konkurencji, objęcie pozostałych konsorcjantów zarzutem nie znajdowało uzasadnienia. Należy bowiem wskazać, że to działania Thales doprowadziły do kwestionowanego zachowania polegającego w istocie na złożeniu przez niego dwóch ofert w jednym przetargu. To właśnie Thales opracował treść oferty, która była bazą oferty złożonej przez Qumak. Natomiast Prezes UOKiK nie znalazł podstaw wskazujących na udział w porozumieniu pozostałych członków Konsorcjum Thales.

III.1.c. Charakter porozumień

- (96) 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 u.o.k.k. oraz na wysokość nakładanej na uczestników porozumienia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.
- (97) W niniejszej sprawie Prezes UOKiK doszedł do przekonania, że Thales i Qumak są stronami porozumienia o charakterze horyzontalnym. Należy bowiem wskazać, że przedsiębiorcy ci działają na tym samym szczeblu obrotu – jako dostawcy towarów dla zamawiającego.

III.2. Antykonkurencyjny cel zawartego porozumienia

- (98) Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.k. przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.
- (99) W niniejszej sprawie w opinii Prezesa UOKiK celem porozumienia było naruszenie konkurencji w ramach Przetargu. W sprawie mamy bowiem do czynienia z działaniem stron polegającym na nieuzasadnionym złożeniu dwóch ofert przez jednego wykonawcę – spółkę Thales – raz w ramach konsorcjum, a raz jako kompleksowego podwykonawcy Qumak. Uznać więc należy, że podjęte przez strony działania zmierzały do zakłócenia konkurencji w Przetargu, poprzez zniekształcenie informacji na temat rzeczywiście konkurujących wykonawców. W konsekwencji zidentyfikowane zachowanie wzmocniło pozycję Thales, nieuczciwie podwajając w stosunku do innych uczestników Przetargu szansę tego przedsiębiorcy na realizację zamówienia i ograniczyło uprawnienie zamawiającego do wyboru zwycięskiej oferty spośród ofert rzeczywiście konkurujących.
- (100) Nie jest przy tym istotne czy opisany powyżej cel porozumienia został przez strony osiągnięty, tj. czy w związku z działaniem stron faktycznie doszło do naruszenia konkurencji, czyli czy został przez strony porozumienia osiągnięty antykonkurencyjny skutek porozumienia. W krajowym i unijnym orzecznictwie podkreśla się bowiem, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie, wystarczające jest spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia lub antykonkurencyjnego skutku porozumienia. Należy przy tym wskazać, że zmowy przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot)¹¹, naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu¹².
- (101) Wobec powyższego należy uznać, że został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., bowiem działania stron porozumienia miały na celu naruszenie konkurencji w Przetargu.

¹¹ Por. D. Miąsik, Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, EPS nr 2009/8, s. 53.

¹² Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

III.3. Zmowa przetargowa

- (102) W opinii Prezesa UOKiK opisane w niniejszej decyzji działania stron postępowania noszą znamiona zakazanej na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. z umowy przetargowej. Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.
- (103) Zdaniem Prezesa UOKiK zarzucane stronom niniejszego postępowania porozumienie polegało na zapewnieniu sobie przez Thales faktycznego podwójnego uczestnictwa w ramach Przetargu. Strony uzgodniły, że Qumak złoży ofertę faktycznie przygotowaną przez Thales, a tym samym porozumienie miało efekt tożsamy z sytuacją gdyby Thales złożył dwukrotnie swoją ofertę – raz jako członek konsorcjum i raz jako kompleksowy podwykonawca Qumak.
- (104) Przyjęte przez strony uzgodnienie powodowało, że w razie wygrania Przetargu przez Qumak to Thales w istocie miałby wykonać niemalże całe przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z dokonanymi w toku postępowania ustaleniami Thales w razie wygranej Qumak miałby zaprojektować i dostarczyć systemy i urządzenia sterowania ruchem kolejowym, zainstalować te systemy i urządzenia, zintegrować je oraz serwisować. Natomiast rola Qumak miała ograniczyć się do działań organizacyjnych, takich jak finansowanie, ubezpieczenie inwestycji, zarządzanie projektem, koordynacja realizacji prac oraz nadzór. Podkreślić przy tym należy, że podwykonawcza oferta złożona przez Thales obejmowała wszystkie wskazane przez zamawiającego elementy, które miały zostać wykonane w ramach realizacji przedmiotu przetargu. Dodatkowo wskazać należy, że działania Thales nie ograniczyły się do przedstawienia Qumak oferty podwykonawczej w zakresie elementów, które Thales mógł zapewnić we własnym zakresie, ale Thales także aktywnie poszukiwał podmiotów, które udostępniły Qumak potencjał, tak aby Qumak mógł spełnić warunki udziału w przetargu. W opinii Prezesa UOKiK powyższe okoliczności świadczą o faktycznym przygotowaniu oferty Qumak przez Thales. Uznać więc należy, że udział Qumak w przetargu był jedynie pozorny i służył w istocie jako instrument do dwukrotnego złożenia oferty przez Thales.
- (105) Wskazać należy, że porozumienie skutkujące złożeniem faktycznie dwóch ofert przez jeden podmiot w tym samym przetargu niewątpliwie ma negatywny wpływ na konkurencję. Podwaja to bowiem szanse takiego podmiotu na zwycięstwo, nieuczciwie osłabiając przy

tym pozycję jego konkurentów. W opinii Prezesa UOKiK nie ma wątpliwości, że takie działanie zniekształca konkurencję w ramach danego przetargu, bowiem łagodzi presję konkurencyjną pomiędzy ofertami, w które zaangażowany jest przedsiębiorca, który dwukrotnie złożył ofertę.

- (106) Ustanowione w p.z.p. reguły konkurencji w publicznych postępowaniach przetargowych przewidują, że wykonawca w danym przetargu może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 p.z.p.). Ustawodawca dostrzegł tym samym, że w konkurencji o rynek, jaką jest przetarg, zapewnienie równych szans rywalizacji przedsiębiorcom wymaga, by każdy z nich miał tyle samo szans na wygranie przetargu. Możliwość złożenia tylko jednej oferty daje na starcie procedury przetargowej równe szanse wygrania danego przetargu przez każdego z wykonawców i zapobiega sztucznej przewadze wykonawców, którzy złożą więcej niż jedną ofertę. Zachowana w takiej sytuacji jest swoista równość broni nie dająca niezasadnej przewagi żadnemu z wykonawców. Dopuszczenie sytuacji, w której możliwe byłoby złożenie przez wybranych wykonawców więcej niż jednej oferty niweczy uczciwy i równy dostęp do przetargu. W niniejszej sprawie zachowanie Qumak i Thales zmierzało do obejścia wskazanej reguły przewidzianej w przepisach p.z.p. – Thales zyskał bowiem możliwość (szansę) wygrania przetargu jako członek konsorcjum, a w razie wygrania przetargu przez Qumak – wykonania jego przedmiotu jako kompleksowy podwykonawca.
- (107) Jednocześnie należy odnieść się do argumentów stron, że podwykonawstwo jest instytucją dozwoloną na podstawie przepisów ustawy p.z.p., która to ustawa nie wyznacza zakresu, dopuszczalności podwykonawstwa, w tym niezabrania tzw. kompleksowego podwykonawstwa. Mając na uwadze powyższy argument należy podkreślić, że sam fakt, że podwykonawstwo (ewentualnie na wcześniejszym etapie udostępnianie potencjału) jako forma współpracy przedsiębiorców w ramach procedury zamówień publicznych jest dopuszczalne, nie wyłącza możliwości jego oceny w świetle zgodności z przepisami u.o.k.k. W tym zakresie można się powołać na analogiczną argumentację dotyczącą konsorcjów, tworzenie których również jest dopuszczalne na podstawie przepisów ustawy p.z.p., co jednak nie niweczy możliwości stwierdzenia, że dane konsorcjum jest przejawem zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, w sytuacji w której utworzono je bez obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając ofertę wspólną¹³. Wskazać przy tym należy, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień ma na celu przeciwdziałanie każdemu sztucznemu, tj. wywołanemu czynnikami pozarynkowymi, wpływowi na konkurencję,

¹³ Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 r., nr RLU-38/2012.

także temu, który subiektywnie wydaje się sprzyjać konkurencji¹⁴. Dokonując oceny podwykonawstwa w niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że zachodzą w niej specyficzne okoliczności, ponieważ kompleksowy podwykonawca – Thales – wystąpił w przetargu również z własną, odrębną, ofertą i tym samym był nie tylko kontrahentem, ale równocześnie konkurentem podmiotu, na rzecz którego miały być świadczone usługi podwykonawcze. Takie wykorzystanie podwykonawstwa, które co do zasady powinno mieć prokonkurencyjny wpływ, należy uznać za jego nieuprawnione nadużycie.

(108) Należy przy tym wskazać, że w opinii Prezesa UOKiK współpraca Thales z Qumak w ramach przetargu była zdecydowanie dalej posunięta niż tylko zapewnienie oferty podwykonawczej. Współpraca ta obejmowała bowiem opracowanie przez Thales znacznej części oferty dla swojego konkurenta, którą ten konkurent następnie przedstawił zamawiającemu (po dodaniu swojej marży). Jak wynika z materiału dowodowego, Qumak nie opracował dokumentów składających się na trzon jego oferty. W tym zakresie bazował on na materiałach przygotowanych przez Thales. Teza ta uzasadniona jest przede wszystkim znacznym podobieństwem złożonych ofert. Na powyższe wskazują również zeznania **[informacja utajniona]** byłego pracownika Qumak, zatrudnionego wówczas na stanowisku dyrektora handlowego, który wskazał, że: „składając ofertę w przetargu bazowaliśmy na referencjach Thales, więc przełożyliśmy je jeden do jednego, aby nic nie pominąć” (k. 2909 akt administracyjnych). Na powyższe wskazuje również działanie Qumak w sytuacjach, gdy zamawiający zwracał się do niego o wyjaśnienie wątpliwości co do treści jego oferty. W takich sytuacjach Qumak zwracał się do Thales, ponieważ samodzielnie nie był w stanie udzielić PKP PLK odpowiedzi, gdyż problematyczne elementy oferty zostały faktycznie przygotowane przez Thales – czyli teoretycznie konkurenta Qumak w przetargu.

(109) Z uwagi na całokształt powyższych okoliczności uznać należy, że poprzez kwestionowane działanie strony postępowania nadużyły instytucji podwykonawstwa doprowadzając do faktycznego dwukrotnego złożenia oferty przez Thales. W istocie zasadnicze elementy oferty Qumak zostały opracowane i przygotowane przez jego konkurenta, tj. Thales. Zgodnie natomiast z orzecznictwem takie działanie jest nieuprawnione, bowiem każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki

¹⁴ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2010 r., s. 376.

własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu¹⁵.

(110) Jednocześnie Prezes UOKiK na podstawie całokształtu okoliczności sprawy ustalił, że Qumak wiedział, o tym że Thales również będzie brał udział w Przetargu. Na powyższe wskazują zeznania prezesa zarządu Thales, zgodnie z którymi informował on Qumak o zamiarze wystąpienia Thales w przedmiotowym przetargu, złożone zarówno w toku rozprawy administracyjnej, jak i śledztwa prowadzonego przez prokuraturę. Jednocześnie za faktem, że Qumak powinien wiedzieć o zamiarze Thales świadczy sytuacja panująca na rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, na którym działa niewielu producentów tych urządzeń. Ponadto 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. Jednocześnie jak wskazał prezes zarządu Qumak: „z praktyki gospodarczej można się domyślać kto będzie brał udział w danym zamówieniu. Przy przetargach o dużych wymogach technicznych lub finansowych można przewidzieć grono oferentów. Do końca nigdy nie wiadomo ale można się domyślać.” (k. 2920 akt administracyjnych). Dlatego też za nieprzekonujące należy uznać wyjaśnienia Qumak złożone w toku postępowania wyjaśniającego, że nie miał wiedzy o jednoczesnym występowaniu Thales z oddzielną ofertą w ramach stworzonego Konsorcjum.

(111) Podjęcie przez Qumak decyzji o przystąpieniu do przetargu w sytuacji, w której miał on wiedzę, że jego kompleksowy podwykonawca również będzie startował w tym samym przetargu nie da się uzasadnić inaczej niż zawarciem z Thales umowy przetargowej. W niniejszej sprawie przy dokonaniu przeciwnego założenia należałoby przyjąć, że Qumak mimo, że wiedział, że jego potencjalny kontrahent będzie także jego konkurentem oczekiwał, że uzyska korzystniejszą ofertę podwykonawczą od oferty składanej bezpośrednio przez Thales w ramach przetargu. Nie do przyjęcia jest teza, że Qumak wiedząc o kontrofercie Thales, zdecydowałby się złożyć swoją ofertę samodzielnie. W takiej bowiem sytuacji Qumak zaangażowałby środki i zasoby w przetarg, w którym nie miał możliwości złożyć oferty korzystniejszej od Thales. Byłoby to w opinii Prezesa UOKiK całkowicie nieuzasadnione. Należy również wskazać, na wyjaśnienia [**informacja utajniona**] – byłego pracownika Qumak zatrudnionego wówczas na stanowisku dyrektora

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010/13-14, poz. 179.

handlowego – zgodnie z którymi, w sytuacji gdy w przetargu startuje równocześnie producent, nieracjonalnym byłoby składanie oferty przez Qumak działającego w charakterze integratora; w takiej bowiem sytuacji jest znaczne ryzyko, że cena zaoferowana przez producenta byłaby o wiele niższa (k. 2910 akt administracyjnych).

(112) Jednocześnie Qumak stoi na stanowisku, że powziął wiedzę, że Thales również startuje w przetargu dopiero w chwili otwarcia ofert. Prezes UOKiK nie daje wiary temu wyjaśnieniu. W takim bowiem przypadku nie jest jasne dlaczego Qumak nie zdecydował się na wycofanie z Przetargu, gdy dysponował już wiedzą, że jego kompleksowy podwykonawca, bez udziału którego nie jest w stanie wykonać zamówienia, jest jednocześnie jego konkurentem. W szczególności, że jak zeznał **[informacja utajniona]** – członek zarządu Qumak – „byliśmy zaskoczeni tym, że Thales bezpośrednio złożył ofertę na L8. (...) Poczuliśmy się wystawieni, gdy zostały otwarte oferty.” (k. 2926 akt administracyjnych). Powyższe oznacza, że Qumak powinien utracić zaufanie do Thales, jednak zdecydował się na kontynuowanie swojego uczestnictwa w przetargu poprzez przedłużenie związania ofertą i ważności wadium pomimo, że nie wyrażenie zgody na powyższe, dałoby Qumak możliwość wycofania się z przetargu bez ponoszenia negatywnych konsekwencji.

(113) Prezes UOKiK nie dał wiary zeznaniom złożonym przez **[informacja utajniona]** – członka zarządu Qumak – zgodnie, z którymi Qumak poszukiwał również kontaktu w sprawie podjęcia ewentualnej współpracy ze spółką Bombardier. Przeczą temu wyjaśnienia Bombardiera złożone w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UOKiK, który wskazał, że Qumak nigdy nie zwracał się z prośbą o podjęcie współpracy, a o istnieniu spółki Qumak Bombardier dowiedział z zestawienia ofert sporządzonych w Przetargu (k. 2964 akt administracyjnych). Powyższy brak próby skonfrontowania oferty Thales z ewentualnymi ofertami alternatywnych dostawców, również pośrednio wskazuje na inną – niż tylko próba wejścia na nowy rynek – przyczynę podjęcia współpracy przez Qumak właśnie z Thales.

(114) Za niewiarygodnie uznać także należy wyjaśnienia Thales, że przedstawił ofertę Qumak w obawie, że w przeciwnym razie mogą mu zostać postawione zarzuty antykonkurencyjnych praktyk. W szczególności w tym kontekście dziwi zaangażowanie Thales w opracowanie całej oferty dla Qumak, w tym aktywne poszukiwanie podmiotów, które mogłyby Qumak udostępnić potencjał (KZA Zielonka Invest Sp. z o.o.). Gdyby faktycznie motywacją Thales do złożenia oferty podwykonawczej była chęć uniknięcia ewentualnych oskarżeń o stosowanie antykonkurencyjnych praktyk, to bardziej

racjonalnym byłoby złożenie oferty w jak najwęższym możliwym zakresie np. jedynie na dostawę urządzeń, które Thales może zapewnić samodzielnie.

(115) Podkreślić przy tym należy, że nie mają dla oceny niniejszej sprawy znaczenia korzyści, jakie strony zamierzały osiągnąć w efekcie podjętych działań. Możliwym jest bowiem, że podjęta współpraca pomiędzy Thales i Qumak miała w służyć jako zabezpieczenie dla spółki Thales, w razie odrzucenia jej oferty złożonej w ramach konsorcjum. Nie jest również wykluczone, że strony usiłowały wykorzystać mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert, który polega na wycofaniu się z przetargu wykonawcy z korzystniejszą ofertą, w razie gdy wykonawca będący drugą stroną porozumienia zajmie kolejne miejsce w rozstrzygnięciu. Jak jednak zostało podkreślone jest to irrelewantne z punktu widzenia oceny dokonywanej w niniejszej decyzji.

(116) Całokształt powyższych okoliczności w opinii Prezesa UOKiK wskazuje na zawarcie przez strony umowy przetargowej. W toku postępowania ustalono, że:

- a. Thales przygotował dla swojego konkurenta w Przetargu kompleksową ofertę podwykonawczą, która swym zakresem obejmowała wszystkie elementy Rozbicia Ceny Ofertowej,
- b. Thales aktywnie poszukiwał dla Qumak podmiotów trzecich, z którymi Qumak miałby podjąć współpracę,
- c. Qumak zdecydował się na przyjęcie oferty podwykonawczej od Thales mimo, że wiedział, że Thales także będzie startował w przetargu,
- d. Qumak nie poszukiwał na rynku alternatywnych ofert podwykonawczych,
- e. Qumak, gdy rzekomo dowiedział się, że jego potencjalny kontrahent jest faktycznie jego konkurentem co spowodowało, że Qumak „poczuł się wystawiony” nie zdecydował się na wycofanie z przetargu.

(117) Wobec powyższego należy wskazać, że jak twierdzi doktryna żeby stwierdzić zawarcie takiej umowy działania podejmowane przez strony muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych¹⁶, 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

¹⁶ E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 45.

istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk¹⁷. Jak zostało wskazane powyżej Prezes UOKiK nie znalazł innego obiektywnego uzasadnienia dla działania stron jak zawarcie zmowy przetargowej.

(118) Jednocześnie wskazać należy, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona zmowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zmawiających się prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie „przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania (...) lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się”¹⁸. Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej w razie uzgodnienia co do nie uczestniczenia określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum¹⁹.

(119) W niniejszej sprawie można zidentyfikować zarówno ustalenie treści oferty złożonej przez Qumak (opracowanej faktycznie przez Thales), jak i koordynację sposobu zachowania w tym przetargu. Natomiast nie było konieczne wykazanie, że strony dokonały uzgodnień dotyczących zarówno wszystkich elementów oferty złożonej przez Thales jak i Qumak. Tym samym należy uznać, że działania stron porozumienia są przejawem zawarcia zmowy przetargowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt. 7 u.o.k.k.

(120) Ponadto należy wskazać, że mimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, zdaniem Prezesa UOKiK, całkowicie uzasadnione jest, w oparciu o przedstawione powyżej okoliczności i argumenty, wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez Thales i Qumak zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

(121) W tym kontekście należy również zauważyć, że - jak podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - „wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle

¹⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 28 marca 1984r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinziink przeciwko Komisji Europejskiej 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.

¹⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 13 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 6/09.

¹⁹ Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 r., nr RLU-38/2012.

trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy”²⁰.

(122) Jednocześnie należy wskazać, że w doktrynie przyjmuje się, że w razie braku bezpośrednich dowodów na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 84 u.o.k.k. do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 *Kodeksu postępowania cywilnego*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wnioski takie można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Również w orzecznictwie wskazywano, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia (w przypadku braku dowodów bezpośrednich) może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

(123) Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezesa UOKiK, opisane w niniejszej decyzji okoliczności świadczą o tym, że Thales i Qumak złożyli oferty w Przetargu działając w ramach porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

III.4. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

(124) W niniejszej sprawie doszło do zawarcia przez Thales i Qumak porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Jednocześnie wskazać należy, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma charakteru bezwzględny. Przepisy u.o.k.k. przewidują, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada *de minimis* – art. 7 u.o.k.k.,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k.,
- wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

III.4.a. Zasada de minimis

²⁰ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05, niepubl.

- (125) 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 u.o.k.k. 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%.
- (126) Niemniej jednak, zgodnie z ust. 2 art. 7 u.o.k.k. wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o zawierający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 u.o.k.k.

III.4.b. Wyłączenia grupowe

- (127) Przepis art. 8 ust. 3 u.o.k.k. 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.
- (128) Porozumienie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie podlega wyłączeniu na podstawie żadnego z rozporządzeń wydanych przez Radę Ministrów na podstawie ww. upoważnienia ustawowego.

III.4.c. Wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1

- (129) Odnosząc się do możliwości wyłączenia indywidualnego przedmiotowego porozumienia, należy zauważyć, że zgodnie z art. 8 ust. 2 u.o.k.k. ciężar uwodnienia 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, możliwość zastosowania wyłączenia indywidualnego nie była w niniejszej sprawie rozpatrywana.

IV. Zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję

(130) Istotą przedmiotowego porozumienia, było uzgodnienie zasad postępowania w Przetargu. W związku z tym za moment zaniechania należało przyjąć chwilę, w której antykonkurencyjne oddziaływanie stron na przebieg przetargu się zakończyło. Wobec powyższego Prezes UOKiK ustalił, że porozumienie, którego dotyczy niniejsza decyzja zostało zaniechane 2 marca 2012 r., bowiem w tym dniu zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu przetargu [pkt. (37) decyzji].

(131) Jednocześnie, Prezes UOKiK za niezasadne uznaje prezentowane przez strony stanowisko, że współpraca pomiędzy nimi trwała najpóźniej do momentu złożenia ofert, tj. do dnia 28 listopada 2011 r. Należy bowiem wskazać, że zamiar stron uczestniczenia w porozumieniu obejmował również okres po złożeniu oferty, do chwili rozstrzygnięcia przetargu, o czym świadczą okoliczności przedstawione w opisie funkcjonowania porozumienia. W związku z powyższym, za niezasadny uznać należy, podnoszony przez strony, formalny zarzut przedawnienia terminu wszczęcia postępowania. Zgodnie z art. 93 u.o.k.k. nie wszczyna się postępowania, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyki upłynął rok. Mając więc na uwadze, że w opinii Prezesa UOKiK do zaprzestania stosowania praktyki doszło w momencie rozstrzygnięcia przetargu, tj. dnia 2 marca 2012 r., niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przed upływem terminu przedawnienia.

V. Odniesienie się do wniosków dowodowych Thales

(132) W piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r., które wpłynęło do Urzędu już po zamknięciu przez Prezesa UOKiK postępowania dowodowego w sprawie, Thales zwrócił się o przeprowadzenie dowodu z badania prezesa zarządu Thales przy użyciu środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji oraz dowodu z konfrontacji przesłuchanych stron (k. 2968 i 2969 akt administracyjnych).

(133) Powyższy wniosek dowodowy nie zasługuje na uwzględnienie, jako zgłoszony przez stronę jedynie dla zwłoki. Okoliczności, na które dowody te są przez stronę powoływane, były przedmiotem dowodzenia za pomocą szeregu innych środków dowodowych: przesłuchania stron, przesłuchania świadków w toku rozprawy, a także wezwań Prezesa UOKiK do udzielania informacji w oparciu o art. 50 u.o.k.k.

(134) Jednocześnie należy odnieść się do wniosku dowodowego Thales zawartego w piśmie z dnia 19 grudnia 2014 r. o przeprowadzenie dowodu z załączonych do pisma dokumentów: pisma zastępcy Szefa ABW z dnia 22 czerwca 2012 r. oraz „Informacji o uzyskaniu w

wyniku kontroli operacyjnej materiałów mogących mieć znaczenie dla śledztwa o sygn.. akt: VI Ds. 167 prowadzonego przez Delegaturę Stołeczną ABW pod nadzorem Prokuratury Okręgowej w Warszawie” na okoliczność ustalenia warunków, w jakich doszło do nawiązania współpracy pomiędzy Thales i Qumak oraz okoliczność, że złożenie przez Kombud zawiadomienia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

- (135) Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że składane przez stronę postępowania dokumenty w toku prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego stają się częścią akt postępowania antymonopolowego. Tym samym Prezes UOKiK nie wydaje w tym zakresie oddzielnego rozstrzygnięcia.
- (136) Jednocześnie należy wyjaśnić, że treść tych dokumentów nie dotyczy relacji między Thales i Qumak, w związku z czym nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Ponadto należy na marginesie wskazać, że podejrzenie zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy Kombud, KZA Lublin oraz Bombardier analizowane było w toku oddzielnego postępowania antymonopolowego 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 u.o.k.k. (sygn.. akt: DOK1-410-3/13/PW).
- (137) Dodatkowo odnosząc się do tezy przedstawionej przez Thales, zgodnie z którą zawiadomienie złożone przez Kombud stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zaś Prezes UOKiK został potraktowany przez Kombud „instrumentalnie”, należy wskazać, że zgodnie z obowiązującymi procedurami zawiadomienia składane przez uczestników rynku Prezes UOKiK każdorazowo analizuje i w sytuacji gdy uzna, że w sprawie może zachodzić naruszenie przepisów u.o.k.k., wszczyna odpowiednie postępowanie. W każdej sytuacji postępowanie to wszczynane jest z urzędu, na podstawie dokonywanej przez Prezesa UOKiK oceny zebranego materiału dowodowego.

VI. Kara pieniężna

(138) Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. stanowi, że organ ochrony konkurencji 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 8 u.o.k.k.. W związku z powyższym, przepisy u.o.k.k. wprowadzają zasadę fakultatywności kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorców. Fakultatywność w tym przypadku oznacza, że za żaden rodzaj naruszenia Prezes UOKiK nie ma o obowiązku ukarania podmiotu, który dopuszcza się naruszenia²¹. W każdym przypadku do organu ochrony konkurencji należy ocena, czy w konkretnym stanie faktycznym zasadne jest sięgnięcie po sankcję. Również żaden przepis u.o.k.k. ani też przepis żadnego aktu wykonawczego nie wskazuje wprost wysokości kary, jaką należałoby nałożyć za określony czyn. Zatem fakultatywność kar pieniężnych dotyczy nie tylko samego faktu jej nałożenia ale też jej wysokości²². W niniejszej sprawie korzystając z uznania administracyjnego Prezes UOKiK postanowił nałożyć na strony postępowania kary pieniężne.

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

(139) Możliwość nałożenia na przedsiębiorców na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co najmniej nieumyślne”. Zdaniem Prezesa UOKiK w przypadku, zawartego przez Thales i Qumak porozumienia zniekształcającego konkurencję, uznać należy za spełnioną przesłankę „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów.

(140) Przy ocenie zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy, Prezes UOKiK wziął pod uwagę, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym element subiektywny w postaci „zawinionego” naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że „przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub (...) jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć”²³. Prezes UOKiK uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu

²¹ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 950.

²² *Ibidem*.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

Najwyższego wyrażone we wspomnianym orzeczeniu, zgodnie z którym przedsiębiorca jako profesjonalny uczestnik obrotu rynkowego ma możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych. Istotne znaczenie ma także stanowisko SOKiK, który przyjął w jednej ze spraw, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności²⁴.

- (141) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes UOKiK uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. ma charakter umyślny.
- (142) Powyższa ocena wynika z faktu, że strony tego postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego, którzy bez wątplenia posiadają wiedzę prawniczą i ekonomiczną, umożliwiającą rozpoznanie swoich działań jako naruszających prawo ochrony konkurencji. Okoliczności sprawy, świadczą o tym, że spółki Thales i Qumak realizowały pewną ustaloną z góry taktykę występowania w Przetargu, której celem było przyniesienie im możliwie maksymalnych korzyści.
- (143) Prezes UOKiK uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją porozumienie zniekształcające ograniczające konkurencję dotyczyło praktyki nazwanej, określonej wprost w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. W ramach przetargu strony postępowania uzgodniły bowiem, że jedna z nich złoży faktycznie dwukrotnie swoją ofertę. Powyższe uzgodnienie sposobu zachowania musiało być świadome i zmierzać wprost do zwielokrotnienia szans na wygranie przetargu przez Thales – w sytuacji gdy uzyskiwanie sztucznej przewagi wykonawców, którzy złożą więcej niż jedną ofertę w Przetargu, wypacza reguły równej konkurencji o rynek. Uznać należy, że zarówno działanie Thales, jak i Qumak było zamierzone i powodowało zaburzenie uczciwej konkurencji w Przetargu.
- (144) Wobec wykazanej powyżej przesłanki przyjęcia umyślności działania Thales i Qumak, należy uznać za spełnione kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, wobec czego, Prezes UOKiK jest uprawniony do nałożenia kary pieniężnej.

VI.2. Wysokość kary pieniężnej

- (145) Ustalając wysokość kar pieniężnych dla Thales i Qumak Prezes UOKiK oparł się na art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zgodnie z którym wysokość nakładanej przez organ ochrony konkurencji na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% przychodu

²⁴ Wyrok SOKiK z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 62/08, niepubl.

osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes UOKiK wziął pod uwagę przepis art. 111 ww. ustawy, nakazujący przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględnienie w szczególności okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów u.o.k.k., a także uprzednie naruszenie przepisów wspomnianej ustawy. Przy ustalaniu wysokości nałożonej kary pieniężnej organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę wysokość osiągniętych przez Thales i Qumak w 2013 r. przychodów wynikających z zeznań podatkowych (CIT).

- (146) Mając na względzie, że przepisy u.o.k.k. nie zawierają zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, Prezes UOKiK 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 kary²⁵, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu²⁶.
- (147) Prezes UOKiK uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego²⁷, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć²⁸.
- (148) Prezes UOKiK 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*²⁹.
- (149) Mając na względzie wszystkie ww. okoliczności, organ ochrony konkurencji ustalił wymiar kar pieniężnych 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.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645.

²⁶ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

²⁷ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Dz. Urz. UOKiK 2006/3/48.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98, LEX nr 50870.

²⁹ Dz. Urz. UOKiK 2008/4/33.

- (150) Odnosząc się do natury naruszenia należy wskazać, że Prezes UOKiK 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 możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.
- (151) Wobec powyższego w ocenie Prezesa UOKiK zawarcie przez Thales i Qumak umowy przetargowej, należy uznać za **poważne naruszenie prawa konkurencji**. W trakcie postępowania Prezes UOKiK ustalił, że wskazane powyżej porozumienie zawiązane zostało między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, czyli było porozumieniem horyzontalnym. Jednocześnie uznać należy, że porozumienie to nie nosiło znamion tajnej umowy, tylko polegało na nadużyciu dopuszczalnych w ramach przetargu mechanizmów kooperacji pomiędzy przedsiębiorcami.

Tabela 1: Pierwszy etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary
	natura naruszenia
Thales	626 948,97
Qumak	2 560 183,30

- (152) Następnie, organ ochrony konkurencji, określając wysokość nałożonych na Thales i Qumak kar pieniężnych, wyszedł z założenia, że wymiar tych kar nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym rynku, a zatem powinny one podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes UOKiK może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80%.
- (153) 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.

- (154) Prezes UOKiK analizując niniejszą sprawę wziął również pod uwagę, że porozumienie zostało przez strony faktycznie wprowadzone w życie. Strony bowiem w toku Przetargu faktycznie wykonały przyjęte ustalenia, dotyczące złożenia przez Qumak oferty w znacznej mierze przygotowanej przez Thales.
- (155) Jednocześnie Prezes UOKiK wziął również pod uwagę, że stwierdzone porozumienie nie wiąże się z uszczerbkiem finansowym po stronie zamawiającego, bowiem zawarta zmowa przetargowa nie doprowadziła do wyboru przez PKP PLK mniej korzystnej cenowo oferty.
- (156) Zarazem Prezes UOKiK zwrócił uwagę na brak udziału przychodów z towarów należących do rynku właściwego w przychodzie osiągniętym przez Qumak, bowiem przedsiębiorca ten nie prowadzi działalności na rynku właściwym.
- (157) Łącznie rozpatrywane powyższe okoliczności przemawiają za podwyższeniem na tym etapie kary pieniężnej w stosunku do Thales o 10%. Natomiast w przypadku Qumak – z uwagi na indywidualnie dotyczącą tego przedsiębiorcy przesłankę braku udziału w rynku właściwym – Prezes UOKiK postanowił o **obniżeniu** wyjściowego poziomu kary o **50%**.

Tabela 2: Drugi etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary		
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	razem
Thales	626 948,97	+10%	689 643,87
Qumak	2 560 183,30	-50%	1 280 091,65

- (158) Kalkulując wymiar kary pieniężnej nałożonej na Thales i Qumak, organ ochrony konkurencji wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes UOKiK 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, Prezes UOKiK może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję kwotę bazową maksymalnie o 200%.

(159) Rozpatrywane tu porozumienie ograniczające konkurencję funkcjonowało tylko w ramach jednego przetargu. Uznać więc należy, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie nie należy do kategorii naruszeń długotrwałych. W konsekwencji kara pieniężna nałożona na Thales i Qumak **nie została na tym etapie podwyższona**.

Tabela 3: Trzeci etap naliczenia wysokości kar.

podmiot	wysokość kary			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
Thales	626 948,97	+10%	-	689 643,87
Qumak	2 560 183,30	-50%	-	1 280 091,65

(160) Organ ochrony konkurencji, 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%.

(161) W ocenie organu w niniejszej decyzji **występuje okoliczność łagodząca** mająca zastosowanie do Thales i Qumak w postaci **zaniechania** stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. przed dniem 20 grudnia 2013 r. Jak zostało wykazane w pkt. (130) niniejszej decyzji porozumienie Thales i Qumak przestało funkcjonować na rynku już 2 marca 2012r. Jednocześnie jednak należy wskazać, że Prezes UOKiK ustalając wysokość obniżenia kary miał na względzie, że zaniechanie stosowania praktyki nie wynikało z zamierzonego działania stron, ale związane było z faktem od nich niezależnym, tj. zakończeniem postępowania przetargowego, którego miały dotyczyć uzgodnienia.

(162) Ponadto, Prezes UOKiK jako **okoliczność łagodzącą** mającą zastosowanie względem Qumak wziął pod uwagę fakt, że przedmiotowe naruszenie wzmocniło w Przetargu pozycję przede wszystkim jednego uczestnika porozumienia, tj. spółki Thales. Uzgodnienie dokonane przez strony spowodowało, że to Thales uzyskał w praktyce możliwość *de facto* dwukrotnego złożenia swojej oferty, wzmocniając swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Scenariusz opracowany przez strony porozumienia został w znacznej mierze opracowany pod kątem udziału Thales w Przetargu.

- (163) Jeśli chodzi o **okoliczności obciążające**, to nie ulega wątpliwości, że postępowanie przedsiębiorców miało charakter **umyślny**. Wszystkie okoliczności sprawy, świadczą o tym, że przedsiębiorcy określili pewną ustaloną z góry taktykę działania w ww. przetargach, której celem było złożenie przez Thales dwóch ofert w przetargu.
- (164) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 u.o.k.k., 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.
- (165) Powyższe okoliczności łagodzące i okoliczność obciążająca rozpatrywane łącznie spowodowały, że na tym etapie wysokość kary pieniężnej nałożonej na **Thales zwiększyła się o 10%**, natomiast istnienie dodatkowej okoliczności łagodzącej w stosunku do **Qumak** spowodowało, **obniżenie** wymiaru kary nałożonej na tego przedsiębiorcę **o kolejne 30%**.

Tabela 4: Czwarty etap naliczania wysokości kar.

podmiot	wysokość kary				razem
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	dlugotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące/obciążające	
Thales	626 948,97	+10%	-	+10%	758 608,26
Qumak	2 560 183,30	-50%	-	-30%	896 064,16

- (166) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes UOKiK uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia u.o.k.k. przesądza o ustaleniu wysokości kary pieniężnej dla Thales i Qumak, w oparciu o przedstawioną przez stronę informację na temat osiągniętych przychodów w 2013 r., w następującej wysokości:

Tabela 5: Wysokość nałożonej kary pieniężnej.

podmiot	wysokość kary pieniężnej
Thales	758 608,26
Qumak	896 064,16

VII. Koszty postępowania

- (167) Zgodnie z art. 77 ust. 1 u.o.k.k., jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 ww. ustawy, Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.
- (168) Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 u.o.k.k.. Wobec wyrażonego w art. 83 ww. ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm., dalej: „k.p.a.”), należy przyjąć, że zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a., zgodnie z którym 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. Zgodnie również z art. 264 §1 k.p.a. jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.
- (169) W punkcie I sentencji decyzji stwierdzono stosowanie przez strony praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.. Koszty niniejszego postępowania wynoszą **434,58 zł** (czterysta trzydzieści cztery złote pięćdziesiąt osiem groszy). Składają się na nie wydatki, związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją.
- (170) W związku z powyższym postanowiono obciążyć **Thales** kosztami w kwocie **225,84 zł**, na które składają się koszty doręczenia stronie 21 listów w cenie 5,70 zł, 10 listów w cenie 6,47 zł oraz jedna druga kosztów doręczenia 10 listów w cenie 5,70 zł i 4 listów w cenie 6,47 zł. Natomiast **Qumak** kosztami w kwocie **208,74 zł**, na które składają się koszty doręczenia stronie 18 listów w cenie 5,70 zł, 10 listów w cenie 6,47 zł oraz jedna druga kosztów doręczenia 10 listów w cenie 5,70 zł i 4 listów w cenie 6,47 zł.
- (171) 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.

- (172) Zgodnie z art. 112 ust. 3 u.o.k.k. karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.
- (173) Karę pieniężną i 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 UOKiK stanowiącej podstawę jej dokonania.
- (174) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. ustawy 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 UOKiK Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.
- (175) 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. Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

reprezentowany przez:

r.pr. Monikę Śmigielką

Kozłowski Śmigielka i Wspólnicy sp.k.

ul. Żaryna 2B

02-593 Warszawa

2. Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie

reprezentowany przez:

r.pr. Tomasza Skoczyńskiego

Skoczyński Polańczyk i Partnerzy

Kancelaria Radców Prawnych

ul. Śląska 6/7

60-614 Poznań

3. a.a.