



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-410-3/13/DD/DR

Warszawa, dnia 21 grudnia 2018 r.

DECYZJA Nr DOK 3/2018

- I.** Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2096, ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. z 2014 r., poz. 945), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza postępowanie antymonopolowe** w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez Unicom sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku bezprzewodowej transmisji danych, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert w organizowanych przez Komendę Główną Policji i Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych przetargach na usługi transmisji danych.
- II.** Na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 97 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm.) oraz w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz.331, ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **odmawia zawieszenia** postępowania antymonopolowego wszczętego przeciwko Unicom sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, poprzez uczestnictwo w porozumieniu ograniczającym konkurencję na krajowym rynku bezprzewodowej

transmisji danych polegającym na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert w organizowanych przez Komendę Główną Policji i Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych przetargach na usługi transmisji danych.

Uzasadnienie

- (1) Postanowieniem z dnia 20 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „**Prezes Urzędu**”) wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Unicom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie w upadłości likwidacyjnej) (dalej: „**Unicom**”), Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „**Orange**”) oraz Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Polkomtel**”) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku bezprzewodowej transmisji danych, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert w organizowanych przez Komendę Główną Policji (dalej: „**KGP**”) i Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych (dalej: „**CPD**”) przetargach na usługi transmisji danych, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej: „**Ustawa**”).
- (2) Postępowanie zostało wszczęte w związku z informacjami pochodzącymi z doniesień prasowych oraz z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa (sygn. Ap. V Ds. 111/12), z których wynikało, że w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługi transmisji danych organizowanych przez KGP i CPD, mogło dojść do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (3) Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania antymonopolowego, wybrane materiały z akt ww. śledztwa, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie.
- (4) Pismem z dnia 9 stycznia 2014 r., Prezes Urzędu został poinformowany przez Orange, że doszło do połączenia Telekomunikacji Polskiej S.A. z Polską Telefonią Komórkową Centertel sp. z o.o. ze skutkiem od dnia 31 grudnia 2013 r., na skutek którego Telekomunikacja Polska S.A. działa pod firmą Orange Polska S.A, spółka PTK Centertel przestała istnieć, a jej następcą prawnym na zasadach sukcesji uniwersalnej jest Orange Polska S.A.

Dowód:

pismo Orange z dnia 9 stycznia 2014 r., k. 21-22.

- (5) Pismem z dnia 13 stycznia 2014 r. Unicom złożyła wniosek o zawieszenie postępowania antymonopolowego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie.

Dowód:

pismo Unicom z dnia 13 stycznia 2014 r., k. 59.

- (6) Pismem z dnia 22 września 2014 r. syndyk masy upadłości Unicom powiadomił Prezesa Urzędu, że w dniu 4 września 2014 r. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych, wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości spółki w celu likwidacji jej majątku.

Dowód:

pismo p. Hanny Moździerz, syndyka masy upadłości, k. 3315A.

- (7) Pismami z dnia 14 listopada 2017 r. Prezes Urzędu poinformował strony o zakończeniu postępowania dowodowego, informując równocześnie o możliwości zapoznania się z aktami sprawy oraz przedstawienia ewentualnego ostatecznego stanowiska w sprawie. Z możliwości przedstawienia stanowiska skorzystały Orange oraz Polkomtel.
- (8) Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 945), wobec czego, zgodnie z art. 3 ww. ustawy, stosuje się do niego przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.
- (9) Część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, podlega ochronie prawnej i nie może być podana do wiadomości publicznej. Wobec powyższego informacje tego rodzaju zostaną zastąpione nawiasami kwadratowymi wraz z oznaczeniem „**[informacja chroniona]**” i pozostaną niewidoczne w publicznie dostępnej treści decyzji.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił co następuje.

- (10) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie była ocena, w świetle zawartego w art. 6 ust. 1 pkt. 7 Ustawy zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań Unicom,

Orange i Polkomtel, podejmowanych w związku z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego na usługę bezprzewodowej transmisji danych, organizowanych przez Komendę Główną Policji i Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

- (11) Podejrzenie zawarcia przez Orange, Polkomtel i Unicom porozumienia ograniczającego konkurencję, zaistniało w związku z uzyskaniem przez Prezesa Urzędu informacji, z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, wskazujących na możliwość zawarcia porozumień, dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Zgodnie z pozyskanymi informacjami, porozumienia ograniczające konkurencję zawarto w związku z postępowaniami przetargowymi organizowanymi przez KGP oraz CPD, które zostały zidentyfikowane w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, jako postępowania przetargowe prowadzone pod sygnaturami: 118/BŁiI/12/TG, 114/BŁiI/12/KM oraz 3/BŁiI/13/KK – w przypadku postępowań zorganizowanych przez KGP oraz 10/CPD/PN/TRANSMISJA/2012 – w przypadku postępowania organizowanego przez CPD.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20.

- (12) W tym miejscu należy wyjaśnić, że w postanowieniu o wszczęciu niniejszego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu uznał, że informacje pochodzące z akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, odnosiły się m. in. do prowadzonego przez KGP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 114/BŁiI/12/KM (które to postępowanie zostało wskazane w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania). Przeprowadzona w toku postępowania antymonopolowego analiza dowodów wykazała, że informacje pochodzące z akt śledztwa dotyczyły innego aniżeli ww. postępowanie, a mianowicie postępowania przetargowego prowadzonego przez KGP pod sygnaturą 167/BŁiI/12/KM.
- (13) Jak wynika z dokumentacji przetargowej, dotyczącej postępowań przetargowych o sygnaturach 114/BŁiI/12/KM i 167/BŁiI/12/KM, w obu tych postępowaniach przeprowadzono aukcję elektroniczną. Ponadto, oba te postępowania zostały unieważnione ze względu na przekroczenie kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednak w postępowaniu 114/BŁiI/12/KM najkorzystniejszą ofertę złożył Unicom, a nie Polkomtel. Najkorzystniejsza oferta została

złożona przez Polkomtel w postępowaniu 167/BŁiI/12/KM. Ponadto, jak wyjaśniła KGP w toku postępowania antymonopolowego, problemy techniczne w trakcie aukcji elektronicznej, zostały zgłoszone przez Unicom w postępowaniu przetargowym o sygnaturze 167/BŁiI/12/KM.

Dowody:

pismo KGP z dnia 28 sierpnia 2014 r., k. 749;

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20;

protokół z aukcji elektronicznej przeprowadzonej w postępowaniu 167/BŁiI/12/KM, k. 266-268;

protokół z aukcji elektronicznej przeprowadzonej w postępowaniu 114/BŁiI/12/KM, k. 150- 152.

- (14) Informacje zebrane przez Prokuraturę Apelacyjną w toku śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, pozyskane przez Prezesa Urzędu, wskazywały na możliwość zawarcia porozumienia, pomiędzy Orange, Polkomtel i Unicom, w następującym zakresie:
- (15) **W odniesieniu do postępowania przetargowego o sygnaturze 118/BŁiI/12/TG**, z pozyskanych od Prokuratury Apelacyjnej informacji wynika, że tuż po ogłoszeniu SIWZ-u postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 118/BŁiI/12/TG oraz po ogłoszeniu SIWZ-u kolejnego przetargu (167/BŁiI/12/KM), a przed złożeniem ofert, Unicom miał organizować osobne spotkania z przedstawicielami Polkomtel oraz Orange, na których miało dojść do ustalenia oddzielnie z każdym z ww. operatorów, warunków świadczenia na rzecz Unicom usług, niezbędnych do tego, aby Unicom mógł złożyć w przetargu samodzielną ofertę. W tym okresie zarówno Polkomtel, jak i Orange, mieli podnieść ceny świadczenia usługi transmisji danych na rzecz Unicom, do wysokości 20 zł. Na tych spotkaniach Unicom miał także ustalić, osobno z Polkomtel oraz osobno z Orange, że przedsiębiorcy ci złożą w tych samych co Unicom postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, samodzielne oferty zawierające wyższą cenę, niż oferta Unicom, tj. cenę wyższą niż 30 zł brutto za abonament miesięczny (czyli wyższą niż 24,39 zł netto). Miało to umożliwić temu ostatniemu zwycięstwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20.

- (16) **W odniesieniu do postępowania przetargowego o sygnaturze 167/BŁiI/12/KM**, pozyskane z akt śledztwa informacje wskazują, że Unicom miał ustalić, osobno z Polkomtel oraz osobno z Orange, iż przedsiębiorcy ci złożą samodzielne oferty

zawierające wyższą cenę, niż oferta Unicom (wyższa niż 30 zł brutto za abonament miesięczny, czyli wyższa niż 24,39 zł netto) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanym przez KGP. Opisując okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazano, że w toku postępowania odbyła się aukcja elektroniczna, w trakcie której Unicom miał problemy techniczne i nie mógł dokonywać postępień w licytacji. Najkorzystniejszą ofertę w tym postępowaniu miał złożyć Polkomtel, który jednak ostatecznie nie zawarł umowy z KGP, ze względu na unieważnienie przetargu wynikające z przekroczenia kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20;

- (17) **W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 3/BLiI/13/KK**, ustalenia poczynione przez Prokuraturę Apelacyjną wskazują, że z uwagi na zbyt krótki termin realizacji zamówienia, zarówno Orange, jak i Polkomtel, mogły nie być w stanie spełnić wymagań określonych w SIWZ-ie. Unicom, który posiadał już odpowiednie karty, miał uzgodnić z Polkomtelem warunki świadczenia usług, niezbędnych do tego, aby Unicom mógł złożyć w przetargu samodzielną ofertę.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20.

- (18) **W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 10/CPD/PN/TRANSMISJA/2012**, zorganizowanego przez CPD, z pozyskanych od Prokuratury Apelacyjnej informacji wynika, że Unicom miał ustalić z Polkomtel, iż Unicom weźmie udział w tym postępowaniu i nabędzie karty na jego realizację od Polkomtel. W tym samym czasie miało dojść do uzgodnienia przez Polkomtel i Unicom ceny, jaka miała znaleźć się w ofercie Unicomu. Unicom miał następnie porozumieć się także z Orange. Ponadto, pracownik Unicom miał ujawnić pracownikowi Orange wysokość oferty, którą zamierzał złożyć w postępowaniu, a pracownik Orange miał poinformować go, że Orange złoży ofertę wyższą.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20.

I. Strony postępowania

Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

- (19) Orange jest spółką akcyjną, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie pod numerem KRS0000010681.
- (20) Orange powstała z połączenia Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel i Telekomunikacji Polskiej S.A. ze skutkiem od dnia 31 grudnia 2013 r. Wskutek połączenia, PTK Centertel przestał istnieć, a Orange Polska S.A. jest jego następcą prawnym.
- (21) Orange jest operatorem telekomunikacyjnym. Świadczy m. in. usługi telefonii stacjonarnej, usługi telefonii komórkowej oraz usługi dostępu do Internetu.

Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- (22) Polkomtel jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie pod numerem KRS0000419430.
- (23) Polkomtel jest operatorem telekomunikacyjnym świadczącym m. in. usługi telefonii komórkowej oraz usługi dostępu do Internetu.

Unicom sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie

- (24) Unicom jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie pod numerem KRS0000187944.
- (25) Unicom działa jako dystrybutor z wartością dodaną (ang. „VAD”) szeroko rozumianego sprzętu komputerowego i telekomunikacyjnego. Unicom oferuje również produkty informatyczne powiązane z doradztwem, serwisem, szkoleniem i marketingiem. Od 2008 r. Unicom oferuje bezprzewodową transmisję danych w sieciach GPRS/EDGE poprzez prywatne APNy¹ z dedykowanymi łączami do sieci użytkowników końcowych. Unicom współpracuje w tym zakresie z operatorami komórkowymi jako MVNO².

¹APN (ang. *Access Point Name*) - nazwa punktu dostępu. W przypadku sieci GSM termin ten oznacza nazwę serwera, który obsługuje transmisję danych. Wpisanie przez użytkownika nazwy punktu dostępu (APN) jest niezbędne do korzystania z takich usług jak WAP lub GPRS.

²MVNO (ang. *Mobile Virtual Network Operator*) - operator wirtualny ruchomych sieci telefonicznych.

- (26) W stosunku do Unicom Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych, wydał w dniu 4 września 2014 r. postanowienie o ogłoszeniu upadłości, w celu likwidacji majątku spółki.

II. Usługi, których postępowanie dotyczy

- (27) Przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu są działania Unicom, Orange i Polkomtel, związane z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego na usługę transmisji danych, przeprowadzonymi przez Komendę Główną Policji oraz Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.
- (28) Usługa transmisji danych umożliwia mobilną wymianę danych między terminalami a centralnymi systemami informatycznymi podmiotu zamawiającego usługę. Usługa ta polega na umożliwieniu zestawienia bezpiecznych (tj. całkowicie odseparowanych od sieci Internet) połączeń do wewnętrznych serwisów teleinformatycznych zamawiającego z wykorzystaniem technologii mobilnej (GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA/DC-HSPA+/CDMA), niezależnie od miejsca realizacji tego połączenia przez użytkownika. Usługa transmisji danych jest świadczona przy użyciu punktu dostępowego – APN. APN umożliwia podłączenie urządzeń mobilnych do sieci teleinformatycznej podmiotu zamawiającego usługę. Użytkownik terminala mobilnego wyposażonego w kartę SIM inicjuje połączenie za pośrednictwem APN. Następnie APN łączy się z siecią teleinformatyczną, w wyniku czego użytkownik uzyskuje dostęp do systemów teleinformatycznych.

1. Usługa transmisji danych świadczona na rzecz KGP

- (29) Policja korzysta z Krajowego Systemu Informatycznego Policji (KSIP), który jest narzędziem informatycznym wspierającym realizację zadań służb kryminalnych, dochodzeniowo-śledczych, operacyjnych, prewencyjnych oraz ruchu drogowego. Powyższe rozwiązanie umożliwia sprawdzenie i potwierdzenie informacji o osobach, pojazdach, dokumentach i rzeczach. Terminale mobilne użytkowane przez funkcjonariuszy Policji, pozwalają na dostęp do systemów i baz danych Policji, takich jak ww. KSIP, a także Centralna Ewidencja Pojazdów i Kierowców (CEPiK), w oparciu o Policyjną Sieć Transmisji Danych (PSTD).
- (30) Połączenia i zapytania do baz danych realizowane są za pośrednictwem łącza APN. Wszyscy funkcjonariusze wyposażeni w terminale mobilne z kartą SIM mogą pozyskać informacje, inicjując połączenie z terminala mobilnego za pośrednictwem łącza APN.

Urządzenia z kartą SIM, używane do czynności operacyjnych, nie mają możliwości zainicjowania innych połączeń, w tym do innych APN, czy też do sieci Internet. Jedyne możliwe połączenia wychodzące z danego terminala, tj. karty SIM, to połączenia z APN, w dalszej kolejności z PSTD i dalej, w zależności od charakteru danych koniecznych do pozyskania, z KSIP, CEPiK lub inną bazą.

- (31) W ramach realizacji usługi transmisji danych na rzecz KGP, wykorzystywane były zarówno karty SIM zwykłe (dalej: „**karty zwykłe**”), jak i karty SIM kryptograficzne (dalej: „**karty krypto**”). Te drugie posiadają dodatkową funkcjonalność umożliwiającą uwierzytelnianie i szyfrowanie połączeń. Do 2013 r. stosowane przez Policję terminale mobilne musiały posiadać odpowiednie oprogramowanie, które współpracowało z certyfikatami i kluczami użytkownika znajdującymi się na karcie krypto. Z tego względu, każda zmiana operatora, powodowała konieczność instalacji na wszystkich urządzeniach bibliotek do obsługi kart wybranego w postępowaniu operatora. Oprogramowanie kryptograficzne było zapewniane przez wykonawców, którzy musieli nabyć je u podmiotów trzecich i wykupić licencję na każde urządzenie mobilne. W listopadzie 2012 r. KGP nabyła karty mikro SD krypto, na których możliwe jest przechowywanie certyfikatów użytkowników. Dzięki temu nowemu rozwiązaniu nie było konieczne każdorazowe instalowanie bibliotek nowego operatora.
- (32) Tym samym, usługa transmisji danych na rzecz KGP, będąca przedmiotem postępowań przetargowych, których dotyczy niniejsze postępowanie, polegała na transmisji danych pomiędzy terminalami mobilnymi a serwerem, z wykorzystaniem APN-u. Wykonawca miał zapewnić zasięg na terenie całego kraju, tj. w każdym miejscu, w którym funkcjonariusz mógłby korzystać z terminala.

Dowód:

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3338-3339;

pismo KGP z dnia 28 sierpnia 2014 r., k. 748-749;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3354-3362.

2. Usługa transmisji danych świadczona na rzecz CPD

- (33) W przypadku CPD, usługa będąca przedmiotem postępowania przetargowego, którego dotyczy niniejsze postępowanie, polegała na transmisji danych pomiędzy terminalami stacjonarnymi wewnątrz budynków a serwerem, z wykorzystaniem łącza APN i łącza dzierżawionego. Wykonawca miał zapewnić zasięg w lokalizacjach wskazanych przez CPD, np. urzędach gminy. Realizacja usługi przedstawia się w następujący sposób: uprawniony pracownik w danej lokalizacji loguje się do aplikacji wskazanej przez CPD

i wprowadza dane, które są przesyłane do centralnej bazy danych w CPD (np. dane do dowodu osobistego). Połączenie odbywa się za pomocą dedykowanego APN uruchomionego dla CPD.

Dowód:

pismo Orange z dnia 2 września 2015 r., k. 3408-3409;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3354-3362.

III. Współpraca pomiędzy Polkomtel lub Orange (jako operatorami MNO) a Unicom (jako *service providerem*)

- (34) Usługa transmisji danych, zarówno w przypadku KGP jak i CPD, mogła być świadczona przez operatora, tzw. MNO³ (np. Polkomtel, Orange) lub przez inny podmiot, prowadzący działalność jako operator MVNO, świadczący usługę w oparciu o usługę hurtową operatorów MNO. Operatorzy MVNO mogą prowadzić działalność w oparciu o kilka modeli współpracy z operatorami MNO. Jeden z tych modeli polega na współpracy jako dostawca usług, tzw. *service provider*⁴. *Service provider* jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który nie posiada własnej infrastruktury sieciowej, nie posiada również własnych kart SIM. Korzysta on z kart SIM operatora MNO, z którym współpracuje. Taki model współpracy z MNO, dopuszcza możliwość posiadania przez *service providera* własnego systemu bilingowego, co wiąże się z jego utrzymaniem i implementacją własnych taryf detalicznych. Działalność *service providera* zakłada wtedy dostarczanie usług telekomunikacyjnych pod własną marką oraz realizację procesów związanych z marketingiem, sprzedażą i obsługą własnych użytkowników końcowych. W takim właśnie modelu prowadził działalność Unicom, który nabywał od MNO karty SIM i usługę transmisji danych, a następnie oferował je pod własną marką odbiorcom końcowym – w tym KGP i CPD.
- (35) W przypadku świadczenia usługi transmisji danych bezpośrednio przez MNO, realizuje on następujące usługi wobec zamawiającego:
1. konfiguruje prywatny APN oraz wprowadza polityki bezpieczeństwa umożliwiające autoryzację kart SIM łączących się z tym APN-em;
 2. konfiguruje karty SIM, przypisując do każdej karty unikalny adres IP - podczas łączenia z sieciami teleinformatycznymi zamawiającego, adresy te są pozytywnie autoryzowane przez APN;

³ MNO (ang. *Mobile Network Operator*) – przedsiębiorca telekomunikacyjny, który posiada własną, pełną infrastrukturę tworzącą publiczną ruchomą sieć telefoniczną o zasięgu krajowym.

⁴ Pozostałe modele współpracy z MNO to: zaawansowany dostawca usług, tzw. ESP oraz pełny MVNO (zwany również *full MVNO*).

3. zestawia łącza kablowe pomiędzy routerem obsługującym dany APN a routerami wskazanymi przez zamawiającego.
- (36) Jak wyjaśniono, w przypadku gdy usługa transmisji danych realizowana jest przez *service providera*, musi on na potrzeby świadczenia usługi współpracować z operatorem MNO. *Service provider* oferuje zamawiającemu usługi transmisji danych we własnym imieniu i pod własną marką. W ramach realizacji umowy zarządza usługami (nabytymi uprzednio od MNO), dostarcza je zamawiającemu, zapewnia wsparcie i serwis. *Service provider* ponosi wobec zamawiającego odpowiedzialność za świadczone usługi. W celu zapewnienia zamawiającemu odpowiedniego zasięgu i dobrej jakości sygnału (i co za tym idzie, minimalizowania ryzyka poniesienia odpowiedzialności za niewłaściwe wykonanie zobowiązania), *service provider* przy realizacji danego zamówienia współpracuje najczęściej z więcej niż jednym operatorem MNO.

Dowód:

pismo Orange z dnia 2 września 2015 r., k.3407-3409;

pismo Polkomtel z dnia 5 października 2015, k. 3442-3448;

pismo Unicom z dnia 25 kwietnia 2016 r., k.3494-3495.

- (37) *Service provider* świadcząc usługę na rzecz zamawiającego, ponosi na rzecz operatora MNO opłaty za usługę transmisji danych. Cena za te usługi, uzyskana od operatora MNO, jest najważniejszym czynnikiem decydującym o wysokości ceny oferowanej przez *service providera* zamawiającemu. Z tego względu Unicom po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zainteresowany nabyciem usługi transmisji danych, zwracał się do operatorów o ofertę cenową.

IV. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę transmisji danych będące przedmiotem postępowania

- (38) W toku postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu zbadał w szczególności okoliczności czterech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz.U. Nr 113, poz. 759), w tym trzech zorganizowanych przez KGP i jednego zorganizowanego przez CPD.

1. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowane przez KGP

a) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 118/BŁiI/12/TG

- (39) Przedmiotem organizowanego przez KGP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 118/BŁiI/12/TG, prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia,

było świadczenie usługi transmisji danych do urządzeń mobilnych użytkowanych w Policji, w okresie 2 miesięcy, tj. od sierpnia do września 2012 r. Zamówienie obejmowało 3813 kart krypto oraz 2280 kart zwykłych, przy czym usługa miała być realizowana w następujących okresach:

- a. 2313 kart SIM krypto – w terminie od 1 sierpnia 2012 r. do 30 września 2012 r.,
 - b. 1500 kart SIM krypto – w terminie od 28 sierpnia 2012 r. do 30 września 2012 r.,
 - c. 2280 kart SIM zwykłych – w terminie od 28 sierpnia 2012 r. do 30 września 2012 r.
- Termin otwarcia ofert wyznaczono na dzień 20 lipca 2012 r. Jedynym kryterium oceny ofert (100% wagi) była cena.

Dowód:

SIWZ postępowania przetargowego 118/BŁiI/12/TG, k. 443-444, 448, 450, 453.

- (40) Przyczyną ogłoszenia przedmiotowego postępowania było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 70/BŁiI/12/Msz, w którym zamówienie obejmowało usługę transmisji danych w okresie 16 miesięcy (od sierpnia 2012 r. do grudnia 2013 r.). Postępowanie unieważniono ze względu na fakt, że najkorzystniejsza oferta przekraczała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W tej sytuacji KGP zdecydowała się podzielić zamówienie i ogłosić dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. 118/BŁiI/12/TG – na świadczenie usługi od sierpnia do września 2012 r.,
2. 114/BŁiI/12/KM – na świadczenie usługi od października 2012 r. do grudnia 2013 r.
(postępowanie to zostanie opisane poniżej w rozdz. IV, 1b, pkt 45 i n.).

Dowód:

protokół postępowania przetargowego 118/BŁiI/12/TG, k. 483.

- (41) Do negocjacji w postępowaniu przetargowym o sygnaturze 118/BŁiI/12/TG zaproszono Polską Telefonię Cyfrową S.A. (obecnie T-Mobile S.A.), Polkomtel, Orange, Unicom i P4 sp. z. o.o.

Dowód:

protokół postępowania przetargowego 118/BŁiI/12/TG, k. 486.

- (42) W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1. Unicom: 328 314,06 zł brutto, w tym:
 - a. abonament miesięczny dla 2313 kart krypto – 30,00 zł netto za kartę,
 - b. abonament miesięczny dla 1500 kart krypto – 30,00 zł netto za kartę,
 - c. abonament miesięczny dla 2280 kart zwykłych – 30,00 zł netto za kartę.
2. Polkomtel: 339 257,86 brutto, w tym:

- a. abonament miesięczny dla 2313 kart krypto – 31,00zł netto za kartę,
- b. abonament miesięczny dla 1500 kart krypto – 31,00zł netto za kartę,
- c. abonament miesięczny dla 2280 kart zwykłych – 31,00zł netto za kartę.

(43) W postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Unicom.

Dowód:

*oferta Unicom w postępowaniu przetargowym 118/BŁiI/12/TG, k. 1794;
oferta Polkomtel w postępowaniu przetargowym 118/BŁiI/12/TG, k. 1813;
protokół postępowania przetargowego 118/BŁiI/12/TG, k. 487.*

(44) W związku z wygraną w tym postępowaniu, Unicom [informacja dotycząca polityki cenowej przedsiębiorcy, stosowanej w związku z postępowaniami przetargowymi, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – informacja ta znajduje się na karcie nr 3341 akt administracyjnych], natomiast pozostałe karty nabył od Polkomtel.

Dowód:

*pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3359;
pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3341.*

b) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 114/BŁiI/12/KM

(45) Przedmiotem organizowanego przez KGP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 114/BŁiI/12/KM, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, było świadczenie usługi transmisji danych do urządzeń mobilnych użytkowanych w Policji w okresie od października 2012 r. do grudnia 2013 r. Zamówienie obejmowało 4791 kart krypto i 2280 kart zwykłych. W warunkach przetargu przewidziano możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

(46) Jedynym kryterium, które zamawiający brał pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, była cena brutto oferty (waga 100 %). Termin składania ofert wyznaczono na 20 sierpnia 2012 r.

Dowód:

SIWZ przetargu sygn. 114/BŁiI/12/KM, k. 94-95, 102-103.

(47) W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1. Unicom: 3 450 233,99 zł brutto, w tym:
 - a. Abonament miesięczny zarówno dla kart krypto jak i zwykłych - 28 zł netto za kartę.
2. Polkomtel: 3 493 867,75 zł brutto, w tym:
 - a. Abonament miesięczny dla kart krypto - 29 zł netto za kartę,
 - b. Abonament miesięczny dla kart zwykłych – 27 zł netto za kartę.

3. Orange: 3 635 068,01 zł brutto, w tym:
 - a. Abonament miesięczny zarówno dla kart krypto jak i zwykłych - 29,50 zł netto za kartę.

Dowód:

*oferta Polkomtel złożona w postępowaniu 114/BŁiI/12/KM, k. 1829;
oferta Orange złożona w postępowaniu 114/BŁiI/12/KM, k. 1860;
oferta Unicom złożona w postępowaniu 114/BŁiI/12/KM, k. 1897.*

- (48) W toku postępowania dodatkowo przeprowadzono aukcję elektroniczną, w której uczestniczyli wszyscy trzej oferenci.
- (49) Oferty złożone w postępowaniu, wiążące w chwili zamknięcia aukcji, to:
 1. Unicom: kwota 3 450 233,99 zł brutto,
 2. Polkomtel: kwota 3 493 867,75 zł brutto,
 3. Orange: kwota 3 635 068,01 zł brutto.

Dowód:

protokół aukcji elektronicznej zorganizowanej w dniu 27.08.2012 r. w ramach postępowania przetargowego o sygn. 114/BŁiI/12/KM, k. 150-152.

- (50) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione ze względu na fakt, że ostatecznie najkorzystniejsza oferta, złożona przez Unicom, przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dowód:

protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego 114/BŁiI/12/KM, k. 141.

- (51) W związku z tym postępowaniem Unicom uzyskał od operatorów MNO następujące oferty:
 - a. od Polkomtel: abonament miesięczny w wysokości 17,50 zł netto za kartę.
 - b. [informacja dotycząca polityki cenowej przedsiębiorcy, stosowanej w związku z postępowaniami przetargowymi, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3341].

Dowód:

*pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3358,
pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3341.*

c) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 167/BŁiI/12/KM

- (52) Przedmiotem organizowanego przez KGP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 167/BŁiI/12/KM, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, był zakup usług transmisji danych wraz z kartami zwykłymi:

- a. partia I (w terminie do 15 dni roboczych od dnia podpisania umowy) – min. 1140 szt., max. 2280 szt. aktywacji,
- b. partia II (w terminie do 25 dni roboczych od dnia podpisania umowy) – max. 4791 szt. aktywacji,
- c. partia III (w terminie do 26 lutego 2013 r.) – max. 3223 szt. aktywacji,
- d. partia IV (w terminie do 7 marca 2013 r.) – max. 4067 szt. aktywacji.

Termin składania ofert wyznaczono na 16 listopada 2012 r., a jedynym kryterium oceny ofert (100% wagi) była cena.

(53) W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1. Unicom:

- kwota 4 442 523,84 zł brutto,
- abonament miesięczny 24,00 zł netto za kartę.

2. Orange

- kwota: 4 627 629,00 brutto,
- abonament miesięczny 25,00 zł netto za kartę.

3. Polkomtel:

- kwota: 5 116 728,00 zł brutto,
- abonament miesięczny – 27,64 zł netto za kartę.

Dowód:

oferta Polkomtel złożona w postępowaniu 167/BŁiI/12/KM, k.1927;

oferta Unicom złożona w postępowaniu 167/BŁiI/12/KM, k.1958;

oferta Orange złożona w postępowaniu 167/BŁiI/12/KM, k.1990;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3359;

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3339.

(54) W toku postępowania przeprowadzono dodatkowo aukcję elektroniczną, w której uczestniczyli wszyscy trzej oferenci.

(55) Oferty złożone w postępowaniu, wiążące w chwili zamknięcia aukcji, to:

1. Polkomtel:

- abonament miesięczny – 22,50 zł netto za kartę.

2. Orange

- abonament miesięczny 23,00 zł netto za kartę.

3. Unicom:

- abonament miesięczny 24,00 zł netto za kartę.

Dowód:

protokół aukcji elektronicznej, zorganizowanej w dniu 23 listopada 2012 r. w ramach postępowania przetargowego o sygn. 167/BŁiI/12/KM, k. 266-267.

(56) W związku z tym postępowaniem, Unicom uzyskał od operatorów MNO następujące oferty:

- a. [informacja dotycząca polityki cenowej przedsiębiorcy, stosowanej w związku z postępowaniami przetargowymi, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3342],
- b. od Polkomtel: abonament miesięczny w wysokości 16,05 zł netto za jedną kartę.

Dowód:

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3361;

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3342.

(57) W wyniku aukcji elektronicznej, ostatecznie najkorzystniejszą ofertę złożył Polkomtel, jednak postępowanie zostało unieważnione z powodu przewyższenia kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

d) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 3/BLiI/13/KK

(58) W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 3/BLiI/13/KK ogłoszonym przez KGP w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem zamówienia było świadczenie usługi transmisji danych do urządzeń mobilnych użytkowanych w Policji. Jedynym kryterium, które zamawiający brał pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty, była cena brutto oferty (waga 100 %). Otwarcie ofert nastąpiło 1 lutego 2013 r.⁵

(59) Zamówienie obejmowało:

- a. 3223 kart krypto – dla których usługa miała być świadczona od 25 lutego 2013 r. do 15 kwietnia 2013 r.
- b. 4067 kart krypto – dla których usługa miała być świadczona od 7 marca 2013 r. do 15 kwietnia 2013 r.

(60) Okres pomiędzy datą złożenia oferty a datą dostarczenia usługi wynosił 25 dni, co jest okresem krótkim, jeśli konieczne jest (tak jak w tym wypadku) dostarczenie kart wraz z odpowiednim oprogramowaniem kryptograficznym. Unicom natomiast posiadał odpowiednio przygotowane karty.

Dowód:

protokół przesłuchania podejrzanego, stanowiący część akt śledztwa o sygnaturze Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną, k.14-20.

⁵ Dokumentacja dotycząca tego przetargu została przekazana przez KGP Prokuraturze Okręgowej w Warszawie, stąd wskazane informacje pochodzą ze strony internetowej <http://przetargi.policja.pl/zp/archiwum-1/2013/83772,3BLiI13KK.html>, gdzie udostępniono część dokumentacji przetargowej.

- (61) Jediną ofertę w postępowaniu złożył Unicom. Postępowanie zostało unieważnione ze względu na fakt, że jedyna oferta złożona w postępowaniu przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
- (62) Unicom w związku z tym postępowaniem uzyskał od operatorów następujące oferty:
- a. [informacja dotycząca polityki cenowej przedsiębiorcy, stosowanej w związku z postępowaniami przetargowymi, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3342],
 - b. [informacja dotycząca polityki cenowej przedsiębiorcy, stosowanej w związku z postępowaniami przetargowymi, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3480-3481].

Dowód:

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3361-3362;

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3342.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowane przez CPD

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 10/CPD/PN/TRANSMISJA /2012

- (63) Przedmiotem zorganizowanego przez CPD postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. 10/CPD/PN/TRANSMISJA/2012 było świadczenie usługi pakietowej transmisji danych w ramach Systemu Centralnej Personalizacji Dokumentów Osobistych, w celu przesyłania wniosków dowodowych, statutów zwrotnych i unieważnień pomiędzy lokalizacjami gminnymi a CPD. Usługa miała być świadczona od 1 stycznia do 31 grudnia 2013 r.
- (64) Termin składania ofert w postępowaniu wyznaczono na 17 października 2012 r. Kryterium oceny ofert w postępowaniu zostało podzielone na następujące podkryteria: wynagrodzenie miesięczne z tytułu świadczonej usługi pakietowej transmisji danych w technologii GPRS (waga 90 %) oraz cena jednego MB pakietowej transmisji danych po przekroczeniu 150 GB miesięcznego pakietu transmisji danych (waga 10 %).
- (65) W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:
- a. Unicom: kwota 856 800 zł netto,
 - b. Orange: kwota 960 000,24 zł netto.
- (66) W postępowaniu jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Unicom. Oferta Orange została odrzucona z uwagi na braki formalne. Orange złożył wraz z ofertą wadliwe pełnomocnictwo. Po wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia braku formalnego, Orange złożył kolejne pełnomocnictwo, które także okazało się wystawione w sposób

wadliwy. Z kolei Polkomtel, mimo że wpłacił wadium, nie złożył oferty w tym postępowaniu.

Dowód:

pismo CPD MSW z dnia 26 czerwca 2014 r., k. 79-82.

- (67) Zgodnie z oświadczeniem Polkomtel, [informacje dotyczące strategii przedsiębiorcy odnośnie do udziału w postępowaniu przetargowym, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3444, 3447].

Dowód:

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3364.

- (68) Unicom, jako *service provider*, po ogłoszeniu postępowania, zwrócił się z pytaniem ofertowym do Polkomtel oraz do [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3343]. Unicom uzyskał [informacje dotyczące strategii przedsiębiorcy odnośnie do udziału w postępowaniu przetargowym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3447]. [Informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3444].

- (69) Unicom uzyskał także ofertę [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3343].

- (70) [Informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - k. 3343, 3409, 3444], w celu zapewnienia zasięgu w każdej z 2501 lokalizacji, które były objęte zamówieniem CPD.

Dowody:

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3362-3363,

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3343.

V. Ceny za usługę transmisji danych oferowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez KGP w latach 2012-2013

- (71) W toku postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zebrał informacje o cenach oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanych przez KGP na usługę transmisji danych, a także informacje dotyczące czynników wpływających na ich wysokość. W celu przeprowadzenia jak najdokładniejszej analizy, oprócz danych dotyczących cen oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co do których istniało podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, zgromadzono także informacje dotyczące cen

oferowanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanych przez KGP w latach 2012-2013, których przedmiotem również była usługa transmisji danych.

- (72) Należy wskazać, że KGP korzystała z usługi transmisji danych również przed 2012 r., a jej wykonawcami były w tym okresie, [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3444] i Unicom. Orange natomiast nie obsługiwał KGP bezpośrednio. Ponadto w okresie 2008-2012 [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3409, 3444], Unicom obsługiwał bezpośrednio KGP. Przedmiotem niektórych z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w 2012 r. była kontynuacja usługi świadczonej już w latach poprzednich.

Dowód:

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k.3340-3341;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015, k. 3362-3363.

- (73) W latach 2012-2013 KGP przeprowadziła następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem była usługa transmisji danych do terminali mobilnych:

1. 59/BŁiI/12/BB – ogłoszone dnia 2 kwietnia 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usługi transmisji danych wraz z kartami SIM (1101 kart zwykłych);
2. 77/BŁiI/12/KM – ogłoszone dnia 20 kwietnia 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM (2313 kart zwykłych);
3. 70/BŁiI/12/Msz – ogłoszone dnia 24 kwietnia 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM do użytkowanych w Policji urzędzeń mobilnych, zamówienie podzielono na dwa zadania: zadanie 1 – 2075 kart krypto i kart 801 zwykłych; zadanie 2 - 1283 kart krypto i 600 kart zwykłych;
4. 114/BŁiI/12/KM – ogłoszone dnia 13 lipca 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM (4791 kart krypto i 2280 kart zwykłych);
5. 118/BŁiI/12/TG – zaproszenie do negocjacji zostało przekazane 13 lipca 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM (3813 kart krypto i 2280 kart zwykłych);
6. 167/BŁiI/12/KM – ogłoszone dnia 6 października 2012 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM (zwykłymi):

- partia I (w terminie do 15 dni roboczych od dnia podpisania umowy) – min. 1140 szt., max. 2280 szt. aktywacji,
 - partia II (w terminie do 25 dni roboczych od dnia podpisania umowy) – max. 4791 szt. aktywacji,
 - partia III (w terminie do 26 lutego 2013 r.) – max. 3223 szt. aktywacji,
 - partia IV (w terminie do 7 marca 2013 r.) – max. 4067 szt. aktywacji;
7. 3/BŁiI/13/KK – ogłoszone dnia 25 stycznia 2013r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z kartami SIM: 3223 kart krypto – dla których usługa miała być świadczona od 25 lutego 2013 r. do 15 kwietnia 2013 r. ; 4067 kart krypto – dla których usługa miała być świadczona od 7 marca 2013 r. do 15 kwietnia 2013 r.;
8. 12/BŁiI/13/KK – ogłoszone dnia 13 lipca 2013 r., przedmiotem postępowania był zakup usług transmisji danych wraz z 15 556 kartami krypto w okresie dwudziestu czterech miesięcy.

Dowód:

Dokumentacja przetargowa dostępna na stronie internetowej

<http://przetargi.policja.pl/zp/archiwum-1/2012>

(74) Ceny oferowane przez oferentów we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanych przez KGP w latach 2012-2013, przedstawia poniższa Tabela 1.

Oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	Okres świadczenia usługi	Cena Orange za abonament miesięczny w złotych (netto)	Cena Polkomtel za abonament miesięczny w złotych (netto)	Cena Unicom za abonament miesięczny w złotych (netto)	Rozstrzygnięcie postępowania
59/BŁiI/12/BB	12 m-cy	22,19	-	22,12 ⁶	Zawarcie umowy z Unicom
77/BŁiI/12/KM	3 m-ce	26,13	-	26,00 ⁷	Zawarcie umowy z Unicom
70/BŁiI/12/KM Zadanie 1	16 m-cy	-	- 27 (karta zwykła) - 29 (karta krypto)	- 26 (karta zwykła) - 28 (karta krypto)	Unieważnienie postępowania (przekroczenie kwoty)
70/BŁiI/12/KM Zadanie 2	16 m-cy	28,50	-	- 26 (karta zwykła) - 28 (karta krypto)	Unieważnienie postępowania (przekroczenie kwoty)
114/BŁiI/12/KM	14 m-cy	29,50	- 27 (karta zwykła)	28	Unieważnienie postępowania

⁶ Wysokość abonamentu miesięcznego wyliczona na podstawie całkowitej wartości oferty złożonej przez Unicom w postępowaniu 59/BŁiI/12/BB.

⁷ Wysokość abonamentu miesięcznego wyliczona na podstawie całkowitej wartości oferty złożonej przez Unicom w postępowaniu 77/BŁiI/12/KM.

			-29 (karta krypto)		(przekroczenie kwoty)
118/BŁiI/12/TG	2 m-ce	-	31,00	30,00	Zawarcie umowy z Unicom
167/BŁiI/12/KM ⁸	9-11 m-cy	23,00	22,50 zł	24,00	Unieważnienie postępowania (przekroczenie kwoty)
3/BŁiI/13/KK	2 m-ce	-	-	27,87	Unieważnienie postępowania (przekroczenie kwoty)
12/BŁiL/13/KK	24 m-ce	5	-	-	Zawarcie umowy ze spółką Polska Telefonia Cyfrowa

Tabela 1 Zestawienie cen zaofiarowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługę transmisji danych na rzecz KGP w latach 2012-2013 – opracowanie własne na podstawie informacji przekazanych przez uczestników przetargów oraz dokumentacji przetargowej.

- (75) Jak wynika z powyższego zestawienia, wzrost cen oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez KGP, miał miejsce w związku z postępowaniem 77/BŁiI/12/KM, a podniesiony wtedy poziom cen utrzymywał się także w przypadku większości kolejnych analizowanych postępowań.
- (76) Wskazane w powyższej „Tabeli 1” postępowania przetargowe, różniły się następującymi okolicznościami, odnośnie do rodzaju i zakresu zamówienia.
- (77) Postępowanie 77/BŁiI/12/KM dotyczyło świadczenia usług transmisji danych w okresie trzech miesięcy. Postępowanie to było kontynuacją zamówienia realizowanego przez Unicom na podstawie umowy zawartej w 2008 r. Dzięki temu, Unicom nie musiał uwzględnić w ofercie kosztów dostarczania i konfigurowania nowych kart.
- (78) Z kolei w postępowaniu 70/BŁiI/12/KM, zamówienie zostało podzielone na dwa zadania, z zastrzeżeniem, że każde zadanie ma być świadczone w oparciu o różne sieci operatorów telekomunikacyjnych. Zadanie pierwsze obejmowało zapewnienie 2075 kart krypto i 801 kart zwykłych. Zadanie drugie obejmowało zapewnienie 1283 kart krypto i 600 kart zwykłych. Nastąpiła wówczas także istotna zmiana warunków zamówienia. W ramach usługi wykonawca miał dostarczyć łącze podstawowe i redundantne, co podniosło koszt świadczenia usługi (łącze takie operator może wybudować we własnym zakresie albo wdzierżawić). Czynnikiem, który mógł wpłynąć na podniesienie ceny, w szczególności w porównaniu do cen świadczenia usług przed 2012 r., mogły być także krótsze okresy świadczenia usługi (poprzednie umowy zawierane były na cztery lata), co uniemożliwiało

⁸ W postępowaniu tym przeprowadzono aukcję elektroniczną, w trakcie której Polkomtel zaofiarował cenę w wysokości 22,50 zł netto, ostatecznie składając najkorzystniejszą ofertę.

tak jak dotychczas, rozłożenie kosztów w czasie. Dodatkowym czynnikiem podnoszącym koszty świadczenia usługi mogła być konieczność jej świadczenia bez limitu danych. Ponadto w postępowaniu 70/BŁiI/12/KM przewidziano także aukcję elektroniczną, co mogło skłonić wykonawców do wskazania w ofercie ceny wyższej, aby zostawić sobie margines do ewentualnego obniżenia ceny w trakcie licytacji.

- (79) Wskazane wyżej wymagania techniczne co do łącza redundantnego, były utrzymane także w postępowaniach 114/BŁiI/12/KM, 118/BŁiI/12/TG i 167/BŁiI/12/KM. We wszystkich tych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający oczekiwał Nielimitowanej transmisji danych, a okres na jaki zawierano umowę, był relatywnie krótki.
- (80) Istotna zmiana techniczna dotyczyła postępowania 3/BŁiI/13/KK gdzie, wprowadzono limit transmisji danych, tzw. „lejek” ograniczający prędkość przesyłu danych po wyczerpaniu limitu 2GB danych. Jednocześnie zamawiający określił bardzo krótki okres świadczenia usługi (dwa miesiące). Ponadto, przewidziano krótki czas na jej wdrożenie (1 miesiąc) – co podwyższało ryzyko niezrealizowania umowy w wyznaczonym czasie.
- (81) Kolejne postępowanie zrealizowane po unieważnieniu postępowania 3/BŁiI/13/KK, to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 12/BŁiI/13/KK. Postępowanie to różniło się znacząco, jeśli chodzi o wymagania techniczne, w porównaniu do poprzednich postępowań, gdyż:
- nie wymagano implementowania bibliotek kartograficznych na kartach SIM, co wynikało z faktu, że KGP zakupiła nowy rodzaj kart do terminali mobilnych (karty mikro SD krypto),
 - określono maksymalny pakiet danych, jaki może być wykorzystany w okresie obowiązywania umowy – wynosił on 28 TB na miesiąc dla wszystkich dostarczonych kart SIM,
 - po wyczerpaniu ww. maksymalnego pakietu danych miała zostać obniżona prędkość transmisji danych.

Dowody:

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3338-3339;

pismo KGP z dnia 28 sierpnia 2014 r., k. 749;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3354-3362;

dokumentacja przetargowa przetargu 12/BŁiI/13/KK dostępna na stronie internetowej:

<http://przetargi.policja.pl/zp/archiwum-1/2013/84182,12BliI13KK.html>.

- (82) Jak wynika z wyjaśnień przekazanych przez operatorów i KGP w toku postępowania antymonopolowego, do najistotniejszych czynników, które wpływają na wysokość ceny za usługę transmisji danych, należy zaliczyć:
- (1) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3339, 3410, 3467', 3480]; w przypadku kart krypto każda zmiana operatora powodowała konieczność instalacji na wszystkich urządzeniach bibliotek (oprogramowania) do obsługi kart wybranego w postępowaniu operatora, [informacje dotyczące strategii przedsiębiorcy odnośnie do udziału w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - k.3410, 3481];
 - (2) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3410, 3468', 3480] – w postępowaniach 59/BŁiI/12/BB, 77/BŁiI/12/KM, 70/BŁiI/12/MSz, 114/BŁiI/12/KM, 118/BŁiI/12/TG, 167/BŁiI/12/KM wykonawca miał dostarczyć usługę o nielimitowanej ilości transmitowanych danych; natomiast w postępowaniu 3/BŁiI/13/KK ograniczono transmisję do 2GB na kartę SIM na miesiąc, a z kolei w postępowaniu 12/BŁiI/13/KK zamawiający podjął decyzję o wprowadzeniu pakietu, który musiał wynosić 28TB na miesiąc dla wszystkich dostarczonych kart SIM.
 - (3) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3339, 3343, 3467', 3468', 3480, 3481];
 - (4) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3339, 3343] – przygotowanie kart krypto jest czasochłonne (zamówienie nowych u producenta może zająć od 6 do 10 tygodni), [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3343];
 - (5) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3467', 3468'];
 - (6) [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3339, 3412, 3467', 3468, 3443, 3447, 3448, 3480] (w przypadku *service providera*). [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz informacje dotyczące

polityki cenowej przedsiębiorcy, w tym okoliczności branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3339, 3412, 3468’, 3443]. [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3443, 3447, 3448]. [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorce, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k.3339, 3468’].

Dowody:

pismo Orange z dnia 20 lutego 2015 r., k. 3338-3339;

pismo KGP z dnia 28 sierpnia 2014 r., k. 749;

pismo Polkomtel z dnia 2 marca 2015 r., k. 3354-3362;

pismo Polkomtel z dnia 5 października 2015 r. k.3443.

VI. Stanowiska stron

Polkomtel

- (83) Zarówno odnosząc się do treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, jak i w końcowym stanowisku zajęтым przez stronę, Polkomtel zaprzeczył zawarciu jakiegokolwiek niedozwolonego porozumienia z Orange i Unicom, w szczególności porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku bezprzewodowej transmisji danych, poprzez uzgadnianie z ww. przedsiębiorcami warunków składanych ofert w przetargach na transmisję danych organizowanych przez KGP i CPD. Polkomtel wskazał, że brak jest jakichkolwiek dowodów, na okoliczność zawarcia przez spółkę niedozwolonego porozumienia. W ocenie Polkomtel, wyjaśnienia zawarte w aktach śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12 są niezgodne z prawdą, niewiarygodne i nie stanowią wystarczającej podstawy do postawienia spółce zarzutu zawarcia niedozwolonego porozumienia. W związku z powyższym Polkomtel wniósł o wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji o umorzeniu przedmiotowego postępowania, jako bezprzedmiotowego.

Orange

- (84) Orange zaprzeczył zarzutowi uczestniczenia w porozumieniu i uzgadniania z pozostałymi stronami postępowania warunków ofert składanych w postępowaniach przetargowych, które były organizowane przez CPD oraz KGP. Spółka wyjaśniła, że wszelkie

podejmowane działania rynkowe, w tym także te dotyczące przetargów publicznych, są podejmowane przez spółkę samodzielnie, zgodnie z przyjętą strategią biznesową, adekwatnie do warunków rynkowych aktualnych w momencie ich podejmowania. W ocenie Orange, brak jest dowodów, potwierdzających podejrzenie zawarcia przez Unicom, Orange oraz Polkomtel porozumienia ograniczającego konkurencję. Wyjaśnienia zawarte w aktach śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, zdaniem spółki, nie stanowią dowodu na okoliczność zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, z uwagi na niespójność oraz oczywistą sprzeczność z faktycznym przebiegiem postępowania 114/BŁiI/12/KM. Również analiza ofert składanych przez strony w toku postępowań przetargowych organizowanych przez KGP i CPD, z uwagi na brak nieprawidłowości lub podobieństwa tych ofert, nie pozwala na stwierdzenie, że pomiędzy stronami dochodziło do współpracy lub jakichkolwiek ustaleń. W związku z powyższym Orange wniosła o wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji o umorzeniu przedmiotowego postępowania.

Unicom

- (85) Pismem z dnia 13 stycznia 2013 r. pełnomocnik Unicom, z uwagi na prowadzone przez Prokuraturę Apelacyjną śledztwo w przedmiocie tożsamym z przedmiotową sprawą, wniosł o zawieszenie postępowania antymonopolowego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania karnego.
- (86) W piśmie z dnia 30 marca 2015 r. syndyk Masy Upadłości Unicom sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej podniósł, że postępowanie antymonopolowe może być prowadzone jedynie wobec przedsiębiorców. Syndyk, jako podmiot nie prowadzący działalności gospodarczej nie może być tym samym uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, co powoduje że nie jest on biernie legitymowany do występowania jako strona w postępowaniu antymonopolowym.

W oparciu o powyższe ustalenia, Prezes Urzędu zważył, co następuje.

I. Interes publiczny

- (87) Podstawą zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jest uprzednie stwierdzenie, że w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Ustawa określa warunki rozwoju

i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorcy lub przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

- (88) Należy wskazać, że pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Prezes Urzędu rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania oraz wydając decyzję musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło⁹.
- (89) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego, wywołało lub też potencjalnie mogło wywołać na rynku niekorzystne – w świetle celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów czy zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku¹⁰. Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym przez przepisy Ustawy jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym.
- (90) Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów o klientów, w celu osiągnięcia maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług. Pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, w tym porozumienia pomiędzy uczestnikami postępowań przetargowych, prowadzą do ograniczenia konkurencji, a przez to naruszają interes publiczny. Ustalanie pomiędzy konkurentami warunków składanych ofert może wpływać negatywnie na poziom cen oferowanych w przetargach oraz zakres wyboru i jakość usług dla zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zmowy przetargowe „*co do zasady mogą eliminować konkurencję cenową, wpływać na strukturę konkurencji na danym rynku, blokować możliwość wejścia na rynek nowych podmiotów*”¹¹. Z tego względu zawieranie tego typu porozumień godzi w interes publiczny w rozumieniu art. 1 ust. 1 Ustawy.

⁹Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

¹⁰Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt III SK 21/16.

¹¹Wyrok SN z dnia 14.01.2009 r., sygn. akt III SK 26/08.

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

II. Status przedsiębiorcy

(92) Zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy, reguluje ona zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję przedsiębiorców lub ich związków. Zatem do tych uczestników rynku stosuje się zakaz praktyk ograniczających konkurencję, w tym zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ustanowiony w Ustawie. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. *Prawo przedsiębiorców* (Dz.U. poz. 646). Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy *Prawo przedsiębiorców*, za przedsiębiorcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą działalność gospodarczą. Wobec faktu, że Unicom, Orange i Polkomtel są spółkami prawa handlowego wpisanymi do rejestru przedsiębiorców oraz prowadzą działalność gospodarczą, należy uznać, że każda ze stron przedmiotowego postępowania posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 Ustawy.

(93) Na posiadanie przez Unicom statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* bez wpływu pozostaje okoliczność, że w toku postępowania antymonopolowego Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy Sąd Gospodarczy X Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość spółki obejmującą likwidację jej majątku.

(94) Ogłoszenie upadłości nie wyklucza uznania, że przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą¹². Zamieszczenie w firmie upadłego informacji, że przedsiębiorca jest w stanie upadłości, informuje pozostałych uczestników obrotu gospodarczego o jego sytuacji prawnej, ale nie powoduje z mocy prawa zakończenia bytu prawnego spółki, który trwa aż do chwili wykreślenia spółki z rejestru. To zaś następuje dopiero po zakończeniu postępowania upadłościowego. Powyższe wynika z brzmienia ustawy z dnia

¹² Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008 r., III CZP 4/08, OSNC 2009/7-8/100, Biul. SN 2008/6/11, M. Prawn. 2009/1/38-39.

28 lutego 2003 r. *Prawo upadłościowe* (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344, ze zm.), zgodnie z którą rozwiązanie spółki, rozumiane jako definitywne zakończenie bytu prawnego, następuje z chwilą wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców¹³. Zgodnie z art. 368 ww. ustawy, sąd po wykonaniu ostatecznego planu podziału stwierdza zakończenie postępowania upadłościowego, wydając stosowne postanowienie. Uprawnoczenie się wspomnianego postanowienia oznacza koniec postępowania upadłościowego. Dopiero wtedy, na podstawie art. 477 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1577, ze zm.), syndyk składa wniosek o wykreślenie spółki z rejestru.

- (95) Nie można także uznać, że od chwili ogłoszenia upadłości, działalność gospodarcza nie jest prowadzona przez upadłą spółkę, lecz przez syndyka. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy *Prawo upadłościowe*, obowiązkowe jest podstawienie procesowe syndyka w miejsce upadłego. Zgodnie z tzw. teorią urzędową dotyczącą sytuacji syndyka w procesie, czy postępowaniu administracyjnym, syndyk nie jest zastępcą bezpośrednim, lecz osobą pełniącą funkcję organu urzędowego. Działa w imieniu własnym, z mocy „własnego prawa”, jakkolwiek skutki podejmowanych przez niego czynności wchodzących w zakres zarządzania masą upadłości dotyczą upadłego.¹⁴ W związku z tym, z punktu widzenia procesu cywilnego lub postępowania administracyjnego, syndyka uważa się – na zasadzie tzw. podstawienia (subrogacji) – za stronę w znaczeniu procesowym (formalnym). Stroną w znaczeniu materialnym pozostaje zaś upadły, będący rzeczywistym podmiotem spornego stosunku prawnego¹⁵.
- (96) Mając na względzie, że na dzień wydania przedmiotowej decyzji postępowanie upadłościowe względem Unicom nie zostało zakończone, a spółka nie została wykreślona z rejestru, należy uznać, że nadal posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III. Rynek właściwy w sprawie

- (97) Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy *o ochronie*

¹³ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 459 Kodeksu spółek handlowych*, E-LEX 2018.

¹⁴ Por. art. 144 ust. 2 i art. 160 ust. 1 ustawy *Prawo upadłościowe* oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1999 r., II CKN 358/99, OSNC 1999, nr 12, poz. 219 lub wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2006 r., II CSK 40/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 168.

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

konkurencji i konsumentów. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.¹⁶

- (98) Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 Ustawy, rozumie się „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”. Ustawowa definicja rynku właściwego wskazuje zatem na dwa aspekty, jakie powinny być brane pod uwagę podczas jego określania, a mianowicie aspekt produktowy i geograficzny. Pierwszy stanowi, które towary są zaliczane do tego samego rynku właściwego, a drugi – jaki jest zakres terytorialny tego rynku. Należy przy tym wskazać, że pod pojęciem towaru, w świetle art. 4 pkt 7 Ustawy, rozumie się także wszelkiego typu usługi.
- (99) W ocenie Prezesa Urzędu, badane w niniejszej sprawie zachowanie przedsiębiorców, mogło ograniczyć konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług bezprzewodowej transmisji danych.

IV. 1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

- (100) Reguły definiowania rynku właściwego w ujęciu produktowym oparte są na koncepcji substytucyjności, rozumianej jako możliwość zamiennego stosowania produktów lub usług przez nabywców, których potrzeby mają one zaspokajać. Oznacza to, że podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku produktowego ma substytucyjność po stronie popytu (tzw. substytucyjność popytowa).
- (101) Usługa bezprzewodowej transmisji danych uznawana jest za jeden z segmentów rynku telefonii ruchomej¹⁷. Usługa ta może być świadczona w różnych wariantach, w zależności od potrzeb usługobiorcy.
- (102) W niniejszej sprawie zasadne jest wyznaczenie zakresu analizowanego rynku właściwego w aspekcie produktowym, ze względu na przeznaczenie i funkcjonalność usług, na wykonywanie których zgłosili zapotrzebowanie zamawiający w ramach analizowanych przetargów.
- (103) Zamówiony przez KGP model świadczenia usługi polegał na umożliwieniu funkcjonariuszom korzystającym z terminali mobilnych, łączności z centralnymi

¹⁶Wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

¹⁷ Por. Urząd Komunikacji Elektronicznej, „Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2014 roku”.

systemami Policji Z kolei w przypadku przetargu na rzecz CPD, usługa polegała na zapewnieniu łączności komputerom we wskazanych placówkach z centralną bazą CPD. W każdym wypadku, usługa transmisji danych miała umożliwić opartą na usługach mobilnych wymianę danych, między terminalami a centralnymi systemami informatycznymi podmiotu zamawiającego usługę. Wymiana danych, polegała na umożliwieniu zestawienia bezpiecznych (tj. całkowicie odseparowanych od sieci Internet) połączeń, do wewnętrznych serwisów teleinformatycznych podmiotu zamawiającego, z wykorzystaniem technologii mobilnej w technologii sieci pakietowej (GPRS, EDGE lub UMTS).

- (104) W przypadku świadczenia usług bezprzewodowej transmisji dla klientów zainteresowanych utworzeniem wewnętrznej sieci, wykonawca dostosowuje usługę do indywidualnych potrzeb określonego klienta tak, aby zapewnić możliwość wykonywania bezpiecznych połączeń do wewnętrznych serwisów teleinformatycznych. Można zatem przyjąć, że możliwe jest wyodrębnienie w ramach rynku bezprzewodowej transmisji danych jego segmentu, jakim jest zapewnianie bezpiecznych połączeń w wewnętrznych serwisach teleinformatycznych.
- (105) Po stronie podażowej rynku bezprzewodowej transmisji danych znajdują się przedsiębiorcy telekomunikacyjni, przede wszystkim operatorzy ruchomych sieci telefonicznych MNO (do której to kategorii należą Orange i Polkomtel). Ponadto usługa ta może być świadczona przez operatorów wirtualnych ruchomych sieci telefonicznych, tzw. MVNO, prowadzących działalność w oparciu o jeden z modeli współpracy z operatorami MNO (np. jako *service provider*, tak jak w przypadku Unicom).
- (106) Uczestnikami rynku bezprzewodowej transmisji danych po stronie popytowej są klienci przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zarówno konsumenci jak i przedsiębiorcy (klienci korporacyjni), korzystający z transmisji danych, przede wszystkim w związku z usługą dostępu do sieci Internet oraz przesyłania wiadomości. Uczestnikami rynku po stronie popytowej są także podmioty chcące utworzyć wewnętrzne serwisy teleinformatyczne. Do tej grupy należą m. in. podmioty zobowiązane do stosowania ustawy *Prawo zamówień publicznych*, takie jak KGP oraz CPD. Do potencjalnych odbiorców tego typu usług można zaliczyć także inne służby publiczne (np. Państwowe Ratownictwo Medyczne). Ponadto możliwe jest także korzystanie z usługi bezprzewodowej transmisji danych przez podmioty prywatne, zainteresowane posiadaniem wewnętrznych serwisów teleinformatycznych.

- (107) Powyższe okoliczności uzasadniają przyjęcie w niniejszej sprawie definicji rynku właściwego w ujęciu produktowym, jako rynku bezprzewodowej transmisji danych. Należy wskazać, że możliwość świadczenia tej usługi z zastosowaniem pewnych modyfikacji, dostosowujących ją do potrzeb określonej grupy klientów, nie jest wystraszająca dla przyjęcia w niniejszej sprawie węższej definicji rynku. Usługa bezprzewodowej transmisji danych będąca przedmiotem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego analizowanych w niniejszej sprawie świadczona jest bowiem za pomocą tych samych technologii, co inne rodzaje transmisji danych świadczonych w telefonii mobilnej. W związku z tym, przedsiębiorcy telekomunikacyjni dysponujący technologią bezprzewodowej transmisji danych, mogą potencjalnie świadczyć również usługi polegające na zapewnianiu bezpiecznych połączeń w wewnętrznych serwisach teleinformatycznych.
- (108) Należy także wskazać, że stosownie do art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, antykonkurencyjna praktyka w postaci zmowy przetargowej, 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 nie ma decydującego znaczenia w niniejszej sprawie.
- (109) Mając powyższe na względzie Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, jest rynek bezprzewodowej transmisji danych.

III. 2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

- (110) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu ustalił, że rynek, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia i ograniczenia konkurencji, ma wymiar krajowy.
- (111) W ocenie Prezesa Urzędu, za takim wyznaczeniem rynku geograficznego przemawia fakt, że do świadczenia detalicznych usług telefonii ruchomej, w tym usługi transmisji danych, niezbędne jest posiadanie, lub korzystanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, z ruchomej publicznej sieci telefonicznej na obszarze Polski. W konsekwencji, podmioty nieposiadające ww. sieci na terytorium RP lub niekorzystające z takich sieci należących do innych przedsiębiorców, nie mogą wywierać presji konkurencyjnej na przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w oparciu o taką sieć w Polsce.

- (112) Ponadto za krajowym wymiarem tego rynku przemawia fakt, że możliwość zapewnienia dostępu do usługi odpowiedniej jakości na terenie całego kraju, była jednym z podstawowych wymagań stawianych potencjalnym oferentom przez zamawiających, a świadczenie usług bezprzewodowej transmisji danych odbywało się na zapotrzebowanie państwowych organów działających na terenie całego kraju. Za określeniem rynku jako krajowego, przemawia również fakt, że na terenie całego kraju przedsiębiorcy świadczący usługi transmisji danych mają jednolite warunki konkurencji. Brak jest zróżnicowania warunków prowadzenia powyższej działalności w poszczególnych częściach kraju.
- (113) Mając powyższe na względzie, Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym mogło dojść do zawarcia porozumienia oraz do ograniczenia konkurencji, jest obszar Polski.
- (114) Powyższe okoliczności oznaczają, że w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym miało dojść do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, jest **krajowy rynek bezprzewodowej transmisji danych**.

IV. 2. Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (7) Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zakazane są w szczególności porozumienia 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 (art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy). W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, Prezes Urzędu musi ustalić czy doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a także czy porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

IV. 1. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

- (1) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje różne formy, jakie może przybrać zakazane prawem konkurencji porozumienie. Stosownie do art. 4 pkt 5 Ustawy, 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. Powyższe rozróżnienie wprowadzono po to, aby objąć zakresem zakazu różne formy koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami. W orzecznictwie unijnym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób”¹⁸. Zatem kluczową kwestią dla ustalenia zawarcia porozumienia jest ustalenie zgodności woli pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami (ang. *concurrency of wills*). Tym samym, jeżeli zgromadzone w sprawie dowody nie potwierdzają, że doszło do ustalenia zgodności woli pomiędzy przedsiębiorcami, nie można uznać, iż w danej sprawie doszło do zawarcia porozumienia w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

- (2) W postępowaniu antymonopolowym ciężar dowodu stosowania praktyk naruszających konkurencję obciąża Prezesa Urzędu. W każdym więc wypadku stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut.
- (3) W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że w razie braku bezpośrednich dowodów na zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję, dopuszczalnym jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się, zgodnie z art. 84 Ustawy, do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1360) 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 wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Zatem ustalając stan faktyczny sprawy Prezes Urzędu może oprzeć się zarówno na dowodach bezpośrednich, jak i pośrednich.
- (4) W toku analizy dowodów pośrednich Prezes Urzędu musi ocenić, czy zachowania przedsiębiorców będących stronami postępowania, dają się wyjaśnić w sposób spójny i logiczny bez konieczności przyjęcia, iż doszło do porozumienia tych podmiotów na

¹⁸ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA *Herkules Chemicals NV v Komisja*, Zb. Orz. z 1991 r., II-1711, pkt 2, wyrok SPI w sprawie T-305/94 etc. *NV Limburgse Winyl Maatschappij v Komisja*, Zb. Orz. z 1999 r., II-931.

rynku właściwym. Jeżeli wyjaśnienie takie jest możliwe, brak jest podstaw by uznać, że doszło do zawarcia porozumienia¹⁹.

- (5) Dążąc do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, Prezes Urzędu w toku postępowania zgromadził dowody, na podstawie których możliwa była analiza zachowań przedsiębiorców, stosowanych przez nich cen oraz okoliczności branych przez nich pod uwagę, przy kształtowaniu polityki cenowej w przetargach na usługę transmisji danych, organizowanych przez KGP oraz CPD w latach 2012-2013.
- (6) Przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte w związku z uzyskaniem przez Prezesa Urzędu informacji z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, dotyczących jak ustalono, postępowań przetargowych na transmisję danych, zorganizowanych przez KGP (przetargi prowadzone pod sygnaturami: 118/BŁiI/12/TG, 114/BŁiI/12/KM oraz 3/BŁiI/13/KK) oraz CPD (przetarg prowadzony pod sygnaturą 10/CPD/PN/TRANSMISJA/2012).
- (7) Jak wynika z analizy dowodów zgromadzonych w sprawie, Unicom jako *service provider* nie mógł świadczyć usługi transmisji danych samodzielnie i przed każdym z analizowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, musiał zwrócić się o ofertę do operatorów MNO, aby nabyć co najmniej od jednego z nich usługi telekomunikacyjne. Ceny na opisywane usługi uzyskane przez Unicom od operatorów MNO miały wpływ na ceny Unicom w stosunku do zamawiających KGP i CPD. Z tego powodu, kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, po ogłoszeniu każdego z postępowań a przed złożeniem oferty Unicom, były nie tylko całkowicie uzasadnione, ale i konieczne.
- (123) Ze względu na fakt, że zarzucane stronom porozumienie antykonkurencyjne polegało m. in. na ustalaniu cen w ofertach przetargowych i mogło mieć na celu uzyskanie od zamawiających cen wyższych, niż ceny rynkowe, Prezes Urzędu uznał także, że konieczne jest zbadanie, czy wysokość cen zaoferowanych w analizowanych postępowaniach przetargowych można wyjaśnić kształtowaniem się czynników rynkowych.

¹⁹ Por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 7 lipca 2015 r., nr DOK-1/2015, http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf

- (124) W toku postępowania przedsiębiorcy przedstawili wyjaśnienia, odnośnie do stosowanej w przetargach polityki cenowej oraz wskazali czynniki wpływające na podwyżki cen za usługę transmisji danych w ofertach przetargowych.
- (125) Z przedstawionych informacji wynika, że wysokość cen w ofertach złożonych w postępowaniu 118/BŁiI/12/TG, mogła być uzasadniona następującymi czynnikami:
1. wymogiem zapewnienia w ramach usługi łącza APN,
 2. wymogiem świadczenia usługi bez wprowadzenia limitu danych,
 3. faktem, że umowa miała być zawierana na krótki okres oraz dotyczyła mniejszej ilości kart w stosunku do zamówień wcześniejszych, co zmniejszyło możliwość rozłożenia kosztów.

Wskazane przez przedsiębiorców okoliczności wyjaśniają podwyżkę cen zastosowaną przez nich w związku z postępowaniem 118/BŁiI/12/TG.

- (126) Odnośnie do przetargu 3/BŁiI/13/KK należy wskazać, że mimo zastosowania w tym postępowaniu limitu transmisji danych, co mogłoby wpłynąć na obniżenie ceny za usługę, zamawiający określił bardzo krótki czas świadczenia usługi (dwa miesiące) oraz krótki czas na jej wdrożenie (jeden miesiąc). [Informacje dotyczące strategii przedsiębiorcy stosowanej w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz stosowanej polityki cenowej, w tym czynników branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3343, 3481]. Należy także wskazać, że zarówno z informacji przekazanych przez operatorów, jak i z przekazanego przez Prokuraturę Apelacyjną materiału dowodowego wynika, że [informacje dotyczące strategii przedsiębiorcy stosowanej w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz stosowanej polityki cenowej, w tym czynników branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3343, 3481], podczas gdy Unicom posiadał już odpowiednie oprogramowanie. Okoliczność ta tłumaczy fakt niewzięcia udziału w tym postępowaniu przez Orange i Polkomtel.
- (127) Jak wyjaśniono w pkt. 12-13 niniejszej decyzji, informacje pozyskane z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, dotyczące ustalania warunków uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie odnosiły się do postępowania organizowanego przez KGP o sygn. 114/BŁiI/12/KM, lecz 167/BŁiI/12/KM. Należało zatem przeanalizować także okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 167/BŁiI/12/KM.

- (128) Analiza zebranych w sprawie dowodów wskazuje, że wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu 167/BŁiL/12/KM, mogła znajdować uzasadnienie w okolicznościach rynkowych. Na wysokość cen wyjściowych, zaoferowanych w postępowaniu 167/BŁiL/12/KM (podobnie jak w postępowaniu 114/BŁiL/12/KM) mógł mieć wpływ przede wszystkim fakt, że w ich trakcie przeprowadzono aukcje elektroniczne, [informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, przy kalkulowaniu cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3467’].
- (129) Również ustalone okoliczności organizowanego przez CPD postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 10/CPD/PN/TRANSMISJA/2012, nie dają wystarczających podstaw do stwierdzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3447, 3444]. Unicom, aby zapewnić wymaganą przez zamawiającego dostępność usługi i jej odpowiednią jakość, był zmuszony nabyć karty od więcej niż jednego operatora MNO. Z kolei analizując ceny złożonych ofert należy wskazać, że zaoferowanie w przetargu przez Orange ceny wyższej, niż cena zaoferowana przez Unicom, [informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz informacje dotyczące polityki cenowej, w tym okoliczności branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3412, 3339, 3468]. Z kolei Unicom, który świadczył usługę korzystając z sieci dwóch różnych operatorów, nie ponosił tego ryzyka w tak znacznym stopniu.
- (130) Należy w tym miejscu podkreślić, że ostatnia ze wskazanych okoliczności, tj. specyficzny model świadczenia usługi transmisji danych stosowany przez Unicom, pozwalał tej spółce na oferowanie w przetargach dla CPD i KGP, cen i jakości usług konkurencyjnych do ofert operatorów MNO, w szczególności w okresie, [informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3468, 3339, 3443, 3448, 3480]. Jak już wskazano, KGP i CPD zależało na niezakłóconym dostępie do usług, a wszelkie jego zakłócenia mogły grozić koniecznością zapłaty wysokich kar umownych. [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przed przedsiębiorcą, w związku z uczestnictwem w

postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3468, 3339, 3443, 3448, 3480]. Z kolei Unicom mógł świadczyć usługę transmisji danych we współpracy z oboma operatorami MNO. Właściwe zarządzanie usługą, w oparciu o dwie różne sieci, pozwalało na zapewnienie zasięgu we wszystkich lokalizacjach i minimalizowało ryzyko związane z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego, [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3341-3342, 3343, 3447], przy czym w postępowaniu 118/BŁiI/12/TG (jedynym, które nie zostało unieważnione), faktycznie nabył usługi od Polkomtel oraz [informacje dotyczące współpracy handlowej przedsiębiorcy z Unicom, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3341-3342].

- (131) Ponadto należy wskazać, że w okolicznościach niniejszej sprawy, również fakt dużego spadku cen usługi transmisji danych oferowanych w związku z postępowaniem 12/BŁiI/13/KK, w porównaniu do cen we wcześniejszych postępowaniach, może znajdować uzasadnienie inne, niż objęcie wcześniej przeprowadzanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znową przetargową. Przede wszystkim wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia 12/BŁiI/13/KK różniły się znacząco, jeśli chodzi o wymagania techniczne, w porównaniu do poprzednich przetargów. W przetargu tym nie wymagano bowiem implementowania bibliotek kartograficznych na kartach SIM oraz określono maksymalny pakiet danych, jaki może być wykorzystany w okresie obowiązywania umowy – wynosił on 28 TB na miesiąc dla wszystkich dostarczonych kart SIM, co obniżyło koszt świadczenia usługi. [Informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz informacje dotyczące polityki cenowej, w tym okoliczności branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3468’].
- (132) Opisane wyżej okoliczności wskazują, że decyzje przedsiębiorców dotyczące uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez KGP i CPD oraz wysokość zaoferowanych cen, mogą znaleźć wytłumaczenie w istniejących warunkach rynkowych i w specyfice prowadzonej działalności.
- (133) Dowody i informacje dotyczące specyfiki świadczenia usługi, nie wskazują także na to, by przedsiębiorcy mogli w wyniku analizowanych przetargów uzyskać ceny wyższe niż rynkowe. Przede wszystkim należy wskazać, że ceny stosowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez Unicom, zależały w przeważającym stopniu

od ceny, po jakiej nabywał on usługi od operatorów MNO. Co więcej, jak wynika z zebranego materiału dowodowego, w latach 2012-2013 świadczenie usługi na terenie całego kraju było dla niego najłatwiejsze wówczas, gdy korzystał z usług zakupionych od więcej niż jednego operatora. Orange i Polkomtel mogły zakładać, że aby móc efektywnie świadczyć usługę, Unicom najprawdopodobniej nabędzie ofertę od każdego z nich, a nie skorzysta tylko z korzystniejszej oferty jednego operatora. Wydaje się, że w takim stanie faktycznym, ewentualnie zamierzony efekt w postaci podniesienia ceny dla klienta końcowego, każdy z operatorów mógłby uzyskać podejmując samodzielne działania, tj. podnosząc ceny dla *service provider*a. Ze względu na daleko idącą zależność ceny detalicznej (oferowanej zamawiającym w przetargach) od ceny hurtowej (oferowanej przez MNO *service provider*owi) oraz niewielkie bodźce do konkurowania pomiędzy Orange a Polkomtel o świadczenie usług wobec Unicom, takie samodzielne jednostronne działania byłyby wystarczające, by osiągnąć efekt w postaci podniesienia ceny dla zamawiającego. Ponadto, jak wyżej podkreślono, [informacje dotyczące czynników technicznych branż pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3468, 3339, 3443, 3448, 3480]. Wszystkie powyższe okoliczności również podają w wątpliwość hipotezę, że strony niniejszego postępowania zawarły porozumienie ograniczające konkurencję, mogą przemawiać natomiast za uzasadnieniem ich działań specyfiką prowadzonej działalności.

- (134) Dokonując oceny całokształtu materiału dowodowego należy wskazać, że nie jest on wystarczający do stwierdzenia, że doszło do zawarcia przez strony postępowania porozumienia ograniczającego konkurencję. Informacje uzyskane przez Prezesa Urzędu z akt prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie śledztwa o sygn. Ap. V Ds. 111/12, choć stanowiły w okolicznościach niniejszej sprawy dowód wystarczający dla wszczęcia postępowania antymonopolowego, nie znalazły wystarczającego potwierdzenia w innych zebranych dowodach i nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez strony postępowania.
- (135) Ponadto – jak wskazano wyżej – działania przedsiębiorców, które mogłyby wskazywać na istnienie uzgodnień, mogą znajdować uzasadnienie w okolicznościach przetargów oraz w specyfice prowadzonej przez nich działalności. Decyzje o wzięciu lub niewzięciu udziału w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaferowane przez przedsiębiorców ceny, mogą wynikać z czynników

takich jak [informacje dotyczące czynników technicznych branych pod uwagę przez przedsiębiorcę, w związku z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz informacje dotyczące polityki cenowej, w tym okoliczności branych pod uwagę przy kalkulacji cen ofertowych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – k. 3339, 3412, 3342, 3468, 3443, 3480], zmieniające się wymagania zamawiających co do technicznych warunków świadczenia usługi. Jednocześnie Prezes Urzędu nie pozyskał bezpośrednich dowodów, wskazujących na dokonywanie uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami.

- (136) Należy podkreślić, że standard dowodu w postępowaniu antymonopolowym pozwala na uznanie, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję wówczas, gdy całokształt ustalonych w sprawie faktów w sposób logiczny i poparty doświadczeniem życiowym, nie daje się wyjaśnić inaczej, aniżeli zawarciem przez przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję, wykluczającego niezależne działanie przedsiębiorców. Zebrane w toku niniejszego postępowania dowody pośrednie nie pozwalają na wykazanie, że strony postępowania uczestniczyły w porozumieniu ograniczającym konkurencję.
- (137) Po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, Prezes Urzędu uznał, że w przedmiotowej sprawie, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie jest możliwe uznanie za udowodnione, że pomiędzy Unicom, Polkomtel i Orange doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi bezprzewodowej transmisji danych, organizowanych przez Komendę Główną Policji oraz Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

V. Oddalenie wniosku Unicom o zawieszenie postępowania

- (138) Pismem z dnia 13 stycznia 2014 r. Unicom sp. z o.o. na podstawie art. 97 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm., dalej: „k.p.a.”), złożył wniosek o zawieszenie postępowania antymonopolowego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie o sygn. V Ds. 111/12. W ocenie Spółki, z uwagi na art. 241 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. *Kodeks karny* (Dz.U. Nr 88, poz. 553) oraz gwarancje procesowe strony według

ustawy *Kodeks postępowania karnego*, nie jest możliwe kompletne zajęcie stanowiska przez Unicom, w sprawie toczącej się przed Prezesem Urzędu.

- (139) Mając na uwadze powyższe, wniosek Unicom należało rozważyć w kontekście przesłanki do zawieszenia postępowania, o której mowa w art. 97 § 1 pkt 4 *k.p.a.* tj. gdy rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd. W takim też wypadku, należałoby potraktować wyniki postępowania przygotowawczego o sygn. Ap. V Ds. 111/12, prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie, jako uprzednie zagadnienie wstępne, od którego zależy rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji. W związku z powyższym, należy podkreślić, że do stwierdzenia, iż w sprawie występuje zagadnienie wstępne, o którym mowa w art. 97 § 1 pkt 4 *k.p.a.*, musi zaistnieć zależność między uprzednim rozstrzygnięciem zagadnienia wstępnego, rozpatrzeniem sprawy i wydaniem decyzji²⁰. Prowadzone przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie postępowanie przygotowawcze oraz przedmiotowe postępowanie antymonopolowe, prowadzone w sprawie naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, są odrębnymi i niezależnymi postępowaniami, a możliwość rozpatrzenia sprawy i wydania przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy, nie jest uzależniona od pierwotnego rozstrzygnięcia w sprawie karnej.
- (140) Należy ponadto wskazać, że Prezes UOKiK prowadzi w postępowaniu antymonopolowym postępowanie dowodowe odrębne od postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę i wydaje w sprawie decyzję na podstawie zgromadzonych w sprawie dowodów. Zagadnieniem wstępnym nie może być zaś wyjaśnienie okoliczności faktycznych sprawy, gdyż należy to wyłącznie do obowiązków organu prowadzącego postępowanie administracyjne w danej sprawie.²¹
- (141) Z uwagi na powyższe, w opinii Prezesa UOKiK, w niniejszej sprawie nie można przyjąć, że rozstrzygnięcie kończące przeprowadzone przez Prokuraturę postępowanie stanowić będzie zagadnienie wstępne w rozumieniu art. 97 § 1 pkt 4 *k.p.a.*, co pociąga za sobą brak możliwości zawieszenia przedmiotowego postępowania

²⁰ Por. G. Łaszczycza, „*Komentarz do art. 97 Kodeksu postępowania administracyjnego*”, LEX 2010, pkt III.2.

²¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 grudnia 2008 r., sygn. akt II OSK 1559/07.

antymonopolowego. W związku z powyższym, Prezes UOKiK postanowił odmówić zawieszenia przedmiotowego postępowania.

VI. Umorzenie postępowania

- (142) Stosownie do treści art. 105 § 1 *k.p.a.* w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli postępowanie z jakichkolwiek przyczyn stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Przesłankę umorzenia postępowania, zgodnie z ww. przepisem kpa, stanowi bezprzedmiotowość postępowania „z *jakichkolwiek przyczyn*”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego, w odniesieniu do strony podmiotowej lub przedmiotowej. Z bezprzedmiotowością mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy²². Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, a zostać ujawniona dopiero w toczącym się postępowaniu, lub może ona powstać także w czasie trwania postępowania.
- (143) Biorąc pod uwagę, że Prezes Urzędu nie udowodnił, że przedsiębiorcy będący stronami postępowania działali w warunkach niedozwolonego uzgodnienia, należy uznać, że postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie jest bezprzedmiotowe i nie powinno zakończyć się wydaniem decyzji merytorycznej, tj. w szczególności decyzji, o której mowa w art. 10 lub art. 11 ust. 2 Ustawy.
- (144) Dlatego też, wobec niezidentyfikowania jednoznacznych, nie budzących poważnych wątpliwości podstaw do przyjęcia, że Unicom, Polkomtel oraz Orange zawarły zarzucane im niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, Prezes Urzędu działając w oparciu art. 105 § 1 kpa w związku z art. 83 Ustawy, dokonał umorzenia niniejszego postępowania antymonopolowego.

W związku z powyższym orzeka się jak w sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w zw. z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* oraz art. 3 i art. 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego*, od niniejszej decyzji

²² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 1995 r., S.A./Łd 2424/94, ONSA 1996/2/80.

przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia doręczenia decyzji.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji

Wojciech Dorabialski