



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ**

Wrocław, 9 lipca 2019 r.

RWR.410.1.2017.JB

Decyzja nr RWR 1/2019

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz stosownie do art. 33 ust. 4 - 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, porozumienie zawarte na krajowym rynku dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych, pomiędzy przedsiębiorcami:

- ALIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,
- TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku,

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do zorganizowanego w 2016 r. przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego przetargu pod nazwą „Subskrypcja wsparcia technicznego wraz z dostawą Oprogramowania niezbędnego do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tym postępowaniu czynności mających doprowadzić do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369) z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na:

- ALIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze **karę pieniężną w wysokości 12 401,80 zł** (słownie: dwanaście tysięcy czterysta jeden złotych 80/100) płatną do budżetu państwa,



- TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku karę pieniężną w wysokości 53 093,68 zł (słownie: pięćdziesiąt trzy tysiące dziewięćdziesiąt trzy złote 68/100) płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, **obciąża się kosztami postępowania:**

- ALIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w wysokości 25,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,
- TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku w wysokości 25,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,

oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegaturę we Wrocławiu (zwanego dalej: „Prezesem UOKiK” lub „organem antymonopolowym”) postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargu pn. „Subskrypcja wsparcia technicznego wraz z dostawą Oprogramowania niezbędnego do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”, zorganizowanego przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego w 2016 r., naruszają przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369 - dalej „ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów*”), w szczególności jej art. 6 ust 1 pkt 7 (sygn. akt RWR 400-2/17/JB).
- (2) W toku ww. postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK ustalił, że są podstawy do podejrzenia, iż przedsiębiorcy:
 - ALIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej również jako „ALIC),
 - TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku (dalej również jako „TYLDA”),w związku z udziałem w ww. przetargu mogli zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję.



- (3) Wobec powyższego - Postanowieniem RWR Nr 73/2017 z dnia 13 października 2017r. - zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez ww. przedsiębiorców powyżej opisanego porozumienia (k. 1-5)
- (4) Tym samym postanowieniem RWR Nr 73/2017 Prezes Urzędu postanowił zaliczyć w poczet materiału dowodowego, wszczętego w dniu 13 października 2017 r. postępowania antymonopolowego, całość informacji i dokumentów uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargu pn. „Subskrypcja wsparcia technicznego wraz z dostawą Oprogramowania niezbędnego do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”, zorganizowanego przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego w 2016 r., naruszają przepisy ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, w szczególności jej art. 6 ust 1 pkt 7 (sygn. akt RWR 400-2/17/JB).
- (5) W dniu 31 października 2017 r. organ antymonopolowy powziął wiadomość (a więc już po wszczęciu postępowania antymonopolowego - vide: postanowienie RWR Nr 73/2017 z dnia 13 października 2017 r.), iż Spółka TYLDA nie posiada organów uprawnionych do prowadzenia jej spraw i jest w trakcie ustanawiania nowego zarządu - vide: oświadczenie z dnia 20.09.2017 r. Pana K.M [informacja chroniona] - Prezesa Zarządu Spółki i zarazem jedynego członka zarządu o rezygnacji z członkostwa w zarządzie Spółki TYLDA i tym samym rezygnacji z pełnionej w Spółce funkcji Prezesa Zarządu (k. 16-18).
- (6) Niemniej jednak, jeszcze w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców pobranym na podstawie art. 4 ust. 4 a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o *Krajowym Rejestrze Sądowym* (Dz.U. z 2018 r., poz. 986 ze zm.), wskazującym stan na dzień 1 lutego 2018 r. Pan K.M [informacja chroniona] widniał jako Prezes Zarządu Spółki (zarazem jedyny członek zarządu). Dopiero w kolejnym odpisie z Rejestru Przedsiębiorców, pobranym w dniu 26 lutego 2018 r. nie było już żadnych osób wchodzących w skład organu uprawnionego do reprezentacji ww. podmiotu.
- (7) Wobec powyższego przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało - Postanowieniem RWR Nr 26/2018 z dnia 11 czerwca 2018 r. - zawieszono (k. 151-152).
- (8) W dniu 14.11.2018 r. organ antymonopolowy stwierdził, iż w pobranym w tym dniu odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Pan K.M [informacja chroniona] ponownie widnieje jako Prezes Zarządu Spółki i zarazem jedyny Członek Zarządu (k. 162-165).
- (9) W związku z faktem, iż pojawił się organ uprawniony do reprezentacji spółki TYLDA, zaszła przesłanka do podjęcia zawieszono postępowania. Zgodnie z art. 97 § 2



ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 z późn. zm. - dalej „k.p.a.”), gdy ustąpiły przyczyny uzasadniające zawieszenie postępowania, organ administracji publicznej podejmie postępowanie z urzędu lub na żądanie strony.

- (10) Wobec powyższego przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało - Postanowieniem RWR Nr 58/2018 z dnia 23.11.2018 r. - podjęte (k. 169-170).
- (11) Drugi z oferentów podejrzanych o zмовę przetargową, tj. Spółka ALIC w dniu 22 maja 2018 r. zawiesił działalność gospodarczą (vide: odpis z KRS - k. 159-161). Po podjęciu postępowania antymonopolowego (w listopadzie 2018 r.) Spółka nie odpowiedziała na skierowane do niej pismo z Urzędu (nie odebrała pisma). Ponadto, w trakcie postępowania antymonopolowego (ale jeszcze przed jego zawieszeniem) ww. Spółka zmieniła swoją siedzibę, nie powiadamiając o tej zmianie organu antymonopolowego.
- (12) W toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorcom zostało przedstawione „Szczegółowe uzasadnienie zarzutów” (SUZ) - pismo, w którym Prezes Urzędu omówił wszystkie istotne fakty oraz dowody, na podstawie których zamierza oprzeć decyzję wraz z oceną prawną tych faktów. Obie Strony postępowania nie odniosły się do otrzymanego SUZ (Spółka ALIC nie odebrała SUZ).
- (13) Pismami z dnia 31 maja 2019 r. Strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów. Z tego prawa Strony nie skorzystały.

Ustalenia faktyczne

- (14) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Subskrypcja wsparcia technicznego wraz z dostawą Oprogramowania niezbędnego do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego” (nr DU-Z.272.94.2016), zwane dalej również „postępowaniem” lub „przetargiem”, przeprowadzone przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego (dalej również jako „Zamawiający”), zostało wszczęte w drodze ogłoszenia zamieszczonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, w dniu 12 listopada 2016r. pod numerem 2016/S 219-399208. Postępowanie było tzw. zamówieniem mieszanym - przedmiot tego zamówienia obejmował dwa rodzaje zamówień, tj. usługi informatyczne (60% wartości zamówienia) oraz dostawy oprogramowania (40% wartości zamówienia). Termin składania ofert ustalony został do dnia 28 listopada 2016 r. (godz. 11:00).



- (15) W dniu 28 listopada 2016 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 3 oferty, przez następujących Wykonawców:

Tabela nr 1

Numer oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena (w zł brutto)	Realizacja dostawy (Etapu technicznego nr 1) w terminie:
1	NAZIRA Sp. z o.o. ul. Tomasza Zana 11 A, 20-601 Lublin	985 000,00 zł	20 dni
2	TYLDA Sp. z o.o.* ul. Wazów 6A, 65-044 Zielona Góra	939 000,00 zł	25 dni
3	ALIC Sp. z o.o.* ul. Racula-Janusza Korczaka 2A, 66-004 Zielona Góra	319 000,00 zł	4 dni

* Strony postępowania.

- (16) Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał informację, iż na sfinansowanie przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100). Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 265 000 zł netto (kwota podana w pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 12 listopada 2016 r.).
(Dowód: karty: 193-194, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 2 - 10).
- (17) NAZIRA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, która złożyła najdroższą ofertę, wbrew informacji zawartej w swoim „Formularzu oferty”, nie wniosła wadium. Oferta podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej również „ustawa Pzp”.
- (18) Przed ogłoszeniem przetargu, na potrzeby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający wykonał w dniu 05.10.2016 r. tzw. analizę rynku. W analizie tej brała udział m.in. TYLDA, która zaoferowała wówczas wykonanie zamówienia za wartość blisko 2,5-krotnie niższą od ceny netto swojej oferty złożonej kilka tygodni później w przedmiotowym przetargu (tj. zaproponowała cenę w wysokości 329 000 zł netto). Oprócz Spółki TYLDA w analizie uczestniczyło jeszcze



dwóch przedsiębiorców, tj. Eduline Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (250 000,00 zł netto) oraz 4system Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (216 000,00 zł netto). Spółka ALIC nie brała udziału w tej analizie.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 3- 5).

- (19) Ponieważ cena złożona przez spółkę ALIC w trakcie przetargu (319 000,00 zł brutto) była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwrócił się w dniu 29.11.2016 r. do spółki ALIC o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia oferowanej przez Spółkę ceny.

(Dowód: karta 187).

- (20) W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego, Spółka ALIC, w piśmie dnia 01.12.2016r., szczegółowo wyjaśniła, iż:

„cena ofertowa w ww. postępowaniu jest ceną rynkową, odpowiadającą zakresowi przedmiotowemu umowy i pozwalającą wykonawcy z jednej strony - na zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wykonanie umowy i dostarczenie żądanego produktu o wymagalnych funkcjonalnościach i cechach, zaś z drugiej strony - pozwalająca na osiągnięcie godnego zysku (...). W ocenie oferenta kwota przewidziana przez Zamawiającego (500 000 zł brutto - Dop. UOKiK) na wykonanie zadania wręcz odstaje, jako wyjątkowo wysoka, od realiów rynkowych dla tego rodzaju produktów (podkreśl. UOKiK), nawet biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego co do przekazania dokumentacji i kodów źródłowych oraz zakresu (pól eksploatacji) udzielanej licencji (...). Reasumując powyższe, koszty wykonania zamówienia zgodnie z wyliczeniami wynosić będą 319 000 zł. brutto. Oferent jako podmiot obecny na rynku usług telekomunikacyjnych, kalkulując wysokość oferty w niniejszym postępowaniu wziął pod uwagę wszystkie wyżej wymienione czynniki kształtujące cenę, a ponadto dokonał analizy znanego sobie odnośnie realiów i możliwości rynku, ukształtowania cen usług i uznał, że na tym rynku istnieje możliwość zaproponowania ceny optymalnej przy uwzględnieniu wszystkich kosztów - w tym głównie programistycznych i osobowych w sposób uwzględniający osiągnięcie przez niego realnego zysku, skorelowanego z nakładem pracy na wytworzenie i dostarczenie usługi”.

(Dowód: karty 188, 189).

- (21) Spółka ALIC w pkt 6 swojego „Formularza oferty” zaznaczyła, że nie powierzy żadnej z części zamówienia podwykonawcom. Ponadto również w oświadczeniu złożonym w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia¹ (dalej „JEDZ”), w części

¹ Oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia sporządzone jest zgodnie z wzorem standardowego formularza określonym w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia



II lit. D „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” ww. Spółka wskazała, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

(Dowód: karta 296 odwrót, sprawa RWR 400-501/16/JB karta 13 odwrót).

- (22) Wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona (potencjalnie zwycięska), była Spółka ALIC. Wobec powyższego Wykonawca ten został wezwany w dniu 23.12.2016r. do złożenia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dziewięciu dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu - termin na złożenie tych dokumentów i oświadczeń wyznaczony został na dzień 02.01.2017 r. W terminie tym ALIC Sp. z o.o. nie złożyła w dalszym ciągu prawidłowo dwóch wymaganych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23.12.2016 r. dokumentów lub informacji, tj.:

- informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w odniesieniu do prokurenta, tj. Pani E.Z. [informacja chroniona],

- uzupełnienia przekazanego wcześniej wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, który to wykaz wraz z dowodami potwierdzałby spełnianie przez Wykonawcę określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

(Dowód: karta 191 odwrót, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 333, 334).

- (23) Wobec powyższego Wykonawca został w dniu 04.01.2017 r. wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów i informacji w terminie do dnia 09.01.2017 r. do godz. 14.00. Zamawiający wymagał uzupełnienia w formie pisemnej. Odpowiedź na wezwanie spółka ALIC przesłała w dniu 09.01.2017 r. wyłącznie pocztą elektroniczną o godz. 13:58, ponadto treść odpowiedzi nie odpowiadała wezwaniu Zamawiającego. W szczególności należy wskazać, iż wymagany dokument z Krajowego Rejestru Karnego Spółka ALIC przekazała jedynie pocztą elektroniczną, nie zachowując w odniesieniu do niego wymaganej formy pisemnej. Natomiast w odniesieniu do ww. wykazu usług Spółka ALIC stwierdziła, iż nie dysponuje innymi referencjami niż dostarczone wcześniej. W konsekwencji Zamawiający wykluczył ALIC z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24

2016 r., wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.



ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ Spółka nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

(Dowód: karta 191 odwrót, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 3, 338-346).

- (24) Zamawiający w toku postępowania antymonopolowego stwierdził, iż gdyby Spółka ALIC w wyznaczonym terminie i we właściwej formie dostarczyła wymaganą informację z Krajowego Rejestru Karnego, wówczas Zamawiający, najprawdopodobniej skorzystałby - w odniesieniu do drugiego z wymaganych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23.12.2016 r. dokumentów, tj. wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z dołączonymi do tego wykazu referencjami - z przepisu §2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.). Zgodnie z ww. przepisem, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. W sytuacji, gdyby Zamawiający mógł uznać, że Spółka nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wówczas Zamawiający wybrałby ofertę złożoną przez Spółkę jako najkorzystniejszą oraz podjął odpowiednie kroki celem udzielenia jej zamówienia (k. 293, 294).
- (25) Postępowanie zostało w dniu 10 stycznia 2017 r. unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ cena kolejnej oferty z najniższą ceną (tj. oferty TYLDA - 939 000,00 zł.) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 500.000,00 zł.
- (Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB k.3, 68-69).*
- (26) Spółka TYLDA - która wcześniej dostarczyła Zamawiającemu system naborów i oceny wniosków (dalej „system SNOW”) i która utrzymywała system SNOW w czasie, gdy toczyło się przedmiotowe postępowanie przetargowe (nr DU-Z.272.94.2016) - wiedziała, że Zamawiający przez okres perspektywy finansowej, tj. do 2020 r., powinien zapewnić wsparcie techniczne systemu SNOW. Wobec powyższego TYLDA Sp. z o.o. mogła zakładać, że Zamawiający zwiększy środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia.
- (27) Po unieważnieniu przedmiotowego postępowania przetargowego nr DU-Z.272.94.2016 Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługa wsparcia techniczno-merytorycznego dla systemu Naborów i Oceny Wniosków (SNOW) wraz z dostawą Oprogramowania rozbudowującego SNOW o funkcjonalności niezbędne do



zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego” (postępowanie nr DU-Z.272.7.2017), w którym to postępowaniu oferty złożyły:

- American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - 1 336 403,61 zł,
- OPENMAR Sp. z o.o. Sp. j z siedzibą w Rzeszowie - 4 847 000,00 zł
- TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku - 3 468 600,00 zł

Zakres zamówienia w postępowaniu nr DU-Z.272.7.2017 był jednak znacznie szerszy od zakresu zamówienia w unieważnionym postępowaniu nr DU-Z.272.94.2016, co wynikało z faktu, iż w postępowaniu nr DU-Z.272.7.2017 okres realizacji zamówienia był dłuższy niż w postępowaniu nr DU-Z.272.94.2016. Mianowicie w unieważnionym postępowaniu nr DU-Z.272.94.2016 okres ten wynosił 247 dni (tj. mniej niż 1 rok), a w postępowaniu nr DU-Z.272.7.2017 od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2019r. (tj. ponad 2 lata). Ponadto przedmiot zamówienia nr DU-Z.272.7.2017 obejmował - oprócz wszystkich elementów przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr DU-Z.272.94.2016 - również dodatkowe elementy, których nie było w przedmiocie zamówienia nr DU-Z.272.94.2016.

(Dowód: karta 185 odwrot)

- (28) W postępowaniu nr DU-Z.272.7.2017 oferta TYLDA została odrzucona, ponieważ ww. Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Odrzucona została również oferta Spółki OPENMAR, ponieważ - podobnie jak NAZIRA w postępowaniu DU-Z.272.94.2016 - Wykonawca ten w ogóle nie wniósł wadium. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że jeden z numerów telefonu podany w ofercie Spółki OPENMAR okazał się być numerem telefonu Spółki TYLDA. Ostatecznie przetarg nr DU-Z.272.7.2017 wygrała American Systems Sp. z o. o., której oferta była najkorzystniejsza (tj. 1 336 403,61 zł). Umowę z American System Sp. z o.o. Zamawiający zawarł w dniu 02.06.2017 r.

(Dowód: karty 185 odwrot, 197-199, 205, 250-260, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 99,100,106-108)

- (29) W kontekście powyższego warto wspomnieć, że TYLDA w swoim odwołaniu złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w postępowaniu pn. „Usługa wsparcia techniczno-merytorycznego dla Systemu Naborów i Oceny Wniosków (SNOW) wraz z dostawą Oprogramowania rozbudowującego SNOW o funkcjonalności niezbędne do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego” (postępowanie nr DU-Z.272.7.2017) żądała, aby Zamawiający udzielił jej zamówienia, mimo, iż w tym postępowaniu cena oferty TYLDA wynosiła 3.468.600,00 zł i blisko dwukrotnie przewyższa kwotę



przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 1.865.000,00 zł. Odwołanie TYLDA zostało przez KIO oddalone w całości.

(Dowód: karty 207-219, 239-249, sprawa RWR 400-501/16/JB karta 224, 224 odwrót).

- (30) Ogłoszenie o postępowaniu nr DU-Z.272.7.2017 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.02.2017 r. a więc już po wpłynięciu do organu antymonopolowego - w dniu 6.02.2017 r. - zawiadomienia z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego, w sprawie podejrzenia zmywy przetargowej ALIC i TYLDA w postępowaniu nr DU-Z.272.94.2016.

(Dowód: karty 2, 239 odwrót)

- (31) Odnośnie ww. Wykonawców (tj. ALIC i TYLDA) i złożonych przez nich ofert dotatkowo ustalono, co następuje.

- (32) TYLDA i ALIC w trakcie przygotowywania i składania ofert w przetargu miały siedziby w Zielonej Górze (TYLDA dopiero po złożeniu oferty podjęła decyzję o zmianie siedziby Spółki z Zielonej Góry na Przeworsk). TYLDA miała dwa oddziały, ALIC posiadała cztery oddziały. Dwa oddziały Spółki TYLDA mieściły się pod tymi samymi adresami, co dwa (z czterech) oddziałów ALIC - tj. w Przeworsku, przy ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego nr 1, lok. 17, oraz w Regułach (gmina Michałowice, powiat pruszkowski), przy ul. Stanisława Bodycha nr 77.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 2,3, 17-26).

- (33) Pan K.Z. [informacja chroniona] był zatrudniony w Spółce ALIC na stanowisku Prezesa Zarządu na podstawie umowy o pracę od dnia 11 stycznia 2016 r. do dnia 20 września 2017 r. Jednocześnie w okresie od dnia 1 czerwca 2016 r. do dnia 29 lipca 2016 r. (tj. niespełna 4 miesiące przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu) Pan K.Z. [informacja chroniona] był zatrudniony - również na podstawie umowy o pracę - w Spółce TYLDA na stanowisku koordynatora ds. klientów.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 78 odwrót, 218 odwrót).

- (34) Do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej wezwana przez Zamawiającego została w dniu 06.12.2016 r. jedynie ALIC. Oświadczenie to zostało złożone w dniu 08.12.2016 r. zarówno przez ALIC, jak i przez TYLDA (Wykonawca nie wezwany do uzupełnienia) - obydwie oświadczenia zostały wysłane w tym samym dniu, tj. 07.12.2016 r.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 3, 47-56).

- (35) W dniu 23.12.2016 r. Spółka ALIC została wezwana - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dokumentów. Na tym etapie Zamawiający nie podaje do publicznej wiadomości informacji o wyniku oceny ofert. Mimo tego, w tym samym dniu, tj. 23.12.2016 r.,



Spółka TYLDA przygotowała pismo o udostępnienie złożonych ofert oraz wyniku ich oceny.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 3, 57-61).

- (36) ALIC prowadzi współpracę handlową ze Spółką TYLDA w zakresie dokonywania zakupów od Spółki TYLDA oprogramowania i usług doradczych na potrzeby niektórych realizowanych przez Spółkę ALIC kontraktów.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 78 odwrot).

- (37) Niezależnie od powyższego ustalono także następujące powiązania pomiędzy Stronami postępowania (tj. ALIC i TYLDA) a Spółką NAZIRA.

- (38) NAZIRA (tj. trzeci uczestnik przetargu) ma siedzibę w Lublinie, jednak korzysta z usług Kancelarii Notarialnych w Zielonej Górze (podobnie jak TYLDA i ALIC), co wynika m.in. z treści odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego. Dokumenty złożone przez NAZIRA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, tj. „Formularz oferty” oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zostały podpisane w Zielonej Górze (NAZIRA nie ma oddziałów).

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 2 odwrot, 11-13 odwrot).

- (39) Wszystkie trzy Spółki, które złożyły oferty w przetargu, tj. TYLDA, ALIC i NAZIRA, zostały zarejestrowane przez Sąd Rejonowy w Zielonej Górze, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego.

(Dowód: sprawa RWR 400-501/16/JB karty 14,17,21).

- (40) W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, przy czym cena tylko jednej z nich (ALIC) mieści się w budżecie przeznaczonym na sfinansowanie zamówienia. Ceny dwóch pozostałych ofert (TYLDA i NAZIRA) są trzykrotnie wyższe i zarazem niewiele od siebie odbiegają (k. 193).

- (41) Wspólnikiem NAZIRA Sp. z o.o. jest INVEST Sp. z o.o., która wcześniej była wspólnikiem ALIC Sp. z o.o. (sprawa RWR 400-501/16/JB karta 3).

- (42) Spółka NAZIRA nie odpowiedziała na kierowane do niej - w toku postępowania wyjaśniającego - dwa wezwania Prezesa Urzędu (za każdym następowaty zwroty z adnotacją „nie odebrał awizowanej przesyłki”).

- (43) Z przeprowadzonego przez organ antymonopolowy białego wywiadu (tj. m.in. monitoringu Internetu) wynikało, iż NAZIRA jest tzw. spółką martwą i nie prowadzi w rzeczywistości działalności gospodarczej, co potwierdziło ogłoszenie w Internetowym Monitorze Sądowym i Gospodarczym (Numer 34/2019 z 18 lutego 2019 r. - poz. 8976) o treści: „*Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, ogłasza o wszczęciu z urzędu*



postępowania o sygnaturze akt LU VI Ns-Rej. KRS 19255/18/483 w przedmiocie wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzania likwidacji NAZIRA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (podkreśl. UOKiK), KRS nr 0000488467, NIP: 9291857625, REGON: 081176606, ostatni adres: ul. Tomasza Zana 11A, 20-601 Lublin. Wzywa się wszystkie osoby, których uzasadniony interes mógłby sprzeciwiać się rozwiązaniu tej Spółki bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego i jej wykreśleniu z Krajowego Rejestru Sądowego, do zgłoszenia okoliczności przemawiających przeciwko takiemu rozwiązaniu i wykreśleniu - w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia ogłoszenia. W przypadku stwierdzenia, że Spółka ta nie posiada zbywalnego majątku i faktycznie nie prowadzi działalności, Sąd Rejestrowy może orzec o rozwiązaniu tego podmiotu bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego i zarządzić jego wykreślenie z Rejestru”. (Dowód: k. 307).

- (44) Poniżej przedstawiono stanowisko w sprawie ww. przetargu wyrażone w toku postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego przez dwóch oferentów podejrzanych o zмовę przetargową w ww. przetargu, tj. ALIC i TYLDA.

Stanowisko ALIC Sp. z o.o.

- (45) ALIC Sp. z o.o. - w przedmiocie złożenia niekompletnej oferty - stwierdziła, iż w Spółce dość późno została podjęta decyzja o złożeniu oferty w przedmiotowym przetargu i z powodu braku wystarczającej ilości czasu pierwotnie złożona oferta nie była kompletna. ALIC zaznaczyła, iż miała świadomość, że brakujące dokumenty mogą być uzupełnione w terminie późniejszym, więc pierwotnie złożyła ofertę tylko w podstawowym zakresie.
- (46) Zdaniem Spółki ostatnie wezwanie Zamawiającego (tj. z dnia 04.01.2017r.) dotyczące m.in. przesłania informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące prokurenta ALIC - Pani E.Z. [informacja chroniona] (z terminem realizacji do dnia 09.01.2017 r.) nie mogło zostać zrealizowane w określonym przez Zamawiającego terminie, bowiem informację taką można uzyskać jedynie osobiście, a ze względu na obowiązki zawodowe prokurent był w tym czasie nieobecny na terenie Zielonej Góry. Spółka stwierdziła, iż „w dniach od 30 grudnia 2016 r. do 8 stycznia 2017 r. prokurent ALIC Sp. z o.o. - Pani E.Z. [informacja chroniona] była na wyjeździe w Szczecinie, tym samym nie mogła się stawić w Zielonej Górze w celu uzyskania w dniach 4 stycznia - 8 stycznia 2017 r. odpisu z rejestru KRK”. Przedmiotowa informacja z Krajowego Rejestru Karnego została uzyskana dopiero w dniu 09.01.2017r. i Spółka wysłała pocztą elektroniczną ww. informację zaraz po jej uzyskaniu, tj. w dniu 09.01.2017r. o godz. 13.58. Tego samego dnia została też nadana przesyłka listowna,



która dotarła do Zamawiającego dopiero w dniu 10.01.2017 r., czyli jeden dzień po terminie.

- (47) Spółka zaznaczyła również, iż nie ma dużego doświadczenia w postępowaniach przetargowych i była przekonana, że wysłanie dokumentów w wersji elektronicznej, a następnie dostanie ich w wersji papierowej nie wpłynie negatywnie na skuteczność doręczenia, zwłaszcza, że wszystkie pisma, wnioski i żądania Zamawiającego były kierowane do ALIC drogą elektroniczną. Spółka stwierdziła także, iż nie zatrudnia specjalisty z zakresu zamówień publicznych, w związku z tym zrozumienie i wykonanie przez Spółkę wszystkich obowiązków w postępowaniu przetargowym narażało wiele problemów, czego efektem było niewykonanie wszystkich obowiązków i odrzucenie jej oferty.
- (48) ALIC stwierdziła także, iż *„przedłożona przez nią oferta rzeczywiście była niska i nie uwzględniała, jak się potem okazało, wszystkich czynników cenotwórczych. ALIC nawet po wygraniu przetargu prawdopodobnie nie podpisałby umowy na realizację, gdyż koszty ewentualnych podwykonawców, okazały się zdecydowanie wyższe niż szacowane przez nią na etapie składania oferty. Dodatkowo pojawił się w ogóle problem znalezienia jakichkolwiek podwykonawców. Niestety wiadomości te ALIC pozyskała już po złożeniu oferty dalsze brnięcie w przetarg wiązałoby się z utratą wadium lub problemami z realizacją umowy docelowej. Natomiast wcześniejsze poprawne złożenie oferty przez ALIC nie było możliwe z uwagi na brak czasu, doświadczenia oraz niezbędnej wiedzy (...)”*.
- (49) Już po złożeniu oferty Spółka uznała, że *„nie jest to dla niej projekt priorytetowy, w związku z dużym prawdopodobieństwem braku możliwości pozyskania podwykonawców do realizacji tego typu projektu z budżetem jaki wstępnie założyła ALIC Sp. z o.o. i jaki miał odzwierciedlenie w jej ofercie”*.
- (50) Ponadto Spółka stwierdziła, iż w trakcie przygotowywania swojej oferty ALIC korzystała ze wzorów/formularzy, jakimi dysponował Prezes Zarządu Pan K.Z. [informacja chroniona], który posiadał je jeszcze z okresu zatrudnienia w Spółce TYLDA, stąd też może występować podobieństwo ofert ALIC i TYLDA oraz tożsamość niektórych danych.
- (51) Spółka ALIC zaakcentowała, że ze Spółką TYLDA nie dokonywała żadnych wzajemnych uzgodnień dotyczących przedmiotowego przetargu.

(Dowód: karta 14, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 78, 114, 115, 218, 219).

Stanowisko TYLDA Sp. z o.o.

- (52) Przedsiębiorca stwierdził, że ze Spółką ALIC nie dokonywał żadnych wzajemnych uzgodnień dotyczących przedmiotowego przetargu. Nie zna również powodów



złożenia przez Spółkę ALIC niekompletnej dokumentacji przetargowej dotyczącej ww. przetargu. TYLDA wyjaśniła lakonicznie i ogólnikowo, iż faktycznie przedstawiła szacunkowe wyceny potencjalnego zamówienia. Były to jednak tylko i wyłącznie szacunki i to - zdaniem Spółki - dość pobieżne. Przy stosunkowo ogólnym zapytaniu bez szczegółowych danych od Zamawiającego oraz od podwykonawców trudno jest - zdaniem Spółki TYLDA - dokładnie określić ostateczną wartość projektu.

- (53) Odnośnie złożenia - bez wezwania Zamawiającego - oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej Spółka stwierdziła, iż prawdopodobnie w trakcie analizy złożonej dokumentacji przetargowej zauważono ww. brak i uzupełniono ww. oświadczenie bez wezwania Zamawiającego. Jeżeli chodzi o fakt wysłania do Zamawiającego pism/oświadczeń przez ALIC i TYLDA w tym samym dniu to - zdaniem Spółki - była to „zwykła zbieżność dat”. W ocenie Spółki TYLDA „*podejrzenia Urzędu Marszałkowskiego są na wyrost i wynikają tylko i wyłącznie z chęci zaszkodzenia spółce po tym jak biorąc udział w rozpytaniu, następnie w tym samym przetargu przedłożyła ofertę o wiele wyższą*”.

(Dowód: karta 14, sprawa RWR 400-501/16/JB karty 117, 118).

Ocena prawna ustalonych faktów

1. Interes publiczny

- (54) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, określa ona „*warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego). Taki charakter ustawy oznacza, że Prezes Urzędu nie może podejmować działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelnym celem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* powinny być karane. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany.
- (55) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zmowa przetargowa, tj. rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj



wywolują niekorzystne skutki na rynku, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla Zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów działających w warunkach konkurencji.

- (56) W ocenie Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego uzasadniającego jego interwencję. Naruszenie to polega na złamaniu zasad konkurencji w przetargu i dlatego wymaga oceny w świetle przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

2. Status przedsiębiorcy

- (57) Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest wyłącznie do przedsiębiorców. Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. *Prawo przedsiębiorców* (Dz. U. z 2018 r., poz. 646 ze zm.), którym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły (art. 3 ustawy *Prawo przedsiębiorców*).
- (58) ALIC Sp. z o. o. z siedzibą w Zielonej Górze jest spółką zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000451117. Natomiast TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku jest spółką zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000132757.
- (59) W konsekwencji należy uznać, iż dwaj ww. Uczestnicy przedmiotowego przetargu bezspornie są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* i podlegają regulacjom tej ustawy, w tym mają do nich



zastosowanie przepisy dotyczące zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

- (60) Podkreślić należy, że żadna ze stron niniejszego postępowania nie kwestionowała faktu posiadania statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

3. Rynek właściwy

- (61) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przez rynek właściwy 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.
- (62) Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym). Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane. Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający obszar, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego. Wyznaczenie rynku właściwego produktowo powinno opierać się na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. Za takim określeniem rynku w ujęciu produktowym przemawia przeznaczenie towaru, jego właściwości oraz specyfika realizacji zamówienia.



- (63) Uczestnicy przedmiotowego przetargu są uczestnikami szeroko rozumianego rynku sprzedaży produktów i usług IT, który może ewentualnie podlegać dalszemu podziałowi na:
- świadczenie usług informatycznych,
 - sprzedaż sprzętu komputerowego oraz
 - sprzedaż oprogramowania.
- (64) Taki podział wynika z faktu, iż podmioty występujące po stronie popytowej mogą każdy z tych produktów nabywać oddzielnie, np. klienci posiadający sprzęt mogą być zainteresowani nabyciem tylko oprogramowania, sprzętu komputerowego lub też zakupem wyłącznie usług IT.
- (65) W zależności od okoliczności danej sprawy, rynek można rozpatrywać odmiennie. W stanie faktycznym analizowanym w niniejszej sprawie zamawiający zamawia szereg powiązanych usług, a podmioty uczestniczące w przetargu muszą być w stanie usługi te zapewnić.
- (66) W takim stanie faktycznym zasadne jest określenie rynku produktowego jako rynku dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych, ponieważ z punktu widzenia analizy konkurencji na rynku, którego dotyczy postępowanie, relewantne są podmioty, które są w stanie dostarczyć zarówno określone oprogramowanie, jak również świadczyć pozostałe wymagane przez zamawiającego usługi informatyczne. Z kolei przedsiębiorcy działający w branży informatycznej są w stanie dostarczyć oprogramowanie z szerokiego spektrum dziedzin oraz wspierać technicznie szereg procesów informatycznych i technicznych.
- (67) Tak więc, w niniejszej sprawie rynkiem produktowym jest rynek dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych.
- (68) Analizując okoliczności niniejszej sprawy, Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że rynek dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych ma co do zasady wymiar krajowy. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim brak występowania na nim istotnych barier prawnych lub faktycznych, które mogłyby ograniczać swobodę prowadzenia przez przedsiębiorców działalności rynkowej na terenie Polski. Na obszarze całego kraju przedsiębiorcy mają co do zasady jednolite warunki konkurowania. Prawidłowość takiego określenia geograficznego wymiaru rynku może potwierdzać fakt, że w analizowanych przetargach oferty składali przedsiębiorcy z różnych regionów Polski. Jednocześnie brak jest jakichkolwiek przesłanek dla przyjęcia, że rynek może mieć wymiar szerszy niż krajowy. Wskazuje na to w szczególności okoliczność, że w przetargu nie wzięły udziału przedsiębiorca spoza terytorium Polski, pomimo zamieszczania ogłoszeń o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.



(69) Podsumowując należy wskazać, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest krajowy rynek dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych.

(70) Nadmienić przy tym należy, iż struktura rynku właściwego nie będzie miała dla oceny niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia. Zgodnie z polskimi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, zmowy przetargowe, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Udział w rynku właściwym przedsiębiorców objętych porozumieniem i ich siła rynkowa w okolicznościach sprawy nie ma zatem znaczenia dla kwalifikacji porozumienia jako praktyki ograniczającej konkurencję.

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

(71) Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Powyższe porozumienia w doktrynie prawa konkurencji nazywane są znowami przetargowymi. W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia ww. przepisu, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przestanki:

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

4.1. Zmowa przetargowa i sposoby jej udowodnienia

(72) Ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, którzy powinni ze sobą konkurować o uzyskanie zamówienia, podejmują współpracę, aby podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób przynoszący im korzyści (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejęcia przez drugiego oferenta za wyższą cenę). W orzecznictwie SOKiK podkreśla się, że: *„wykazanie istnienia znowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przestankach i*



*całokształcie okoliczności sprawy (...)*². Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, w odniesieniu do porozumień cenowych, że „*mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań*”³. W tym kontekście należy wskazać na możliwość stosowania przez Prezesa Urzędu w celu wykazania zmów przetargowych reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - *Kodeks postępowania cywilnego* (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 z późn. zm. - dalej „k.p.c.”), który w postępowaniu antymonopolowym znajduje zastosowanie w związku z art. 84 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

- (73) Należy przy tym wyjaśnić, że z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, w której jego strony dokonały ustaleń dotyczących konkretnych warunków składanych przez każdą ze stron ofert, ale zakaz wynikający z tego przepisu należy rozumieć szerzej. Znamiona zmowy przetargowej mają bowiem różnego rodzaju zachowania podejmowane przez zmagających się prowadzące do koordynacji ich działań. Jak wskazuje się w orzecznictwie „*przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania (...) lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się*”⁴. Również możliwe jest stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej w razie uzgodnienia co do nieuczestniczenia określonych wykonawców w danym przetargu, czy w razie zawarcia antykonkurencyjnego konsorcjum⁵.

4.2. Definicja porozumienia i charakter porozumienia zawartego przez strony postępowania

- (74) Pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się: 1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami

² Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XVII AmA 117/05).

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

⁴ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 6/09

⁵ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15



i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, 3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

- (75) Powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie oraz uchwały i inne akty. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w wyniku praktycznej współpracy w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest zatem konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.
- (76) Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy, Prezes Urzędu uznał, że między dwoma przedsiębiorcami, tj. ALIC i TYLDA istniało porozumienie w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Całokształt faktów i okoliczności wskazuje na to, że Strony postępowania ze sobą współpracowały przy sporządzaniu oferty w przedmiotowym przetargu oraz uzgadniały zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.
- (77) Okoliczności i argumenty świadczące o zawarciu przez strony postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w postaci zмовы przetargowej można podzielić na:
- działania przedsiębiorców polegające na rozstawianiu i „wycofywaniu” (nieuzupełnianiu) ofert;
 - całokształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami - powiązania gospodarcze i osobowe.

4.2.1. Mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert

- (78) Zebrane w sprawie dowody zdaniem Prezesa Urzędu wskazują, że dwóch przedsiębiorców tj. ALIC i TYLDA w rozpatrywanym przetargu zastosowało mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) oferty. Oferty Uczestników postępowania zostały „rozstawione”, tj. oferowane przez nich ceny zostały odpowiednio zróżnicowane, a następnie po otwarciu ofert gdy przedsiębiorcy uzyskali wiedzę, że ich oferty zawierają kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę została wycofana (nieuzupełniona).



- (79) Dla uczestników postępowań przetargowych działających w ramach umowy przetargowej wykorzystującej mechanizm rozstawiania i wycofywania (nieuzupełniania) ofert kluczowe jest uzyskanie, po otwarciu przez zamawiającego ofert, informacji o ofertach złożonych w postępowaniu wraz z zaoficerowanymi cenami. Tylko dysponując takimi informacjami uczestnicy niedozwolonego porozumienia mogą ustalić, czy złożone przez nich oferty są kolejno dwiema najkorzystniejszymi. Okoliczność ta stanowi warunek konieczny dla możliwości osiągnięcia przez strony postępowania założonego przez nie antykonkurencyjnego skutku porozumienia w postaci doprowadzenia do wyboru oferty współpracującego przedsiębiorcy, zawierającej wyższą cenę.
- (80) Podkreślić należy, że Strony postępowania, bezpośrednio przed nieuzupełnieniem braków przez ALIC, wiedziały, że ich oferty znajdują się na pierwszym i drugim miejscu. Tak więc, zastosowaną przez przedsiębiorców metodą wycofywania oferty było nieuzupełnienie braków w złożonej ofercie przez przedsiębiorcę, który oferował niższą cenę za wykonanie zamówienia, celem umożliwienia wygrania przetargu przez przedsiębiorcę składającego ofertę z wyższą ceną.
- (81) Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, wskazuje na działanie w ramach umowy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na rezygnację z realizacji zamówienia. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem umowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk.
- (82) W związku z powyższym Prezes Urzędu rozważył wskazane przez Spółkę ALIC okoliczności mające racjonalizować jej postępowanie w przedmiotowym przetargu. Wskazane przez ww. Spółkę przyczyny odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczyły przede wszystkim: kilkudniowego wyjazdu służbowego Prokurenta do Szczecina i w związku z tym braku możliwości terminowego uzyskania wymaganej informacji z KRK, braku możliwości pozyskania podwykonawców do realizacji projektu z budżetem jaki wstępnie założyła Spółka ALIC i jaki miał odzwierciedlenie w jej ofercie, niedostatecznej znajomości przepisów oraz nienależytej analizy wymogów Zamawiającego.



- (83) Spółka ALIC stwierdziła m.in., iż prokurent - Pani E.Z. [informacja chroniona] przebywała służbowo w Szczecinie, w dniach od 30 grudnia 2016 r. do 8 stycznia 2017r. i nie mogła w tym okresie odebrać przedmiotowej informacji z KRK w Zielonej Górze. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż organ antymonopolowy nie kwestionuje możliwości kilkudniowej nieobecności Prokurenta spółki ALIC. Niemniej jednak, powoływanie się przez Spółkę na ww. wyjazd służbowy jako usprawiedliwienie braku możliwości odebrania korespondencji jest gołosłowne i w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione (np. delegacja, faktura za noclegi, rachunki). Na marginesie należy zaznaczyć, iż Pani E.Z. [informacja chroniona] mogła przykładowo odebrać odpis z KRK również w dniach 27 - 29 grudnia 2016 r. (vide: pismo/wezwanie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 r.).
- (84) Biorąc pod uwagę twierdzenie ALIC - jakoby Wykonawca ów przekonany był, iż uzupełnienie jakichkolwiek dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w formie elektronicznej (skan przesłany pocztą elektroniczną) było wystarczające - podkreślić należy, iż Zamawiający bardzo jasno i precyzyjnie, zarówno w SIWZ, jak i w każdym wezwaniu, określał wymaganą formę, w jakiej dane dokumenty czy też oświadczenia mają być Zamawiającemu dostarczone, oraz sankcje związane z niedochowaniem, czy to wyznaczonego terminu na dokonanie czynności, czy też wymaganej formy.
- (85) Również stwierdzenia ALIC, iż nawet po wygraniu przetargu ww. Spółka prawdopodobnie i tak nie podpisałaby umowy na jego realizację, ponieważ koszty ewentualnych podwykonawców okazały się zdecydowanie wyższe niż koszty szacowane na etapie składania oferty i dalsze brnięcie w przetarg wiązałoby się z utratą wadium lub problemami z realizacją umowy docelowej jest gołosłowne i nie zostało w żaden sposób przez Spółkę dotychczas uwiarygodnione. Wszystkie wyjaśnienia ALIC są lakoniczne, ogólnikowe, niewiarygodne i zdaniem Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie.
- (86) Co więcej, należy zauważyć, iż wyjaśnienia ALIC niekiedy są ze sobą sprzeczne. Z jednej strony Spółka próbuje bowiem wykazać, iż dochowała wszelkich możliwych sposobów na wygranie przetargu, poprzez m.in. próbę uzupełnienia brakującej informacji z KRK jeszcze w dniu 9 stycznia 2017 r., z drugiej zaś strony twierdzi, iż już po złożeniu oferty - które miało miejsce w dniu 28 listopada 2016 r. - uznała, że nie jest to dla niej projekt priorytetowy i udział w przetargu mógłby wiązać się z utratą wadium. Spółka ALIC nie określiła jednak dokładnie, kiedy powzięła wiedzę, że nie uwzględniła w cenie swojej oferty wszystkich czynników cenotwórczych. Z wypowiedzi Spółki domniemywać można, że nastąpiło to w okresie pomiędzy złożeniem oferty, co miało miejsce w dniu 28.11.2016 r., a styczniem 2017 r., kiedy to mógłby nastąpić wybór najkorzystniejszej oferty. W swojej dalszej wypowiedzi



Spółka stwierdza, że nawet jeżeli jej oferta uznana zostałaby za najkorzystniejszą prawdopodobnie nie podpisałaby umowy, gdyż „koszty ewentualnych podwykonawców okazały się zdecydowanie wyższe niż szacowane przez nią na etapie składania oferty”.

- (87) Stwierdzenie o szacowaniu tego rodzaju kosztów na etapie składania oferty nie znajduje jednak odzwierciedlenia w złożonych przez Spółkę wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny. W wyjaśnieniach tych bowiem nie wspomniano o kosztach podwykonawstwa. Dodać w tym miejscu warto, że wyjaśnienia ceny datowane były na dzień 01.12.2016 r., tj. niewiele ponad tydzień po podpisaniu złożonej w przetargu oferty, które nastąpiło w dniu 22.11.2016 r. Nie należy przy tym zapominać, że zarówno w „Formularzu oferty”, jak i w JEDZ, Spółka oświadczyła, że nie przewiduje korzystania z podwykonawstwa.
- (88) Spółka ALIC stwierdziła również, że „poprawne złożenie oferty (...) nie było możliwe z uwagi na brak czasu, doświadczenia oraz niezbędnej wiedzy”. Tymczasem od podmiotu gospodarczego funkcjonującego na rynku od 13.02.2013 r. (data wpisu Spółki do KRS) i ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, który to podmiot składa dobrowolnie swoje oświadczenie woli w postaci oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oczekiwać można odpowiedniej wiedzy i należytej staranności wymaganej w stosunkach cywilnoprawnych.
- (89) W opozycji do przywołanego wyżej twierdzenia Spółki ALIC stoi treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożonych w postępowaniu przetargowym, gdzie Spółka wręcz udowadniała, że zaoferowana przez nią cena jest „**ceną rynkową, odpowiadającą zakresowi przedmiotowemu umowy i pozwalającą wykonawcy z jednej strony - na zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wykonanie umowy i dostarczenie żądanego produktu o wymagalnych funkcjonalnościach i cechach, zaś z drugiej strony - pozwalającą wykonawcy na osiągnięcie godnego zysku**”. Spółka wskazywała wówczas również, że w jej ocenie „**kwota przewidziana przez Zamawiającego na wykonanie zadania wręcz odstaje, jako wyjatkowo wysoka, od realiów rynkowych dla tego rodzaju produktów, nawet biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego co do przekazania dokumentacji i kodów źródłowych oraz zakresu (pól eksploatacji) udzielanej licencji**”. Powyższe stwierdzenia Spółki ALIC jednoznacznie wskazują, iż kwota zaoferowana przez ALIC była jak najbardziej realna i opłacalna.
- (90) Ponadto, przed ogłoszeniem przetargu, na potrzeby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający wykonał w dniu 05.10.2016 r. tzw. analizę rynku. W analizie tej brała udział m.in. TYLDA, która zaoferowała wówczas wykonanie zamówienia za wartość blisko 2,5-krotnie niższą od ceny netto swojej oferty złożonej kilka tygodni później w przedmiotowym przetargu. W trakcie analizy rynku TYLDA



zapropowała cenę w wysokości 329 000 zł netto, natomiast w trakcie przetargu aż 939 000,00 zł brutto. Wyjaśniając w trakcie postępowania antymonopolowego tę rozbieżność TYLDA stwierdziła lakonicznie i ogólnikowo, iż w trakcie analizy rynku przedstawiła tylko pobieżne i szacunkowe wyceny potencjalnego zamówienia. Spółka nie przedstawiła żadnych racjonalnych przyczyn takiego wzrostu ceny (np. nieprzewidzianego wzrostu kosztów).

- (91) Zdaniem organu antymonopolowego, złożenie w przedmiotowym przetargu przez profesjonalną, prowadzącą działalność od 2002 r. Spółkę TYLDA, oferty z ceną prawie 2,5 krotnie wyższą niż w przeprowadzonej przez Zamawiającego kilka tygodni wcześniej analizie rynku byłoby działaniem całkowicie nieracjonalnym i nielogicznym, jeżeli nie podlegałoby wcześniejszym ustaleniom ze Spółką ALIC.
- (92) Co prawda zbliżoną, a nawet nieco wyższą cenę niż TYLDA (939 000,00 zł brutto) zaoferowała w przetargu NAZIRA (985 000,00 zł brutto), niemniej jednak - zdaniem organu antymonopolowego - oferta tej Spółki była wyłącznie **tw. ofertą kurtuazyjną**, mającą jedynie uwiarygodnić ofertę złożoną przez Spółkę TYLDA. Świadczyć o tym może m.in. niewniesienie wadium przez Spółkę NAZIRA, co musiało skutkować odrzuceniem jej oferty przez Zamawiającego. Dodatkowe ustalenia dotyczące Spółki NAZIRA (vide: pkt 37 - 42 na str. 11 Decyzji) potwierdzają taki stan rzeczy. Mianowicie, NAZIRA ma siedzibę w Lublinie, jednak korzysta z usług Kancelarii Notarialnych w Zielonej Górze (podobnie jak TYLDA i ALIC). Dokumenty złożone przez NAZIRA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, tj. „Formularz oferty” oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zostały podpisane w Zielonej Górze (NAZIRA nie ma oddziałów). Wszystkie trzy Spółki, które złożyły oferty w przetargu, tj. TYLDA, ALIC i NAZIRA, zostały zarejestrowane przez Sąd Rejonowy w Zielonej Górze, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Wspólnikiem NAZIRA Sp. z o.o. jest INVEST Sp. z o.o., która wcześniej była wspólnikiem ALIC Sp. z o.o. Co istotne, NAZIRA jest tzw. spółką martwą i nie prowadzi w rzeczywistości działalności gospodarczej.
- (93) Tak więc, opisane powyżej okoliczności wskazują, że oferta cenowa złożona w przetargu przez ALIC była ofertą jak najbardziej realną, zbliżoną do ceny ustalonej przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego rozeznania rynku, zaś oferty „konkurencyjne” (TYLDA i NAZIRA) były znacznie zawyżone z uwagi na działanie składających je przedsiębiorców w porozumieniu.
- (94) Dodatkowo o współpracy Spółek TYLDA i ALIC w trakcie przetargu może świadczyć fakt, iż TYLDA uzupełniła swoją ofertę o informacje, do uzupełnienia których nie była wzywana, natomiast wzywana była ALIC. Mianowicie do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej wezwana przez Zamawiającego została w dniu 06.12.2016 r. jedynie ALIC. Oświadczenie to zostało



złożone w dniu 08.12.2016 r. zarówno przez ALIC, jak i przez TYLDA (Wykonawca niewezwany do uzupełnienia) - obydwie oświadczenia zostały wysłane w tym samym dniu, tj. w dniu 07.12.2016 r.

- (95) Natomiast w dniu 23.12.2016 r. Spółka ALIC została wezwana - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia (uzupełnienia) dokumentów. Na tym etapie Zamawiający nie podaje do publicznej wiadomości informacji o wyniku oceny ofert. Mimo tego, w tym samym dniu, tj. 23.12.2016 r., Spółka TYLDA przygotowała pismo o udostępnienie złożonych ofert oraz wyniku ich oceny. Takie zachowanie jednoznacznie wskazuje, że ww. przedsiębiorcy utrzymywali ze sobą stały kontakt i informowali się wzajemnie o rozwoju sytuacji w trakcie przetargu.
- (96) Co istotne, Spółka TYLDA - która wcześniej dostarczyła Zamawiającemu system SNOW i która utrzymywała ten system w czasie, gdy toczyło się przedmiotowe postępowanie przetargowe - zdawała sobie sprawę, że Zamawiający do 2020 r., jest zmuszony zapewnić dalsze wsparcie techniczne tego systemu. Wobec powyższego TYLDA musiała zakładać, że Zamawiający zwiększy środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia (vide: art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) lub powtórzy postępowanie przetargowe, przeznaczając na jego realizację większą kwotę.
- (97) Ostatecznie przetarg (postępowanie nr DU-Z.272.94.2016) został powtórzony, ale w znacznie szerszym zakresie (vide: ustalenia w pkt 27 i 28 na str. 8 i 9 Decyzji). Co ważne, ogłoszenie o nowym przetargu (postępowanie nr DU-Z.272.7.2017) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.02.2017 r. a więc już po wpłynięciu do organu antymonopolowego - w dniu 6.02.2017 r. - zawiadomienia z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego, w sprawie podejrzenia zмовы przetargowej ALIC i TYLDA. Tak więc, w momencie przeprowadzania przetargu nr DU-Z.272.7.2017 organ antymonopolowy prowadził już działania wyjaśniające względem ALIC i TYLDA.
- (98) Strony postępowania mogąc posiadać wiedzę o tych działaniach Prezesa Urzędu mogły ustalić, iż ALIC nie weźmie udziału w „nowym” przetargu nr DU-Z.272.7.2017 a tzw. ofertę kurtuazyjną w tym przetargu złoży Spółka OPENMAR, która - podobnie jak wcześniej NAZIRA - faktycznie złożyła ofertę z ceną wyższą niż TYLDA i nie wpłaciła wadium. O współpracy Spółek TYLDA i OPENMAR może świadczyć fakt podania w ofercie Spółki OPENMAR numeru telefonu Spółki TYLDA. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 802/17) Izba stwierdziła m.in., iż *„Nie jest rzeczą normalną, iż konkurujący w postępowaniu w sposób rzeczywisty wykonawcy, zamieszczają w swojej ofercie numer telefonu do komunikacji z Zamawiającym, będącym kontaktem do innego wykonawcy składającego również ofertę w tym postępowaniu”*.



4.2.2. Całokształt relacji pomiędzy Uczestnikami postępowania - powiązania gospodarcze i osobowe.

- (99) Przy ocenie istnienia między Stronami postępowania antymonopolowego zmony przetargowej Prezes Urzędu uwzględni także całokształt relacji i powiązań między Uczestnikami postępowania.
- (100) Dowody zebrane w toku niniejszego postępowania antymonopolowego wskazują na istnienie następujących związków pomiędzy przedsiębiorcami:
- (101) TYLDA i ALIC w trakcie przygotowywania i składania ofert w przetargu miały siedziby w Zielonej Górze (TYLDA dopiero po złożeniu oferty podjęła decyzję o zmianie siedziby Spółki z Zielonej Góry na Przeworsk). TYLDA miała dwa oddziały, ALIC posiadała cztery oddziały. Dwa oddziały TYLDA mieściły się pod tymi samymi adresami, co dwa (z czterech) oddziałów ALIC - tj. w Przeworsku, przy ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego nr 1, lok. 17, oraz w Regułach (gmina Michałowice, powiat pruszkowski), przy ul. Stanisława Bodycha nr 77.
- (102) Pan K.Z. [informacja chroniona] był zatrudniony w Spółce ALIC na stanowisku Prezesa Zarządu na podstawie umowy o pracę od dnia 11 stycznia 2016 r. do dnia 20 września 2017 r. Jednocześnie w okresie od dnia 1 czerwca 2016 r. do dnia 29 lipca 2016 r. (tj. niespełna 4 miesiące przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu) Pan K.Z. [informacja chroniona] był zatrudniony (również na podstawie umowy o pracę) w Spółce TYLDA na stanowisku koordynatora ds. klientów.
- (103) Relacje te zapewniały nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się oraz budowały między stronami zaufanie, umożliwiające dokonywanie uzgodnień treści składanych ofert i zachowania w przetargu w oparciu o wzajemne przekonanie, iż uzgodnienia te zostaną dotrzymane.
- (104) Konkludując wskazać należy, że całokształt przedstawionych powyżej argumentów i okoliczności [tj. wycofywanie (nieuzupełnianie) oferty, współpraca przedsiębiorców w ramach przetargu oraz istniejące między nimi powiązania], pomimo braku w sprawie dowodów bezpośrednich, wskazują na zawarcie przez dwóch Uczestników (tj. ALIC i TYLDA) zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (105) Prezes Urzędu stwierdza więc, że w opisanym przetargu dwóch przedsiębiorców (tj. ALIC i TYLDA) występowało jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Powyższe Strony postępowania w rzeczywistości nie konkurowały ze sobą warunkami składanych ofert, lecz koordynowały ich treść oraz czynności związane z przygotowywaniem ofert i dalszym zachowaniem w rozpatrywanym przetargu. Oceniając całokształt zachowań przedsiębiorców w świetle doświadczenia życiowego



oraz zasad logicznego rozumowania, Prezes Urzędu nie może wytłumaczyć ich w inny sposób, niż istnieniem zmywy przetargowej.

4.3. Antykonkurencyjny cel lub charakter porozumienia

- (106) Zgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”.
- (107) Uwzględniając brzmienie tej regulacji należy przyjąć, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. W niniejszej sprawie antykonkurencyjny cel porozumienia jest jednoznaczny - mamy do czynienia z działaniem Stron, polegającym na dokonywaniu uzgodnień zachowań wpływających na ostateczny wynik przetargu, a sprowadzających się do wspólnego przygotowywania oferty, a następnie, w przypadku złożenia ofert zawierających kolejno co najmniej dwie najniższe ceny, wycofywania tańszej oferty w celu doprowadzenia do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Strony uwzględniły przy tym możliwość podniesienia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (vide: art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) lub ogłoszenia nowego przetargu z wyższą kwotą przeznaczoną na jego realizację.
- (108) Zebrane dotychczas dowody wskazują, że celem współpracy przedsiębiorców było ograniczenie konkurencji. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania zmierzało bowiem do zakłócenia (ograniczenia) konkurencji na rynku właściwym. Uczestniczący w ww. porozumieniu przedsiębiorcy (ALIC i TYLDA), dzięki uzgodnionym zachowaniom mogli uzyskać zamówienie po wyższej cenie, wpływając na wynik postępowania przetargowego. Tym samym spełniony został warunek zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na istnieniu antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

5. Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (109) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:



- zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe - na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

- (110) Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%.
- (111) Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, tj. do zmwów przetargowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (112) Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.
- (113) Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* należy zauważyć, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:
- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
 - zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
 - nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;



- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

sposzczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne. W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

6. Kara pieniężna

- (114) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.”.
- (115) Jako zasadę w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* przyjęto zatem, że kara pieniężna może wynieść maksymalnie 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Od powyżej zasady przyjęto dwa odstępstwa modyfikujące relewantny okres „obrotowy”, jaki Prezes Urzędu bierze pod uwagę przy ustaleniu kary pieniężnej oraz maksymalną wysokość kary.
- (116) Pierwsza regulacja szczególna dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro. W takim przypadku Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary (art. 106 ust. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). Jeżeli jednak średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął równowartości co najmniej 100.000 euro zastosowanie znajdzie druga regulacja szczególna. W takim przypadku Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro (art. 106 ust. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).
- (117) Pojęcie „obrotu” zostało sprecyzowane w art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym: „Obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o



rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu - w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych - w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2”.

- (118) Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK dokonując wyliczenia wysokości kar stosuje dodatkowo opublikowane na stronie internetowej Urzędu „Wyjaśnienia dotyczące ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”. Przedstawiona w nich metodologia ustalania kar została oparta na normatywnych przesłankach ustalania kar i dotychczasowym dorobku orzecznictwa w sprawach antymonopolowych. Zgodnie z pkt 1 tych wyjaśnień „podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót ustalony zgodnie z art. 106 ust. 3 i nast. Ustawy za ostatni rok, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję”⁶
- (119) W ramach prowadzonego postępowania, w przypadku obu przedsiębiorców (tj. ALIC i TYLDA) kary pieniężne zostały ustalone na podstawie wysokości ich obrotów osiągniętych w 2017 r. Co prawda otwarcie ofert w przedmiotowym przetargu miało miejsce w dniu 28 listopada 2016 r. Niemniej jednak należy zauważyć, iż działania polegające na uzgadnianiu składanych ofert z ich natury mogą być prowadzone tylko do momentu ich złożenia, natomiast inne zachowania przedsiębiorców zmierzające do wywarcia wpływu na wybór droższej oferty mogą mieć miejsce także w okresie, w którym zamawiający może dokonać wyboru którejs z złożonych przez wykonawców ofert. W niniejszej sprawie miało to miejsce jeszcze na początku stycznia 2017 r. bowiem postępowanie zostało unieważnione w dniu 10 stycznia 2017r. Stąd też w przypadku Stron postępowania podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej jest obrót osiągnięty w 2017 r.
- (120) Kara nałożona w niniejszej sprawie została więc określona w oparciu o obrót przedsiębiorców z ostatniego roku stosowania praktyki, tj. 2017. Natomiast do ustalenia maksymalnej wysokości kary (vide: art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie i

⁶ https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php



konkurencji), jaka może być nałożona na przedsiębiorców przyjęto następujące zasady:

- obrót TYLDA osiągnięty w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2018;

- obrót ALIC z 2017 r. jako ostatniego roku obrotowego, dla którego przedsiębiorca posiadał dane dotyczące wartości obrotu, zgodnie z art. 106 ust. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Spółka ma obecnie zawieszoną działalność gospodarczą i nie złożyła zeznania o wysokości osiągniętego dochodu za rok podatkowy 2018 (informacja Naczelnika DUS w Zielonej Górze).

- (121) Nałożenie administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Niemniej, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym „*skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej*”⁷. Nieuzasadnione byłoby odstępowanie od nałożenia kary pieniężnej w przypadku bardzo poważnych naruszeń, do których zalicza się zmywy przetargowe.
- (122) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględni w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy).
- (123) Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).
- (124) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń bardzo poważnych, bowiem jest nim zмова przetargowa, tj. szczególnie szkodliwe horyzontalne porozumienie ograniczające konkurencję. Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.



wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1% do 3% obrotu przedsiębiorcy.

- (125) W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Prezes Urzędu na dalszym etapie miarkowania kary postanowił zindywidualizować proces jej kalkulowania w przypadku każdej ze stron postępowania. Jednakże z uwagi na ten sam przedmiot porozumienia oraz podobne przesłanki obciążające obu przedsiębiorców i brak przesłanek łagodzących, uzasadnienia kar są podobne. Nie oznacza to jednakże, iż wysokość kar nie została zindywidualizowana.
- (126) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane do kategorii naruszeń bardzo poważnych, w związku z tym organ antymonopolowy przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych za wskazane porozumienie na poziomie przedstawionym w poniższej tabeli (vide: tabela nr 2).

Tabela 2 - I etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (w zł) ustalona na podstawie [informacja chroniona] % obrotu za 2017 r.
1	ALIC	11 274,36
2	TYLDA	48 266,98

- (127) Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że krajowy rynek dostaw oprogramowania i świadczenia usług informatycznych jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców i na którym nie występują istotne bariery wejścia. Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie przetargu. Uwzględniając łącznie powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku oraz działaniem Stron postępowania postanowiono, że pozostaną one bez wpływu na wymiar kary. W



związku z powyższym na tym etapie kalkulacji kar, ich wysokość nie zmieniła się i kształtowała się następująco (vide: tabela nr 3):

Tabela 3 - II etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (w zł)
1	ALIC	11 274,36
2	TYLDA	48 266,98

- (128) Biorąc pod uwagę okres naruszenia Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. Dla odzwierciedlenia wpływu okresu naruszenia na wysokość kary Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową w przypadku długotrwałych porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%. Niedozwolone porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji nie zalicza się do porozumień długotrwałych (gdyż za takie uważane są naruszenia trwające dłużej niż rok), a co za tym idzie okres jego trwania nie miał wpływu na wysokość kary.
- (129) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze pod uwagę także okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).
- (130) Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: (1) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, (2) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, (3) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków, (4) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, (5) bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu, (6) działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). W ustalonym stanie faktycznym sprawy nie wystąpiła żadna z powyższych sytuacji, mogących mieć wpływ na obniżenie kary czyli okoliczności łagodzących.
- (131) Z kolei okolicznościami obciążającymi są: (1) rola lidera lub inicjatora porozumienia lub nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu, (2) przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców, (3) dokonanie uprzednio podobnego naruszenia, (4) umyślność naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).



- (132) Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił umyślny charakter naruszenia. Całokształt okoliczności sprawy świadczy o tym, że przedsiębiorcy uzgodnili pewną podjętą z góry taktykę działania w rozpatrywanym przetargu, której celem było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych - o ile pozwolą na to okoliczności, zdeterminowane przez rozkład ofert złożonych przez pozostałych uczestników przetargu, nieuczestniczących w porozumieniu - poprzez wygranie przetargu, przy jednoczesnym osiągnięciu możliwie jak najwyższej ceny. Strony postępowania uwzględniły przy tym możliwość podniesienia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (vide: art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) lub ogłoszenia nowego przetargu z wyższą kwotą przeznaczoną na jego realizację. Działania te - w ocenie Prezesa Urzędu - były dokonywane umyślnie i ze świadomością ich bezprawności.
- (133) Należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowa sprawa dotyczy zawarcia porozumienia przetargowego, a więc uzgodnionej koordynacji działań oferentów w celu zmanipulowania wyników tegoż postępowania. Przedsiębiorcy składający oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym zamówienia byli świadomi, iż prowadzone jest ono w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp. Oferenci byli zobowiązani do złożenia szeregu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przewidzianych w ustawie Pzp (określonych m.in. w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 tej ustawy). Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (134) Tak więc, wymienioną okoliczność obciążającą i brak okoliczności łagodzących uwzględniono przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na w/w przedsiębiorców postanowiono zwiększyć kwotę bazową o 10% (tabela nr 4).

Tabela 3 - III etap naliczania wysokości kar

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary (w zł)	Kara podwyższona o 10% (w zł)
1	ALIC	11 274,36	12 401,80
2	TYLDA	48 266,98	53 093,68

- (135) Ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* kryterium „*uprzedniego naruszenia przepisów ustawy*”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości



uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy. Strony niniejszego postępowania nie były dotąd prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, nie zaistniała zatem podstawa do podwyższenia wymiaru kar.

- (136) Kara nakładana przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyk ograniczających konkurencję służy podkreśleniu naganności ocenianych zachowań. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie opisane wyżej okoliczności. Orzeczona kara powinna również stanowić dolegliwość dla stron postępowania antymonopolowego tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstraszającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.
- (137) Mając na względzie wszystkie określone wyżej czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na Strony niniejszego postępowania z tytułu naruszenia, o którym mowa w punkcie I niniejszej decyzji kary w wysokości:
- ALIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze **karę pieniężną w wysokości 12 401,80 zł** (słownie: dwanaście tysięcy czterysta jeden złotych 80/100) płatną do budżetu państwa;
 - TYLDA Sp. z o.o. z siedzibą w Przeworsku **karę pieniężną w wysokości 53 093,68 zł** (słownie: pięćdziesiąt trzy tysiące dziewięćdziesiąt trzy złote 68/100) płatną do budżetu państwa.
- (138) Wysokość w/w kar pieniężnych mieści się poniżej maksymalnej wysokości kary jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć w niniejszej sprawie. W przypadku ALIC nałożona kara pieniężna stanowi [informacja chroniona]% obrotu i [informacja chroniona]% kary maksymalnej, jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę Spółkę, natomiast w przypadku TYLDA stanowi [informacja chroniona]% obrotu i [informacja chroniona]% maksymalnego wymiaru kary.
- (139) W ocenie Prezesa Urzędu, w/w kary pieniężne w pełni odpowiadają stopniowi zawinienia stron postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości.
- (140) W związku z powyższym orzeka się, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.



7. Koszty postępowania

- (141) Zgodnie z art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast stosownie do art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania stwierdzono naruszenie jej przepisów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 k.p.a, do kosztów postępowania zalicza się m.in. koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia. Postępowanie zakończone niniejszą decyzją zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w toku tego postępowania w łącznej wysokości 50,00 zł, czyli 25,00 zł w przypadku każdej ze Stron postępowania wobec której stwierdzono naruszenie art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (142) Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt III sentencji decyzji.

Pouczenia:

- (143) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, określone wyżej kary pieniężne należy uiścić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa Nr 51 1010 1010 7822 3100 0000**
- (144) Koszty postępowania strony niniejszej decyzji obowiązane są wpłacić w tym samym terminie na ten sam rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- (145) Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.
- (146) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 81 ust. 5 tej ustawy w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji



i Konsumentów we Wrocławiu w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

- (147) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 785 - dalej „ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych”), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu w kwocie 500 zł.
- (148) Zgodnie z art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (149) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w który sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (150) Stosownie do treści art. 117 §1, §3 i §4 zd. 1 k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub w części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego.
- (151) Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (152) Wniosek o ustanowienia adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

*Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury Urzędu we Wrocławiu*

Otrzymuje:

1. TYLDA Sp. z o.o.
ul. Marszałka J. Piłsudskiego 1/17
37 - 200 Przeworsk

2. ALIC Sp. z o.o.
ul. Kazimierza Wielkiego 7/5
66-004 Zielona Góra

