



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410-2/12/ZR

Wrocław, 25 października 2013 r.

Decyzja RWR 31/2013

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w zw. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz.U. Nr 107, poz. 887 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami:

- 1. Incom S.A. 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6,**
- 2. Integrit S.A. 52-407 Wrocław, ul. Tyniecka 1,**
- 3. Itsumi S.A. 50-071 Wrocław, pl. Wolności 4,**
- 4. Dreamtec Sp. z o.o. 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20,**
- 5. KEN Solutions Sp. z o.o. 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20,**
- 6. Dreamtec Solutions S.A. 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20,**

polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2011 r. przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: *Dolnośląska e-Szkoła*” (znak sprawy DU-Z.272.84.2011), mające na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję z **art. 6 ust.1 pkt 7** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*;

i stwierdza się jej zaniechanie przez:

- przedsiębiorców Incom S.A. i Dreamtec Sp. z o.o. – z dniem 26 października 2011 r.;
- przedsiębiorców Itsumi S.A., Integrit S.A., KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A. – z dniem 15 grudnia 2011 r.;

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną za naruszenie zakazu określonego w art.6 ust.1 pkt 7 wymienionej ustawy, w zakresie opisanym w **punkcie I** sentencji decyzji, w następującej wysokości:

- **na Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 1 717 184 zł** (słownie złotych: jeden milion siedemset siedemnaście tysięcy sto osiemdziesiąt cztery (0/100));
- **na Itsumi S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 118 895 zł** (słownie złotych: sto osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt pięć (0/100));
- **na Integrit S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 88 312 zł** (słownie złotych: osiemdziesiąt osiem tysięcy trzysta dwanaście (0/100));
- **na Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 13 341 zł** (słownie złotych: trzynaście tysięcy trzysta czterdzieści jeden (0/100));
- **na KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 3 415 zł** (słownie złotych: trzy tysiące czterysta piętnaście (0/100)).

UZASADNIENIE

Wprowadzenie

1)

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu [zw. dalej także Prezesem Urzędu lub organem antymonopolowym] przeprowadził postępowanie wyjaśniające (sygn. akt. RWR 400-45/11/ZR) w związku z powzięciem informacji opublikowanych w lokalnych mediach (dowód: przykładowe wydruki z portali informacyjnych, karta 294 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych) o sytuacji mającej miejsce w jednym z postępowań przetargowych organizowanych przez **Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego** we Wrocławiu [zw. dalej także Zamawiającym] pn.: „*Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkola*”. Z opublikowanych informacji wynikało, że uczestniczące w ww. przetargu podmioty, mogły działać w ramach umowy przetargowej.

(dowód: przykładowe wydruki: karta 294 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, że w przetargu przeprowadzonym przez Zamawiającego (znak sprawy DU-Z.272.84.2011) uczestniczyły następujące podmioty:

1. **Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu;**
2. **Integrit Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;**
3. **Itsumi S.A. z siedzibą w Wrocławiu;**
4. **Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu;**
5. **KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu;**
6. **Dreamtec Solutions S.A. z siedzibą w Wrocławiu.**

Wymienione podmioty przystępując do ww. przetargu utworzyły trzy konsorcja, w skład których weszły dwa podmioty:

- 1) Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o.;
- 2) Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A.
- 3) Incom S.A. i Dreamtec Sp. z o.o.

Ustalono ponadto, iż trzy spośród wymienionych spółek są powiązane między sobą osobowo, tj.: Incom S.A., Integrit Sp. z o.o., Itsumi S.A. a kolejne trzy spółki, tj.: KEN

Solutions Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. i Dreamtec Sp. z o.o. łączą powiązania zarówno osobowe, jak i kapitałowe. Tak więc konsorcja utworzono w ten sposób, że w ich skład weszło po jednym przedsiębiorcy z wymienionych wyżej „grup”.

Zgodnie z ogłoszonym dnia 23 listopada 2011 r. przez Zamawiającego wynikiem, zwycięzcą w przetargu zostało konsorcjum utworzone przez dwóch z ww. przedsiębiorców, tj.: przez Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu konsorcjum z udziałem spółek Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum to nie przedstawiło w wymaganym terminie prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu (zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek z tyt. Ubezpieczeń społecznych). Powyższe zachowanie miało miejsce już w sytuacji gdy konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. wiedziało, że jego oferta ma najniższą cenę (tj. po otwarciu ofert), a więc była najkorzystniejsza i to ona powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Ponadto ustalono, iż spółka Itsumi S.A. w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym pn. „*Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku*” (znak sprawy DU-Z.272.85.2011), wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyła zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem ubezpieczeń z dnia 23 sierpnia 2011 r., które potwierdzałoby również spełnianie wymagań w przedmiotowym przetargu.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono również, że inny uczestnik ww. przetargu „*Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła*” przedsiębiorca Innovation Technology Group S.A. we Wrocławiu - działając na podstawie art.180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (j.t. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) - złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność Zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia przetargu i zarzucił ww. przedsiębiorcom wchodzącym w skład wymienionych konsorcjów działanie w ramach zмовы przetargowej. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający – Dolnośląski Urząd Marszałkowski - uwzględnił w całości przedstawione w odwołaniu zarzuty Innovation Technology Group S.A. Wobec braku sprzeciwu innych podmiotów postępowania przetargowego, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła sprawę a Zamawiający uznał za zwycięską ofertę odwołującego (tj. Innovation Technology Group S.A.) oraz odrzucił oferty konsorcjów: Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. oraz Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o.

(dowód: karta 3-8, 18-29 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

Ponadto, w ramach postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 105a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* przeprowadził kontrolę u ww. przedsiębiorców, która miała na celu w szczególności uzyskanie informacji dotyczących okoliczności uczestnictwa poszczególnych podmiotów w przedmiotowym przetargu.

(dowód: protokoly kontroli: karta 52-53, 60-61, 108-109, 116-117, 132-133 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

2)

Na podstawie zebranego w toku postępowania wyjaśniającego materiału, który uprawdopodobnił możliwość naruszenia ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) [zw. dalej także ustawą *o ochronie (...)*], przez wymienionych wyżej przedsiębiorców, we wskazanym wyżej zakresie, Prezes Urzędu postanowił zamknąć postępowanie wyjaśniające i wszcząć postępowanie antymonopolowe.

(dowód: karta 295-298 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

3)

Dnia 28 grudnia 2012 r., postanowieniem RWR 295/2012 wszczęto postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen, jak i zasad postępowania, w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2011 r. przez Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła” (znak sprawy DU-Z.272.84.2011), mających na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co może stanowić **naruszenie art. 6 ust.1 pkt 7** ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazującego zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, poprzez m.in. uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zarzuty postawiono niżej wymienionym przedsiębiorcom:

1. Incom S.A., 52-407 Wrocław, ul. Mokronoska 6
2. Integrit S.A., 52-407 Wrocław, ul. Tyniecka 1
3. Itsumi S.A., 50-071 Wrocław, pl. Wolności 4
4. Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20
5. KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20
6. Dreamtec Solutions S.A., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20

Do materiałów postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu zaliczył w całości materiały postępowania wyjaśniającego, zawarte w aktach pod sygn. akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych.

(dowód: karta 1-2 t.2 akt głównych)

4)

W związku z wszczęciem postępowania antymonopolowego, strony ustosunkowały się do zarzutu postawionego w ww. postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz przedstawiły żądane informacje. Ponadto, pełnomocnik trzech przedsiębiorców (Incom S.A., Integrit S.A. i Itsumi S.A.) przedstawił stanowisko stron w sprawie po zakończeniu postępowania dowodowego. Przedmiotowe kwestie zostały przedstawione przez strony:

- **Incom S.A.** – w pismach z dnia 17 stycznia 2013 r., i 6 i 12 czerwca 2013 r.,
- **Integrit S.A.** – w pismach z dnia 17 stycznia 2013 r. i 6, 12 i 13 czerwca 2013 r.,
- **Itsumi S.A.** - w pismach z dnia 6 i 12 czerwca 2013 r.,
- **Dreamtec Sp. z o.o.** – w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 4 czerwca 2013 r.,
- **KEN Solutions Sp. z o.o.** – w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 6 czerwca 2013 r.,
- **Dreamtec Solutions S.A.** – w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. i 4 czerwca 2013 r.,

(dowód: karta 15-19, 21-26, 37-38, 41-42, 46-47, 55-56, 124-130, 131-143, 147-156, 157-163, 164-168, 169-178, 179-181, 184-191, 192-193, 201-220, 221-231 t.2 akt głównych)

5)

W toku postępowania antymonopolowego zwrócono się o informacje również do innych podmiotów, nie będących stronami niniejszego postępowania tj.:

- kancelarii prawnej reprezentującej wymienione trzy konsorcja w przedmiotowym postępowaniu przetargowym – **Kancelaria Radcy Prawnego IJ (...)** – odpowiedzi przesłano w pismach z dnia 11 marca 2013 r. oraz 15 kwietnia 2013 r. (dowód: karta 62-74 i 79-90 t.2 akt głównych);

- **Zamawiającego** w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tj. **Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego** – odpowiedzi przesłano w pismach z dnia 8 lutego 2012 r. (w toku post. wyjaśniającego) i 22 kwietnia 2013 r.) (dowód: załącznik do akt głównych „Dokumenty przetargowe”, karta 212-294 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych oraz karta 93-99 t.2 akt głównych);
- **Odwołującego się** w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tj. spółki **Innovation Technology Group S.A.** – odpowiedzi udzielono w piśmie z dnia 18 stycznia 2012 r. w toku post. wyjaśniającego (dowód: karta 3-51 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych).

6)

Wszystkie strony postępowania zostały powiadomione o przysługującym im prawie do zapoznania się z aktami postępowania antymonopolowego i skorzystały z niego, zarówno przez osobę upoważnioną do reprezentacji, jak i przez upoważnionego pełnomocnika. (dowód: karta 104-109 t.2 akt głównych)

7)

W piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. odnoszącym się do zebranego w sprawie materiału dowodowego, pełnomocnik spółki Incom S.A. złożył wniosek o przesłuchanie Prezesa Zarządu Incom S.A. – Pana Mariusza Jaworskiego, wskazując, iż materiał dowodowy ma charakter niepełny, z uwagi na pominięcie w nim dowodu z przesłuchania Pana Mariusza Jaworskiego, który dysponuje największą wiedzą w zakresie spornego postępowania, strategii rynkowej spółek INCOM S.A. oraz ITSUMI S.A. jak i rynku sprzedaży sprzętu komputerowego, akcesoriów i peryferiów komputerowych oraz oprogramowania, w tym dedykowanych do edukacji i to zarówno rynku publicznego jak i prywatnego. W opinii wnioskodawcy „wyjaśnienia składane w formie pisemnej nie stworzą pełnego obrazu ocenianego stanu faktycznego a zeznania ustne pozwolą na pełniejszą ocenę ich wiarygodności”.

(dowód: karta 229 t.2 akt głównych)

W odpowiedzi na powyższy wniosek, Prezes Urzędu – postanowieniem RWR 120/2013 z dnia 20 czerwca 2013 r. odmówił jego uwzględnienia stwierdzając, iż okoliczności wskazywane przez wnioskodawcę na które ma być przesłuchana strona, są z jednej strony sformułowane zbyt ogólnie („strategia rynkowa spółek”), po drugie zawierają się w wyjaśnieniach stanowiących odpowiedzi na pytania skierowane do stron w toku postępowania, które dotyczyły m.in. wyjaśnienia okoliczności powstania i zasad działania konsorcjów uczestniczących w przedmiotowym przetargu, a zatem również w ogólnie pojętej „strategii działalności przedsiębiorcy” w tym zakresie. (dowód: karta 232 t.2 akt głównych)

Prezes Urzędu, na podstawie zebranego materiału dowodowego, ustalił następujący stan faktyczny:

I. Strony postępowania

8)

KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Strzeleckim 20, jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000282686. Głównym przedmiotem działalności spółki jest produkcja i

sprzedaż sprzętu IT oraz audio-wizualnego na terenie Polski i Europy. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Dariusz Szumiło (prezes także spółek Dramtec Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A.), który jest również większościowym wspólnikiem spółki. Wspólnikiem mniejszościowym jest z kolei inny uczestnik postępowania – spółka Dreamtec Solutions S.A. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...) zł, a w 2012 r. (...) zł

(dowód: karta 37, 39-40, 170 i 174 t.2 akt głównych)

9)

Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Strzeleckim 20, jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000323972. Głównym przedmiotem działalności spółki jest sprzedaż sprzętu komputerowego, audiowizualnego oraz oprogramowania, głównie do sektora edukacji na terenie Polski i Europy. Spółka jest integratorem rozwiązań audio-wizualnych. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Dariusz Szumiło (prezes także spółek KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A.), który jest również większościowym wspólnikiem spółki. Wspólnikiem mniejszościowym jest z kolei inny uczestnik postępowania – spółka Dreamtec Solutions S.A. Ponadto członkiem zarządu spółki jest Maciej Bojanowski – akcjonariusz spółki Dreamtec Solutions S.A. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...) zł, a w 2012 r. (...) zł

(dowód: karta 41, 43-44, 132 i 141 t.2 akt głównych)

10)

Dreamtec Solutions S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Strzeleckim 20, jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000380191. Przedmiotem działalności spółki jest w szczególności działalność handlowa i inwestycyjna, w szczególności w branży IT na terenie Polski. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Dariusz Szumiło (prezes także spółek KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Sp. z o.o.), który jest również większościowym akcjonariuszem spółki. Akcjonariuszem mniejszościowym jest Maciej Bojanowski – równocześnie członek zarządu spółki. Jest on również członkiem zarządu Dreamtec Sp. z o.o. W dniu 31 grudnia 2012 r. spółka złożyła do KRS wnioski o zawieszenie działalności gospodarczej. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...) zł, a w 2012 r. (...) zł.

(dowód: karta 55, 57-58, 125 i 127 t.2 akt głównych)

11)

Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Mokronoskiej 6, jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000270484. Przedmiotem działalności spółki jest głównie dystrybucja sprzętu, oprogramowania i rozwiązań informatycznych na terenie Polski i Europy. Przedsiębiorca skupia się przede wszystkim na dystrybucji wyrobów własnej marki ADAX. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Mariusz Jaworski (w okresie trwania przedmiotowej procedury przetargowej – również Prezes Zarządu Itsumi S.A.), który ponadto był wówczas większościowym udziałowcem Integrit Sp.

z o.o.. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...), a w 2012 r. (...) zł.

(dowód: karta 61-64 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz karta 22, 149 i 153 t.2 akt głównych)

12)

Integrit S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Tynieckiej 1 (wcześniej Integrit Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Mokronoskiej 6) jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000449172. Przedmiotem działalności spółki jest integracja rozwiązań informatycznych, w tym w szczególności rozwiązań dla edukacji. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Krzysztof Chrzanowski. Spółka powstała w grudniu 2012 r. w wyniku przekształcenia **Integrit Sp. z o.o.** (nr KRS 0000125651), której jednym ze współników był Pan Mariusz Jaworski – Prezes Zarządu Incom S.A. Zgodnie z aktem notarialnym regulującym przedmiotowe przekształcenie (Rep. A nr 1512/2012 z dnia 7 grudnia 2012 r. – kopia dokumentu, karta: 202-220 t.2 akt głównych), nastąpiło ono w trybie art. 551 i nast. ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), w związku z czym na nowy podmiot – spółkę przekształconą, tj. **Integrit S.A.**, przeszły **prawa i obowiązki** spółki przekształcanej (stosownie do art. 553 § 1 k.s.h.), która tym samym stała się **następcą prawnym** spółki przekształcanej, tj. Integrit Sp. z o.o. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...) zł, a w 2012 r. (...) zł.

(dowód: karta 111-112 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych i karta 22, 158, 161 i 201-220 t.2 akt głównych)

13)

Itsumi S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Wolności 4 (wcześniejsza siedziba: ul. Mokronoska 6), jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS 0000268600. Przedmiotem działalności spółki jest produkcja sprzętu komputerowego i sprzętu elektronicznego powszechnego użytku. Spółka powstała w 2007 r. w wyniku podziału spółki Incom S.A. Prezesem Zarządu spółki jest Pan Włodzimierz Kłobus. Obecnie spółka znajduje się w stanie upadłości układowej. W trakcie przedmiotowego postępowania przetargowego Prezesem Zarządu Itsumi S.A. był Pan Mariusz Jaworski, będący jednocześnie Prezesem Zarządu Incom S.A. Zgodnie z przedłożonym dokumentem CIT-8, w 2011 przychody spółki wyniosły (...) zł, a w 2012 r. (...) zł.

(dowód: karta 286 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych karta 100-104, 165 i 167 t.2 akt głównych)

14)

Trzy spółki, spośród wymienionych wyżej – strony niniejszego postępowania: **Dreamtec Sp. z o.o.**, **Dreamtec Solutions S.A.** i **KEN Solutions Sp. z o.o.** są powiązane między sobą osobowo. Prezesem Zarządu trzech wymienionych spółek jest ta sama osoba – Pan **Dariusz Szumilo**, który jest również większościowym współnikiem KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Sp. z o.o. Ponadto istnieją także powiązania kapitałowe pomiędzy spółkami: Dreamtec Solutions S.A., która jest mniejszościowym udziałowcem Dreamtec Sp. z o.o. oraz KEN Solutions Sp. z o.o. Wszystkie trzy wymienione spółki mają siedziby pod tym samym adresem, w tym samym budynku, przy pl. Strzeleckim 20 we Wrocławiu.

(dowód: karta 43, 57 i 61 t.2 akt głównych)

15)

Kolejne trzy spółki – strony niniejszego postępowania: **Incom S.A., Itsumi S.A. i Integrit S.A.** (wcześniej **Integrit Sp. z o.o.**) w trakcie przedmiotowego postępowania przetargowego były powiązane osobowo: Prezesem Zarządu Incom S.A. i Itsumi S.A. była ta sama osoba - Pan **Mariusz Jaworski**, będący jednocześnie większościowym wspólnikiem spółki Integrit Sp. z o.o. W okresie przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu oraz w czasie trwania procedury przetargowej, wszystkie trzy wymienione spółki miały siedziby **pod tym samym adresem**, przy ul. Mokronoskiej 6 we Wrocławiu (aktualnie, tj. w toku postępowania antymonopolowego, siedziby tych podmiotów znajdują się pod różnymi, wskazanymi wyżej adresami).

(dowód: karta 30, 35, 181 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

II. Przebieg postępowania przetargowego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła”.

16)

Dnia 3 sierpnia 2011 roku Zamawiający opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o przeprowadzeniu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła (dalej: „Dolnośląska e-Szkoła”), znak sprawy DU-Z.272.84.2011 (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 3 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 147-244410).

(dowód: karta 264-265 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

17)

W związku z ogłoszeniem wskazanego wyżej postępowania przetargowego, w wyniku bezpośrednich ustaleń pomiędzy Dariuszem Szumiło - Prezesem Zarządu spółek **Dreamtec Sp. z o.o. i KEN Solutions Sp. z o.o.** a Mariuszem Jaworskim - Prezesem Zarządu spółek **Incom S.A., Itsumi S.A.**, doszło do utworzenia dwóch konsorcjów:

- **Dreamtec Sp. z o.o. oraz Incom S.A. (lider konsorcjum),**

- **KEN Solutions Sp. z o.o. oraz Itsumi S.A. (lider konsorcjum),**

których celem był wspólny start w wymienionym wyżej przetargu, jednak poprzez złożenie dwóch niezależnych od siebie ofert.

Ponadto, w związku z ogłoszeniem wskazanego wyżej postępowania przetargowego w wyniku bezpośrednich ustaleń pomiędzy Dariuszem Szumiło - Prezesem Zarządu spółki **Dreamtec Solutions S.A.** a Krzysztofem Chrzanowskim - Prezesem Zarządu Integrit Sp. z o.o. doszło do utworzenia kolejnego konsorcjum,:

- **Dreamtec Solutions S.A. oraz Integrit Sp. z o.o. (lider konsorcjum),**

którego celem było złożenie wspólnej oferty również do ww. przetargu.

(dowód: karta 104, 123 i 134 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz karta 18-19, 26, 38, 42, 56 t.2 akt głównych)

Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* istnieje możliwość współdziałania kilku podmiotów - wykonawców, poprzez zawiązanie przez nich umowy konsorcyjnej, której celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia, tj. mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

18)

Obsługę prawną związaną z uczestniczeniem wszystkich ww. podmiotów (w ramach trzech wskazanych konsorcjów) powierzono jednemu podmiotowi: Kancelarii Prawnej IS z siedzibą we Wrocławiu (...). Kancelaria wykonywała na rzecz ww. podmiotów usługi polegające na przygotowaniu umów konsorcjum, dokumentów związanych ze wspólnym udziałem ww. spółek w przedmiotowym przetargu, w tym dokumentów pełnomocnictw. Bezpośrednim wykonawcą tych usług była radca prawny MJ, zatrudniona w ww. kancelarii prawnej.

(dowód: karta 68 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz karta 62-63 t.2 akt głównych)

19)

Do postępowania przetargowego o którym mowa w pkt 16) przystąpiły ostatecznie następujące podmioty (wykonawcy):

1. Konsorcjum: Incom S.A., Dreamtec Sp. z o.o.,
2. Innovation Technology Group S.A.,
3. Konsorcjum: Integrit Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A.,
4. Konsorcjum: Itsumi S.A., KEN Solutions Sp. z o.o.

(dowód: karta 264-265 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

20)

Wymienione podmioty wchodzące w skład konsorcjów złożyły swoje oferty, wraz z dokumentami wymaganymi przez Zamawiającego dnia 26 października 2011 r. Adnotacja potwierdzająca przyjęcie w sekretariacie Zamawiającego dokumentów ofertowych z konsorcjów Itsumi S.A. – KEN Solutions Sp. z o.o. i Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. wskazuje, iż powyższe czynności miały miejsce o godz. 10.30, natomiast 10 minut później, tj. o godz. 10.40 przyjęto ofertę konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o.

(dowód: koperty z ofert wraz z oznaczeniem daty i godz. złożenia do sekretariatu Zamawiającego: karta 94-99 t.2 akt głównych)

21)

Zgodnie z dokumentacją przetargową przedstawioną przez Zamawiającego, dnia 26 października 2011 r. nastąpiło otwarcie wszystkich czterech ofert złożonych w przedmiotowym przetargu. Działając zgodnie z art. 86 ust.4 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, Zamawiający podał do wiadomości wszystkich wykonawców: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące **cen**, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Tabela 1

Wykaz uczestników przetargu „Dolnośląska e-Szkoła” na dzień otwarcia ofert dnia 26 października 2011 r.

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena (PLN)
1.	Konsorcjum: Itsumi S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 KEN Solutions Sp. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	10.449.800,00
2.	Konsorcjum: Integrit Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Solutions S.A., Wrocław, pl. Strzelecki 20	11.006.088,59
3.	Innovation Technology Group S.A., Wrocław	11.333.072,40
4.	Konsorcjum: Incom S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Sp. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	12.767.400,00

(opracowanie własne na podstawie materiałów dot. przetargu „Dolnośląska e-szkoła”)

22)

Dnia 9 listopada 2011 r., zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, Zamawiający wezwał wszystkie trzy konsorcja do uzupełnienia stwierdzonych braków formalnych w złożonych dokumentach ofertowych:

- konsorcjum Itsumi S.A.-KEN Solutions Sp.z o.o., wezwano do poprawienia błędu w pełnomocnictwie dla PB (stanowisko - menedżer projektów) oraz dostarczenia aktualnego **zaświadczenia z ZUS** potwierdzającego, że Itsumi S.A. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne – wystawionego **nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert**, a więc prawidłowy dokument musiał być wystawiony nie wcześniej niż 26 lipca 2011 r. i nie później niż 26 października 2011 r. (dowód: kopia wezwania - karta 281-282 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. wezwano **do uzupełnienia złożonej oferty**, poprzez dostarczenie następujących dokumentów: **aktualnego zaświadczenia z ZUS** potwierdzającego, że Integrit Sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne – wystawionego **nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert** (a więc prawidłowy dokument musiał być wystawiony nie wcześniej niż 26 lipca 2011 r. i nie później niż 26 października 2011 r.) oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. jednego z członków zarządu Wykonawcy – p. M.Bojanowskiego (dowód: kopia wezwania - karta 278-279 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o. wezwano **do uzupełnienia złożonej oferty**, poprzez uzupełnienie oświadczenia Wykonawcy (członka konsorcjum) – Dreamtec Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia (dowód: kopia wezwania - karta 275 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);

23)

Konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. uzupełniło braki formalne pismem z dnia 14.11.2011 r. przedkładając żądane przez Zamawiającego dokumenty: tj. zaświadczenia z ZUS (wystawione na dzień 23.08.2011 r., czyli na dzień mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięcznym okresie ważności) oraz stosowne zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego (dowód: karta 272-273 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych)

Konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o. uzupełniło braki formalne pismem z dnia 17.11.2011 r. przedkładając żądany przez Zamawiającego dokumenty tj. uzupełnienie oświadczenia Wykonawcy (członka konsorcjum) – Dreamtec Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia (dowód: karta 267 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych).

24)

Konsorcjum Itsumi S.A. – KEN Solutions Sp. z o.o. uzupełniło braki formalne pismem z dnia 15.11.2011 r. do którego dołączono poprawiony formularz pełnomocnictwa oraz zaświadczenie z ZUS spółki Itsumi S.A., wystawione na dzień **14 listopada 2011 r.** a więc wystawionego na dzień **nie mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięcznym okresie ważności tj. od 26 lipca 2011 r. do 26 października 2011 r.**

Pismo zostało podpisane przez pełnomocnika PB, który potwierdził również za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia z ZUS. Powyższe działanie miało miejsce już po otwarciu ofert, tj. w sytuacji, gdy biorący udział w przetargu oferenci (w tym konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o.) otrzymali od Zamawiającego informację, że jego oferta ma najniższą cenę, a więc była najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego.

(dowód: karta 270, 271 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

25)

Natomiast w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym pn. „*Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku*” (znak sprawy: DU-Z.272.85.2011), spółka Itsumi S.A. we Wrocławiu, pismem z dnia **20 października 2011 r.** złożyła wniosek o dopuszczenie udziału w tym postępowaniu załączając do wniosku, m.in. zaświadczenie z ZUS wystawione na dzień **23 sierpnia 2011 r.**, a więc na dzień mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego 3-miesięcznym okresie ważności tj. od 26 lipca 2011 r. do 26 października 2011 r., w przetargu „*Dolnośląska e-Szkola*”.

Powyższe pismo **zostało podpisane przez pełnomocnika PB**, który potwierdził również za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia z ZUS, tj. tą samą osobę, która była również pełnomocnikiem konsorcjum „Itsumi-KEN Solutions” w postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem niniejszej sprawy.

(dowód: karta 283-287 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

26)

Zgodnie z ogłoszonym dnia 23 listopada 2011 r. przez Zamawiającego wynikiem, zwycięzcą w przetargu zostało konsorcjum z udziałem dwóch spośród ww. przedsiębiorców, tj.: **Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A.**

Tabela 2

Wyniki przetargu „Dolnośląska e-Szkoła” ogłoszone dnia 23 listopada 2011 r.

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena (PLN)	Ostateczna Punktacja
1.	Konsorcjum: Incom S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Sp. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	12.767.400,00	86,20
2.	Innovation Technology Group S.A., Wrocław	11.333.072,40	97,11
3.	Konsorcjum: Integrit Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Solutions S.A., Wrocław, pl. Strzelecki 20	<u>11.006.088,59</u>	100
4.	Konsorcjum: Itsumi S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 KEN Solutions Sp.. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	10.449.800,00	(wykluczenie)

(opracowanie własne na podstawie materiałów dot. przetargu „Dolnośląska e-Szkoła”, karta: 265 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu konsorcjum z udziałem **Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp.. z o.o.** z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez nieprzedstawienie prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu (zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne) w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Przedłożone dnia 15 listopada 2011 przez Itsumi S.A. zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z płatnościami wystawiono na dzień **14 listopada 2011 r.**, tj. **na dzień nie mieszczący się w ustalonym przez Zamawiającego okresie ważności tego dokumentu. Ostatnim dniem na który dokument ten powinien zostać wystawiony był 26 października 2011 r. tj. ostatni dzień terminu wyznaczonego na złożenie ofert.** Tym samym, złożone przez Itsumi S.A. zaświadczenie z ZUS w postępowaniu przetargowym „Dolnośląska e-Szkoła”, nie mogło zostać uznane za prawidłowe.
(dowód: karta 265 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

27)

Zgodnie z art.180 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, każdemu uczestnikowi przetargu (wykonawcy) przysługuje prawo złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej [zw. dalej także KIO] od „*niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*”. Stosownie do art.180 ust.3 *Prawo zamówień publicznych* „*Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania*”.

Korzystając z powyższego uprawnienia oraz mając na względzie powyższe okoliczności, inny uczestnik przedmiotowego przetargu - przedsiębiorca Innovation Technology Group S.A. we Wrocławiu [zw. dalej także ITG S.A. lub ITG] - złożył pismem z dnia 2 grudnia 2011 r., **odwołanie do Prezesa KIO** na czynność Zamawiającego w zakresie wskazanego wyżej (w tabeli nr 2) rozstrzygnięcia przetargu i zarzucił ww. przedsiębiorcom wchodzącym w skład wymienionych konsorcjów działanie w ramach zmywu przetargowej.

W swoich zarzutach ITG S.A. odniosło się do dokumentacji przetargowej wskazując na następujące elementy:

- a) w pełnomocnictwie do reprezentacji w postępowaniu, udzielonym przez Konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. wskazano błędny NIP spółki KEN Solutions Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki Dreamtec Solutions S.A.,
- b) do każdej z ofert złożonych przez ww. konsorcja zostało załączone identyczne pełnomocnictwo, zawierające te same błędy merytoryczne. W treści pełnomocnictw Konsorcja powoływały się na ustawę Prawo zamówień publicznych, podając Dziennik Ustaw numer 2006 r. Nr 164 poz. 1163, podczas gdy prawidłowym oznaczeniem na dzień składania ofert w Postępowaniu jest Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759, jak również wskazano w nich uprawnienie pełnomocników do składania protestów, podczas gdy ten środek ochrony prawnej został ostatnią nowelizacją ustawy zlikwidowany.
- c) dokumenty złożone przez konsorcja pt. *Wykaz dostaw* charakteryzują się takim samym układem graficznym i czcionką;
- d) podmioty uczestniczące w konsorcjach wystawiły sobie wzajemnie referencje w zakresie dostarczania sprzętu komputerowego członkom pozostałych konsorcjów, tj. Incom S.A. dokonywał dostaw na rzecz Itsumi S.A., Itsumi S.A. na rzecz Incom S.A., a Integrit Sp. o.o. na rzecz Itsumi S.A.;
- e) załączone do ofert każdego z Konsorcjum gwarancje ubezpieczeniowe zostały wystawione jednego dnia 25 października 2011 r., na ten sam okres czasu, tj. od dnia 26 października 2011 r. do dnia 25 grudnia 2011 r., przez tego samego ubezpieczyciela Ergo Hestia a dodatkowo są to gwarancje oznaczone kolejnymi numerami porządkowymi, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Incom S.A. otrzymała numer 280000040694, gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Integrit Sp. z o.o. otrzymała numer 280000040695, a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Itsumi S.A. otrzymała numer 280000040696.

Ponadto, spółka ITG S.A. wskazała na występujący w jej opinii „element niesamodzielnego działania stron postępowania”, poprzez fakt nieuzupełnienia przez konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. brakujących dokumentów, tj. zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz błędnego pełnomocnictwa dla p. PB. W opinii ITG S.A. uzupełnienie tych dokumentów „nie powinno być problemem dla Konsorcjum, gdyż jak wskazał Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, spółka Itsumi S.A. w prowadzonym równolegle postępowaniu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku” wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożyła zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne z dnia 23 sierpnia 2011 r., które potwierdzałoby również spełnianie wymagań w postępowaniu *Dolnośląska e-Szkola*. W opinii ITG S.A. „Można przypuszczać, że było to celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów (czyli celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmwie (...)”.

(dowód: odwołanie ITG do Przesy KIO karta 18-29 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

28)

W razie złożenia odwołania przez jednego z wykonawców, Ustawa *Prawo zamówień publicznych* przewiduje możliwość interwencji ubocznej dla pozostałych wykonawców,

którzy w razie skorzystania z tego prawa powinni wskazać stronę, do której dany wykonawca przystępuje, oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca może zatem dokonać przystąpienia bądź po stronie zamawiającego, bądź po stronie odwołującego. Zgodnie z art.185 ust.2 *Prawo zamówień publicznych*: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” Korzystając z powyższego uprawnienia liderzy dwóch konsorcjów (wykonawców w rozumieniu ww. przepisu), konsorcja tj. Incom S.A.- Dreamtec Sp. z o.o. oraz Integrit Sp. z o.o. - Dreamtec Solutions S.A., pismem z dnia **5 grudnia 2011 r.** przystąpili do odwołania jako uczestnicy postępowania po stronie Zamawiającego, zgodnie z art.185 ust.2 *Prawo zamówień publicznych*.

Wnosząc przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego dnia 5 grudnia 2011 r., Incom S.A. (działający jako lider konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o.) **zawnioskował do Prezesa KIO o oddalenie odwołania** złożonego przez ITG.

Wnosząc przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego dnia 5 grudnia 2011 r., Integrit Sp. z o.o. (działający jako lider konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A.) **zawnioskował do Prezesa KIO o oddalenie odwołania** złożonego przez ITG.

(dowód: karta 245-246 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

29)

Udzielając odpowiedzi na złożone przez ITG odwołanie, Zamawiający - działając na podstawie art. 186 ust.1 *Prawo zamówień publicznych*, skierował do Prezesa KIO pismo z dnia **8 grudnia 2011 r.** (l.dz. 1552/12/2011) w którym **uwzględnił w całości** zarzuty odwołującego (ITG). W zakresie tezy podniesionej w odwołaniu przez ITG dotyczącej „zmowy przetargowej”, Zamawiający stwierdził, że w zakresie kwestii „nieuzupełnienia przez Wykonawcę – Konsorcjum Itsumi S.A. oraz KEN Solutions Sp. z o.o. brakującego zaświadczenia z ZUS, należy do argumentacji Odwołującego dodać, iż w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym „równolegle” przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest „Dostawa sprzętu dla projektu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku” w którym to wykonawca Itsumi S.A. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, znajduje się „Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek” z dnia 23 sierpnia 2012 r. wystawione dla Itsumi S.A., które potwierdza, iż Wykonawca nie posiada zaległości w płaceniu składek (kopia w załączeniu). Uprawdopodobnia to tezę odwołującego o celowym wadliwym uzupełnieniu dokumentu przez Itsumi S.A. co skutkowało koniecznością wykluczenia Wykonawcy przez Zamawiającego (przy braku możliwości zatrzymania wadium) oraz wybór oferty najkorzystniejszej, tj. Wykonawcy – Konsorcjum firm Integrit Sp. z o.o. oraz Dreamtec Solutions S.A., droższej o ponad 500 tys. złotych”.

(dowód: karta 216-217, 252-257 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

30)

Zgodnie z art.186 ust. 3 *Prawo Zamówień publicznych* „Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, **nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu** przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub

unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Uczestnicy postępowania (wykonawcy), którzy przystąpili do odwołania po stronie zamawiającego, tj. konsorcja : Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o. oraz Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. nie skorzystali z ww. prawa do złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów odwołującego (tj. ITG) a zatem Prezes KIO – działając na podstawie powyższego przepisu – umorzył przedmiotowe postępowanie odwoławcze, postanowieniem z dnia 13 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2574/11), wskazując jednocześnie, iż zgodnie z ww. przepisem art.186 ust. 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, Zamawiający w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

(dowód: kopia postanowienia Prezesa KIO - karta 227-229 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

31)

Stosując się do powyższego rozstrzygnięcia Prezesa KIO oraz wskazanego przepisu art.186 ust.3 *Prawo zamówień publicznych*, Zamawiający poinformował uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego o ostatecznych wynikach postępowania przetargowego (pismo z dnia 15 grudnia 2011 r. (l.dz. 2794/12/2011)), wskazując jako zwycięską - ofertę firmy ITG S.A. Ponadto Zamawiający poinformował o **odrzućeniu** – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3) ustawy *Prawo zamówień publicznych* ofert konsorcjów firm: Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o. oraz Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A., tj. uznanie ich zachowań w toku postępowania przetargowego za czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, naruszające interes innego przedsiębiorcy. Ponadto Zamawiający podtrzymał decyzję o skutecznym **wykluczeniu** z postępowania konsorcjum Itsumi S.A. – KEN Solutions Sp. z o.o. na podstawie art.24 ust.2 pkt 4) ustawy *Prawo zamówień publicznych*, tj. braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

(dowód: pismo Zamawiającego karta 219 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

Tabela 3

Wyniki przetargu „Dolnośląska e-Szkoła” po uwzględnieniu odwołania ITG prezentowały się zatem następująco:

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena (PLN)	Ostateczna Punktacja
1.	Konsorcjum: Incom S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Sp. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	12.767.400,00	(odrzućenie oferty)
2.	Innovation Technology Group S.A., Wrocław	11.333.072,40	100
3.	Konsorcjum: Integrit Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mokronoska 6 Dreamtec Solutions S.A., Wrocław, pl. Strzelecki 20	11.006.088,59	(odrzućenie oferty)
4.	Konsorcjum: Itsumi S.A., Wrocław, ul. Mokronoska 6 KEN Solutions Sp.. z o.o., Wrocław, pl. Strzelecki 20	10.449.800,00	(wykluczenie)

(opracowanie własne na podstawie materiałów dot. przetargu „Dolnośląska e-szkoła” karta: 219 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

32)

Przedsiębiorca Integrit Sp. z o.o. – lider jednego z konsorcjów skierował do Prezesa KIO pismo z dnia 12 grudnia 2011 r. w którym wyjaśnił powody dla których nie skorzystał z prawa do złożenia sprzeciwu w zakresie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołującego. W przedmiotowym piśmie spółka Integrit Sp. z o.o. wskazała, że powodem tym nie jest fakt, iż uznała zasadność zarzutów podniesionych przez spółkę ITG S.A. Spółka wskazała, że kierowała się przesłankami ekonomicznymi, będącymi następstwem powodzi w Tajlandii, oraz znacznym wzrostem kursu dolara powodującego wzrost cen części komputerowych, w szczególności twardych dysków co mogło mieć „wpływ na istotne zwiększenie ryzyka opłacalności przedsięwzięcia” (tj. udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia).

Z kolei lider drugiego konsorcjum, Incom S.A. – wyjaśniając powody nie złożenia przedmiotowego sprzeciwu wskazał, iż z jego strony wniesienie sprzeciwu byłoby niecelowe z uwagi na fakt, iż zwycięska oferta zawierała niższą cenę od zaproponowanej przez konsorcjum z udziałem spółki.

(dowód: pismo Integrit do KIO - karta 222 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych oraz wyjaśnienia Incom S.A. - karta 230 t.2 akt głównych)

III. Materiał dowodowy zebrany w toku postępowania: dokumenty, wyjaśnienia i stanowiska stron oraz innych podmiotów do których zwrócono się o informacje w toku postępowania

33)

W toku niniejszego postępowania, Zamawiający przekazał dokumenty dotyczące w szczególności przedmiotowego przetargu pn. „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła” (nr DU-Z.272.84.2011), obejmujące m.in.:

- formularz z ogłoszeniem Zamawiającego dot. przedmiotowego przetargu (karta 200-204 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) (karta: 174-199 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- formularze ofert złożone przez poszczególnych wykonawców – uczestników postępowania przetargowego, tj.: formularz oferty wykonawcy ITG S.A. (karta: 26-38 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), formularz oferty konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o. (karta 39-54 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), formularz oferty konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A. (karta: 55-68 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”), formularz oferty konsorcjum Itsumi S.A. – KEN Solutions Sp. z o.o. (karta: 69-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- oświadczenia członków komisji przetargowej (karta 83-90 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- korespondencję dot. przedmiotowego postępowania przetargowego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami oraz innymi podmiotami. (karta 93-173 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- dokumentacja dotycząca postępowania odwoławczego w związku z ww. przetargiem (karta: 203-246 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);

Ponadto, Zamawiający przedstawił dokumenty dotyczące innego przetargu prowadzonego równolegle przez Zamawiającego pn. „*Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku*” (nr DU-Z.272.85.2011),

Część z tych dokumentów włączono bezpośrednio do akt głównych niniejszego postępowania, natomiast pozostałe stanowią załącznik do akt głównych niniejszej sprawy. W szczególności, spośród ww. akt postępowania przetargowego, należy wymienić następujące dokumenty wraz ze wskazaniem zawartych w nich elementów treści i/lub formy istotnych z punktu widzenia przedmiotowej sprawy:

- a) **pełnomocnictwo** do reprezentacji w postępowaniu, udzielonym przez Konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o., w którym wskazano błędny NIP spółki KEN Solutions Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki Dreamtec Solutions S.A (dowód: karta 70 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – pełnomocnictwo z oznaczonym błędnym nr NIP);
- b) **formularz ofertowy** konsorcjum Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A., w którym wskazano błędny NIP spółki Integrit Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki Incom S.A. (dowód: karta 55 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – formularz oferty z oznaczonym błędnym nr NIP);
- c) **pełnomocnictwa** złożone do ofert wszystkich trzech konsorcjów, zawierają te same błędy merytoryczne:
 - w ich treści powołano się na ustawę Prawo zamówień publicznych, podając Dziennik Ustaw z 2006 r. Nr 164 poz. 1163, podczas gdy prawidłowym oznaczeniem na dzień składania ofert w postępowaniu jest Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759,
 - w ich treści wskazano uprawnienie pełnomocników do składania protestów, podczas gdy ten środek ochrony prawnej został ostatnią nowelizacją ustawy zlikwidowany.
 (dowód: karta 40, 68, 70, załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – pełnomocnictwa wystawione przez przedsiębiorców z trzech konsorcjów z oznaczonymi identycznymi ww. błędami);

- d) **dokument** pt. *Wykaz dostaw*, występujący w złożonych przez wszystkie trzy konsorcja charakteryzuje się takim samym układem graficznym i czcionką (dowód: karta 52, 66, 81 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – formularze dokumentów pn. „Wykaz dostaw” dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);
- e) **dokumenty referencyjne** w zakresie realizacji dostarczania sprzętu komputerowego, załączone przez poszczególne konsorcja zostały wystawione wzajemnie pomiędzy liderami trzech konsorcjów, tj. Incom S.A. dokonywał dostaw na rzecz Itsumi S.A., Itsumi S.A. na rzecz Incom S.A., a Integrit Sp. o.o. na rzecz Itsumi S.A. (dowód: karta 53, 67, 81-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – listy referencyjne dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);
- f) dokumenty stwierdzające **gwarancje ubezpieczeniowe**, załączone do ofert każdego z konsorcjum zostały wystawione **jednego dnia 25 października 2011 r., na ten sam okres czasu**, tj. od dnia 26 października 2011 r. do dnia 25 grudnia 2011 r., przez tego samego ubezpieczyciela Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia S.A. a dodatkowo są to gwarancje oznaczone **kolejnymi numerami porządkowymi**, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Incom S.A. otrzymała numer 280000040694, gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Integrit Sp. z o.o. otrzymała numer 280000040695, a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Itsumi S.A. otrzymała numer 280000040696. (dowód: karta 54, 68, 82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – dokumenty stwierdzające udzielenie wykonawcy gwarancji przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe ERGO HESTIA S.A. dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);
- g) dokumenty stwierdzające **datę i godzinę wpływu ofert** złożonych przez trzy konsorcja (dowód: koperty w których złożono formularze ofertowe z adnotacją Zamawiającego o dacie i godzinie wpływu: karta 94-95 t.2 akt głównych - z oferty konsorcjum Incom S.A.-Dreamtec Sp. z o.o. z dnia **26.10.2011 r. godz.10.40**; karta 96-97 t.2 akt głównych – z oferty konsorcjum Integrit Sp. z o.o – Dreamtec Solutions S.A. z dnia **26.10.2011 r. godz.10.30**; karta 98-99 t.2 akt głównych – z oferty konsorcjum Itsumi S.A. – KEN Solutions Sp. z o.o. z dnia **26.10.2011 r. godz.10.30**;
- h) pismo Zamawiającego z dnia 9 listopada 2011 r. (l.dz. 1495/11/2011) wzywającego spółkę Integrit Sp. z o.o. **do uzupełnienia złożonej oferty** (konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A.) poprzez dostarczenie następujących dokumentów: **aktualnego zaświadczenia ZUS** potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. jednego z członków zarządu Wykonawcy – p. M.Bojanowskiego (dowód: kopia wezwania - karta 278-279 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- i) pismo wykonawcy – Integrit Sp. z o.o. z dnia 14.11.2011 r., uzupełniające złożoną ofertę (konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A.), w związku z ww. wezwaniem Zamawiającego do którego dołączono żądane dokumenty, w tym zaświadczenie z ZUS potwierdzające **brak zaległości z opłacaniem składek na dzień 23.08.2011 r.** (dowód: kopia pisma wraz z załączonymi dokumentami - karta 272-273 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- j) pismo Zamawiającego z dnia 9 listopada 2011 r. (l.dz. 1493/11/2011) wzywającego spółkę Itsumi S.A. **do uzupełnienia złożonej oferty** (konsorcjum Itsumi Sp. z o.o.

- KEN Solutions Sp. z o.o.) poprzez dostarczenie następujących dokumentów: **aktualnego zaświadczenia ZUS** potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne oraz pełnomocnictwa dla Pana PB (dowód: kopia wezwania - karta 281-282 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- k) pismo wykonawcy – Itsumi S.A. z dnia 10.11.2011 r. (data wpływu 15.11.2011 r.), uzupełniające złożoną ofertę (konsorcjum Itsumi S.A.– KEN Solutions Sp. z o.o.), w związku z ww. wezwaniem Zamawiającego do którego dołączono żądane dokumenty, w tym zaświadczenie z ZUS potwierdzające **brak zaległości z opłacaniem składek na dzień 14.11.2011 r.** Pismo podpisane przez **pełnomocnika PB** (menedżera projektów) (dowód: kopia pisma wraz z załączonymi dokumentami - karta 270-271akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);
- l) wyciąg z dokumentacji przetargowej dot. przetargu organizowanego przez Zamawiającego pn. „*Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku*” (nr DU-Z.272.85.2011) - wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 20.10.2011 r. złożony przez Itsumi S.A. i podpisany przez **pełnomocnika PB** (menedżera projektów), wraz z załącznikami, w tym **zaświadczeniem z ZUS o niezaleganiu ze składkami wystawionym na dzień 23.08.2011 r.:** dowód karta 283-293 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych, w tym przedmiotowe zaświadczenie z ZUS – karta 287 tych akt);
- m) dokumenty stwierdzające niezaleganie przez wykonawców z opłatami na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we Wrocławiu załączone do ofert każdego z konsorcjum zostały wystawione **jednego dnia 23 sierpnia 2011 r.:** dla Incom S.A. – numer zaświadczenia **4700411ZN11/009252** (dowód: kopia dokumentu karta 163 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych), dla Itsumi S.A. – numer zaświadczenia **4700411ZN11/009253** (dowód: kopia dokumentu karta 287 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych) i dla Integrit Sp. z o.o. – numer zaświadczenia **4700411ZN11/009248** (dowód: kopia dokumentu karta 273 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych).

34)

W toku niniejszego postępowania oraz wzmiankowanego wyżej postępowania wyjaśniającego, **strony** złożyły wyjaśnienia oraz ustosunkowały się do przedstawionego zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W szczególności wyjaśnienia stron zostały złożone w trakcie kontroli przedsiębiorców (za wyjątkiem Dreamtec Solutions S.A.), przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu, zgodnie z art. 105a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Kontrola miała na celu w szczególności uzyskanie informacji dotyczących okoliczności powstania trzech przedmiotowych konsorcjów i prowadzenia prac nad przygotowaniem ofert, jak również ewentualne pozyskanie dowodów pośrednich i bezpośrednich na potwierdzenie lub zaprzeczenie zarzutu zawarcia porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do ww. przetargu. W ramach realizacji kontroli pracownicy Urzędu żądali informacji i danych mających bezpośredni lub pośredni związek z działaniami przedsiębiorców w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej a w szczególności o okolicznościach związanych z uczestnictwem w przetargach organizowanych przez Województwo Dolnośląskie i inne jednostki samorządu terytorialnego. W toku kontroli potwierdzono również okoliczność, iż wszystkie pomieszczenia w których prowadzona jest działalność spółek: **Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. oraz KEN Solutions Sp. z o.o. znajdują się w jednym budynku przy pl. Strzeleckim 20 we Wrocławiu.** Ponadto stwierdzono, iż w czasie prowadzenia prac

przygotowawczych nad ofertami trzech konsorcjów: **biura spółek Incom S.A., Itsumi S.A. oraz Integrit Sp. z o.o. znajdowały się również w jednym budynku, tj. biurowcu zlokalizowanym przy ul. Mokronoskiej 6 we Wrocławiu** (aktualnie adresy tych spółek są różne).

35)

W toku przedmiotowej kontroli odebrano również wyjaśnienia od następujących osób:

- w Incom S.A.: MJ - pełnomocnik Prezesa Zarządu i MS – Dyrektor ds. Projektów i Przetargów Publicznych,
- w Itsumi S.A.: MJ - pełnomocnik Prezesa Zarządu i PB – Menedżer Projektów,
- w Integrit Sp. z o.o.: Krzysztof Chrzanowski – Prezes Zarządu oraz LW – pracownik prowadzący sprawę przygotowań do przetargu (w obecności MJ - pełnomocnika Prezesa Zarządu),
- w Dreamtec Sp. z o.o. - Dariusz Szumiło – Prezes Zarządu,
- w KEN Solutions Sp. z o.o. - Dariusz Szumiło – Prezes Zarządu.

Wyjaśnienia dotyczyły głównie okoliczności związanych z utworzeniem konsorcjów oraz przebiegiem prac nad przygotowaniem dokumentacji przetargowej w poszczególnych spółkach. Z powyższych czynności sporządzono protokoły które włączono do materiału dowodowego w niniejszej sprawie.

(dowód: protokoły kontroli: karta 52-53, 60-61, 108-109, 116-117, 132-133 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

36)

KEN Solutions Sp. z o.o. wskazała, iż udział w konsorcjum wraz ze spółką Itsumi S.A. był spowodowany niemożnością samodzielnego udziału w przetargu z uwagi na fakt, iż spółka nie posiadała referencji na dostawę na kwotę 10 mln złotych oraz nie byłaby samodzielnie w stanie zrealizować tak dużego zadania. Decyzję o udziale w konsorcjum podjął osobiście **Prezes Zarządu Dariusz Szumiło**. Dodatkowymi elementami na które wskazała spółka, mającymi wpływ na podjęcie decyzji o zawiązaniu konsorcjum jest fakt że spółki:

- a) posiadają w swojej ofercie produkty innych producentów, które spełniają wymogi merytoryczne stawiane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- b) posiadają różne upusty handlowe u głównych producentów lub dystrybutorów;
- c) mają inne tzw. poziomy kosztów wewnętrznych oraz zdolności finansowe.

Wszystkie te czynniki miały bardzo istotny wpływ na cenę końcową składanej zamawiającemu oferty. Spółka wyjaśniła również, że inną przyczyną zawiązania trzech różnych, niezależnych konsorcjów był fakt sformalizowanego postępowania przetargowego w trakcie którego istnieje duże prawdopodobieństwo popełnienia błędu formalnego lub merytorycznego przez osobę przygotowującą stosowne dokumenty lub kalkulacje. Statystyki dostępne na rynku potwierdzają, że ok. 50-60 % ofert zostaje odrzuconych lub wykluczonych z powodu błędów formalnych lub merytorycznych. Aby zmniejszyć to ryzyko, jeśli oferta jednego konsorcjum zostanie odrzucona z powodu braków formalnych, albo błędów osób które je przygotowywały, to mogą być zakwalifikowane do ewaluacji pozostałe oferty. W opinii spółki, nie ma przy tym ryzyka ograniczenia konkurencji, bo do przetargu dopuszczona była nieograniczona liczba ofert.

Jak wyjaśniła spółka, oferta konsorcjum KEN Solutions sp. z o.o. i Itsumi S.A. została wykluczona przez tzw. błąd ludzki, tj. pracownika odpowiedzialnego z ramienia lidera konsorcjum tj. spółki Itsumi S.A. za sprawy formalne składanej przez konsorcjum oferty,

który nie uzupełnił oferty przetargowej o dokumenty zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Przedsiębiorca KEN Solutions sp. z o.o. dostarczył liderowi konsorcjum wszystkie wymagane dokumenty formalne i po wykluczeniu konsorcjum z postępowania przetargowego, rozważała możliwość domagania się odszkodowania od lidera konsorcjum spółki Itsumi S.A. z tytułu niedopełnienia formalności. Ze względu na współpracę pomiędzy członkami konsorcjum oraz potencjał sprzedażowy Itsumi S.A. zarząd spółki KEN Solutions Sp. z o.o. zrezygnował z tego zamiaru. Odnosząc się do wezwania dotyczącego przedstawienia dokumentów związanych z przedmiotowym przetargiem (m.in. kalkulację cen zawartych w ofercie), przedsiębiorca oświadczył, że już tymi dokumentami nie dysponuje z uwagi na niearchiwizowanie dokumentów dotyczących przegranych przetargów.

Udzielając wyjaśnień, w toku wymienionej wyżej kontroli, **Pan Dariusz Szumilo** potwierdził fakt ustalenia zawiązania konsorcjów złożonych z zarządzanych przez niego spółek (tj. KEN Solutions Sp. z o.o., Dreamtec Sp. z o.o. oraz Dreamtec Solutions S.A.), celem zmniejszenia ryzyka wykluczenia z przetargu m.in. z przyczyn ewentualnych błędów formalnych, co zdarzało się wcześniej. Powyższych ustaleń dokonał w uzgodnieniu z Prezesem Incom S.A. i Itsumi S.A. – Panem Mariuszem Jaworskim oraz Prezesem Integrit Sp. z o.o. – Panem Krzysztofem Chrzanowskim.

Powyższe okoliczności zostały później potwierdzone również w pisemnych wyjaśnieniach złożonych przez Pana Dariusza Szumilo w imieniu trzech zarządzanych przez niego spółek, w tym KEN Solutions Sp. z o.o.

(dowód: protokół kontroli KEN Solutions Sp. z o.o. - karta 132-142, akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz pismo KEN Solutions Sp. z o.o. - karta 37-38 t.2 akt głównych)

37)

Dreamtec Sp. z o.o. wyjaśniła, iż udział w konsorcjum wraz ze spółką INCOM S.A. był spowodowany niemożnością samodzielnego udziału w przetargu z uwagi na fakt, iż spółka nie posiadała referencji na dostawę na kwotę 10 mln złotych oraz nie byłaby samodzielnie w stanie zrealizować tak dużego zadania. Decyzję o udziale w konsorcjum podjął osobiście **Prezes Zarządu Dariusz Szumilo**. Dodatkowymi elementami na które wskazała spółka, mającymi wpływ na podjęcie decyzji o zawiązaniu konsorcjum jest fakt, że spółki:

- a) posiadają w swojej ofercie produkty innych producentów które spełniają wymogi merytoryczne stawiane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- b) posiadają różne upusty handlowe u głównych producentów, lub dystrybutorów;
- c) mają inne tzw. poziomy kosztów wewnętrznych oraz zdolności finansowe.

Wszystkie wymienione czynniki miały bardzo istotny wpływ na cenę końcową składanej zamawiającemu oferty. Spółka wyjaśniła również, że inną przyczyną zawiązania trzech różnych, niezależnych konsorcjów był fakt sformalizowanego postępowania przetargowego w trakcie którego istnieje duże prawdopodobieństwo popełnienia błędu formalnego lub merytorycznego przez osobę przygotowującą stosowne dokumenty lub kalkulacje. Statystyki dostępne na rynku potwierdzają, że ok. 50-60 % ofert zostaje odrzuconych lub wykluczonych z powodu błędów formalnych lub merytorycznych. Aby zmniejszyć to ryzyko, jeśli oferta jednego konsorcjum zostanie odrzucona z powodu braków formalnych, albo błędów osób które je przygotowywały, to mogą być zakwalifikowane do ewaluacji pozostałe oferty. W opinii spółki, nie ma przy tym ryzyka ograniczenia konkurencji, bo do przetargu dopuszczona była nieograniczona liczba ofert. Spółka wskazała również, iż informacje publikowane na jej temat w mediach są nieprawdziwe a przedsiębiorcy Dreamtec Sp. z o.o., KEN Solutions Sp. z o.o. oraz Dreamtec Solution S.A. złożyły niezależne, bazujące na różnych produktach, spełniających wymogi specyfikacji

przetargowej, oferty przetargowe w konsorcjach z podmiotami silniejszymi kapitałowo, tj. Integrit Sp. z o.o., INCOM S.A. oraz Itsumi S.A. Odnosząc się do wezwania dotyczącego przedstawienia dokumentów związanych z przedmiotowym przetargiem (m.in. kalkulację cen zawartych w ofercie), przedsiębiorca oświadczył, że już tymi dokumentami nie dysponuje z uwagi na niearchiwizowanie dokumentów dotyczących przegranych przetargów.

Spółka wskazała również, że konsorcjum (wraz z INCOM S.A.), mimo iż nie zgadzało się z wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej przez ITG S.A. we Wrocławiu odwołaniem, nie wniosło sprzeciwu do KIO z powodu faktu, że oferta konsorcjum „Dreamtec-Incom” była najdroższa i nawet gdyby KIO uwzględniło sprzeciw i tak oferta ta nie zostałaby wybrana.

Udzielając wyjaśnień, w toku wymienionej wyżej kontroli, **Pan Dariusz Szumilo** potwierdził fakt ustalenia zawiązania konsorcjów złożonych z zarządzanych przez niego spółek (tj. KEN Solutions Sp. z o.o., Dreamtec Sp. z o.o. oraz Dreamtec Solutions S.A.), celem zmniejszenia ryzyka wykluczenia z przetargu m.in. z przyczyn ewentualnych błędów formalnych, co zdarzało się wcześniej. Powyższych ustaleń dokonał w uzgodnieniu z Prezesem Incom S.A. i Itsumi S.A. – Panem Mariuszem Jaworskim oraz Prezesem Integrit Sp. z o.o. – Panem Krzysztofem Chrzanowskim.

(dowód: protokół kontroli Dreamtec Sp. z o.o. - karta 116-131, akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz pismo KEN Solutions Sp. z o.o. - karta 41-42 t.2 akt głównych)

38)

Dreamtec Solutions S.A. wyjaśniła iż udział w konsorcjum wraz ze spółką Integrit Sp. z o.o. był spowodowany niemożnością samodzielnego udziału w przetargu z uwagi na fakt, iż spółka nie posiadała referencji na dostawę na kwotę 10 mln złotych oraz nie byłaby samodzielnie w stanie zrealizować tak dużego zadania. Decyzję o udziale w konsorcjum podjął osobiście **Prezes Zarządu Dariusz Szumilo**. Dodatkowymi elementami – podobnie jak w przypadku pozostałych dwóch spółek (tj. KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Sp. z o.o.), mającymi wpływ na podjęcie decyzji o zawiązaniu konsorcjum jest fakt że spółki:

- a) posiadają w swojej ofercie produkty innych producentów, które spełniają wymogi merytoryczne stawiane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- b) posiadają różne upusty handlowe u głównych producentów lub dystrybutorów;
- c) mają inne tzw. poziomy kosztów wewnętrznych oraz zdolności finansowe.

Jak wskazał przedsiębiorca wszystkie te czynniki miały bardzo istotny wpływ na cenę końcową składanej zamawiającemu oferty. Spółka wyjaśniła również, że inną przyczyną zawiązania trzech różnych, niezależnych konsorcjów był fakt sformalizowanego postępowania przetargowego w trakcie którego, istnieje duże prawdopodobieństwo popełnienia błędu formalnego lub merytorycznego przez osobę przygotowującą stosowne dokumenty lub kalkulacje. Statystyki dostępne na rynku potwierdzają, że ok. 50-60 % ofert zostaje odrzuconych lub wykluczonych z powodu błędów formalnych lub merytorycznych. Odnosząc się do wezwania dotyczącego przedstawienia dokumentów związanych z przedmiotowym przetargiem (m.in. kalkulację cen zawartych w ofercie), przedsiębiorca oświadczył, że już tymi dokumentami nie dysponuje z uwagi na niearchiwizowanie dokumentów dotyczących przegranych przetargów.

Spółka wskazała również, że konsorcjum (wraz z Integrit Sp. z o.o.), mimo iż nie zgadzało się z wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej przez ITG S.A. we Wrocławiu odwołaniem, nie wniosło sprzeciwu do KIO z powodu faktu, iż w międzyczasie wystąpiły znaczne zmiany kursu USD (z 3 zł w dniu składania ofert do 3,5 zł w momencie wniesienia odwołania) i bardzo niepokojące prognozy dotyczące kryzysu w Europie oraz powódź w Tajlandii, która to nawet o 100% zwiększyła ceny wielu podzespołów komputerowych. Jak

wskazała spółka, czynniki te spowodowały, że realizacja zamówienia mogłaby być nieopłacalna.

(dowód: karta 55-56 t.2 akt głównych)

39)

Integrit S.A. (występująca w przedmiotowym przetargu jeszcze jako **Integrit Sp. z o.o.**, ponieważ przekształcenie w spółkę akcyjną nastąpiło w grudniu 2012 r.) wskazała, iż z inicjatywą utworzenia konsorcjum wystąpiła Dreamtec Solutions S.A., mająca w ofercie produkty zgodne z SIWZ i szukająca podmiotu, który sfinansowałby i zająłby się formalną stroną udziału w postępowaniu. Ponadto spółka wyjaśniła, iż korzystała z usług kancelarii prawnej (tej samej co pozostałe konsorcja) w związku z koniecznością przygotowania oświadczeń, pełnomocnictw, wzorów dokumentów, interpretacją zapisów SIWZ, wyjaśnieniem wątpliwości prawnych, czy ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą i przed sądami powszechnymi. W odniesieniu do kwestii kolejnych numerów polis ubezpieczeniowych dla trzech konsorcjów Spółka wyjaśniła, iż trzy spółki – liderzy konsorcjów, tj., Integrit, Incom i Itsumi, korzystają z usług tego samego brokera ubezpieczeniowego a z uwagi, że w ramach jednego postępowania, wnioski w zakresie gwarancji wpłynęły do brokera w jednym okresie, stąd też zostały łącznie przekazane przez brokera do ubezpieczyciela.

Udzielając wyjaśnień, w toku wymienionej wyżej kontroli, Prezes Zarządu **Pan Krzysztof Chrzanowski** potwierdził fakt ustalenia zawiązania konsorcjum złożonego ze spółek Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A., które nastąpiło z inicjatywy prezesa drugiej z wymienionych spółek Pana Dariusza Szumiło, która zajęła się „opracowaniem części merytorycznej oferty”. Prezes Krzysztof Chrzanowski potwierdził kontakty w tym zakresie z Prezesem Dreamtec Solutions S.A. – Dariuszem Szumiło. Ponadto, udzielający wyjaśnień pracownik odpowiedzialny za prace nad szczegółowym przygotowaniem oferty Integrit Sp. z o.o. – Pan **LW** zaprzeczył kontaktom w zakresie dotyczącym przygotowań do przedmiotowego przetargu z Panią MS (Incom S.A.). Ponadto potwierdził znajomość z osobą Pana PB z Itsumi S.A., jednak stwierdził, że „*nie pamięta, czy kontaktował się z Panem PB na temat tego przetargu*”.

(dowód: prot. kontroli karta 103-115 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych, w tym wyjaśnienia Pana LW: karta 104-105 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

40)

Incom S.A. wskazała na istnienie stałych kontaktów handlowych ze spółkami Integrit S.A. i Itsumi S.A. oraz doraźną współpracę z firmą Dreamtec Sp. z o.o. dotyczącą głównie produktów wspierających edukację. Współpraca ta odbywa się na podstawie umów ustnych. Ponadto spółka wyjaśniła, iż – podobnie jak pozostałe podmioty, tj. Integrit i Itsumi korzystała z usług kancelarii prawnej (tej samej co pozostałe konsorcja) w związku z koniecznością przygotowania oświadczeń, pełnomocnictw, wzorów dokumentów, interpretacją zapisów SIWZ, wyjaśnieniem wątpliwości prawnych, czy ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą i przed sądami powszechnymi. Spółka wyjaśniła, iż trzy spółki – liderzy konsorcjów, tj., Integrit, Incom i Itsumi, korzystają także z usług tego samego brokera ubezpieczeniowego a z uwagi, że w ramach jednego postępowania, wnioski w zakresie gwarancji wpłynęły do brokera w jednym okresie, stąd też zostały łącznie przekazane przez brokera do ubezpieczyciela.

Co do okoliczności powstania trzech konsorcjów, zostały one zawiązane „z uwagi na osobistą znajomość Prezesów Zarządu spółek”, Mariusza Jaworskiego – Prezesa Zarządu INCOM S.A. i (w czasie przygotowywania ofert) Itsumi S.A. oraz Dariusza Szumiło –

Prezesa Zarządu Dreamtec Sp. z o.o. i KEN Solutions Sp. z o.o. Jak stwierdził Prezes Mariusz Jaworski osobista „znajomość gwarantowała zaufanie niezbędne do utworzenia konsorcjum” a dodatkowe znaczenie miała „komplementarność ofert członków konsorcjum”. Decyzję o utworzeniu konsorcjów z udziałem Incom-Dreamtec oraz Itsumi - KEN Solutions podjęta została wspólnie przez prezesów wymienionych spółek, tj. Mariusza Jaworskiego i Dariusza Szumiło.

Udzielając wyjaśnień, w toku wymienionej wyżej kontroli, osoba odpowiedzialna za prace nad szczegółowym przygotowaniem oferty Incom S.A. – **Pani MS** oświadczyła, iż osoba Pana PB (z Itsumi S.A.) jest jej znana, jednak zaprzeczyła aby dochodziło do spotkań z tą osobą w zakresie dotyczącym przygotowań do przedmiotowego przetargu, jak również z żadną osobą z Integrit Sp. z o.o. Potwierdziła z kolei kontakty w tym zakresie z Panem Dariuszem Szumiło z Dreamtec Sp. z o.o., z którą to spółką odbywała się współpraca w ramach konsorcjum.

(dowód: prot. kontroli karta 60-73 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych, w tym wyjaśnienia Pani MS: karta 70-73 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

41)

W toku wymienionej kontroli, w obecności pełnomocnika Prezesa Zarządu **Itsumi S.A.** – radcy prawnego MJ, odebrano wyjaśnienia od Pana PB (w momencie prowadzenia czynności kontrolnych - pracownika Integrit S.A.), osoby odpowiedzialnej za prace nad szczegółowym przygotowaniem oferty Itsumi S.A., który co prawda potwierdził, iż zna Panią MS – Dyrektora ds.Projektów i Przetargów publicznych w Incom S.A., jednak zaprzeczył kontaktom w zakresie dot. przygotowań do przedmiotowego przetargu z Panią MS, jak również z żadną inną osobą z Integrit Sp. z o.o. Pan PB potwierdził z kolei kontakty w tym zakresie z Panem Dariuszem Szumiło z Dreamtec Solutions S.A., z którą to spółką odbywała się współpraca w ramach konsorcjum.

(dowód: prot. kontroli karta 60-73 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych, w tym wyjaśnienia Pani MS: karta 70-73 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

42)

Ponadto **Integrit S.A., Itsumi S.A. i Incom S.A.** we wspólnym stanowisku przedstawionym przez ustanowionego **pełnomocnika** – radcę prawnego Panią MJ z Kancelarii Prawnej IJ – po zapoznaniu się z materiałem dowodowym zebranym w niniejszej sprawie (pismo z dnia 12 czerwca 2013, karta 221 i nast.), zwróciły uwagę na szereg elementów, które w ich ocenie powinny zostać uwzględnione przy rozstrzyganiu w niniejszej sprawie.

W ocenie wymienionych spółek, postępowanie zostało wszczęte na skutek zarzutów podniesionych przez podmiot konkurencyjny w stosunku do stron postępowania, tj. Innovation Technology Group S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w ramach odwołania dotyczącego rozstrzygnięcia wyżej wymienionego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego przez Województwo Dolnośląskie. Oferta złożona przez ITG S.A. w ramach spornego postępowania została oceniona jako druga (na etapie po wykluczeniu konsorcjum „Itsumi-KEN Solutions”) i w związku z tym Spółka ta podjęła kroki zmierzające do wyeliminowania konkurencji z postępowania w celu uzyskania dostępu do zamówienia.

Wymienione spółki wyraźnie zaznaczyły, iż odwołanie ITG było całkowicie bezzasadne i gołosłowne oraz przybrało ono wręcz formę donosu opartego na niczym niepopartych pomówieniach. Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez ITG,

pełnomocnik spółek stwierdził, iż „sporne postępowanie było prowadzone wg bardzo specyficznych zasad. Zamawiający bowiem w celu skrócenia czasu trwania postępowania żądał przedłożenia oferty zawierającej cenę oferowanego sprzętu oraz zestawu wzorcowego. Wymagania takie wynikają wprost z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przy czym Zamawiający wymagał aby oferta składała się z Formularza oferty, sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Z tego powodu, formularze ofert, do których Wykonawcy uzyskali wgląd w toku postępowania, sporządzone były wg jednego wzoru i różniły się wyłącznie ceną. Stąd, w opinii stron „Wbrew więc twierdzeniom ITG. S.A. jak i UOKiK Delegatura we Wrocławiu, podobieństwo ofert nie wskazuje na „zmowę” członków poszczególnych konsorcjów dotyczącą ustalenia treści ofert, a jedynie na spełnianie przez złożone oferty wymogów formalnych ustanowionych przez Zamawiającego”.

Spółki wskazały, iż pomiędzy nimi (tj. Integrit, Itsumi, Incom) brak jest powiązań kapitałowych a jeśli chodzi o łącznik osobowy, to Prezes Incom S.A. Mariusz Jaworski, do grudnia 2012 był także Prezesem Zarządu Itsumi S.A. Pełnomocnik spółek podkreślił również, iż „Pan Jaworski nie kierował bezpośrednio działalnością operacyjną ww. Spółek. W każdej z nich odrębnie działali managerowie, którzy mieli szeroki zakres kompetencji”.

Pełnomocnik stron wskazał także, że na gruncie ustawy *Prawo zamówień publicznych* i zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, iż udział w jednym postępowaniu członków grupy kapitałowej nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym, strony stanęły na stanowisku, iż okoliczności badanej sprawy wskazują, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, że powiązania kapitałowe jak i osobowe członków konsorcjów pozwalają na ustalenie, że złożenie ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. **W opinii stron, do dokonania tego typu ustalenia konieczne byłoby bowiem wykazanie, iż osoby działające w imieniu poszczególnych członków Konsorcjów miały wgląd w treść ofert składanych przez innych wykonawców oraz dokonały wzajemnych uzgodnień co do treści składanych ofert.** Pełnomocnik trzech wymienionych spółek wskazał także, iż w każdej z nich funkcjonował dział zamówień publicznych, który miał odrębne numery telefonów oraz faksów, a ich pracownicy indywidualne adresy mailowe. Pracownicy tych działów (poza (Integrit Sp. z o.o.) uzyskali pełnomocnictwa do reprezentowania danej Spółki w ramach prowadzonego postępowania. Tylko pracownicy **danej spółki i jej konsorcjanta** mieli wiedzę dotyczącą treści składanej oferty.

Strony wyjaśniły ponadto, iż odnośnie samej decyzji zawarcia poszczególnych konsorcjów podkreślić należy, iż wpływ na ich podjęcie miały z jednej strony, okoliczności posiadania przez spółki: Dreamtec sp. z o.o., KEN Solutions sp. z o.o. oraz Dreamtec Solutions S.A. dużego doświadczenia w udziale w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych dla szkół, jak i samej sprzedaży tablic interaktywnych (których zakupu m. in. dotyczyło sporne postępowanie przetargowe). Stąd też spółki: Incom S.A., Itsumi S.A. oraz Integrit S.A. widziały poprzez udział w Konsorcjum możliwość pozyskania edukacyjnego rynku „publicznego”. Z drugiej strony spółki: Dreamtec sp. z o.o., KEN Solutions sp. z o.o. oraz Dreamtec Solutions S.A. poszukiwały partnerów, którzy zapewniliby finansowanie zamówienia oraz jego obsługę logistyczną.

Pełnomocnik ww. spółek podniósł także, iż również błędy w pełnomocnictwach nie przesądzają o tym, iż w badanej sprawie doszło do zawarcia, zakazanego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia. Stosowane wzory były opracowane kilka lat wcześniej nie tylko na użytek przedmiotowego przetargu. Z kolei fakt korzystania z usług jednej kancelarii prawnej nie miał – w opinii pełnomocnika - wpływu na sporne postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Jak wyjaśniła, kancelaria nie bierze bowiem udziału w konstruowaniu dokumentów merytorycznych związanych z udziałem w postępowaniu ani nie posiada wiedzy odnośnie treści składanych ofert.

Co do zarzutu jakoby wykazy dostaw numerowane były przez jedną osobę, pełnomocnik stron kategorycznie zaprzeczył tego typu twierdzeniom i oświadczył, iż oferty każdego z konsorcjów były przygotowane odrębnie przez inne osoby, chociaż sposób pisania cyfr jest do siebie bardzo zbliżony. Niemniej jednak, w opinii stron zarzut ten oparty jest wyłącznie na pomówieniach ITG a w aktach brak chociażby opinii biegłego z zakresu grafologii, która mogłaby jako jedyny środek dowodowy potwierdzić ten zarzut.

W kwestii **nieuzupełnienia dokumentów**, pełnomocnik stron wskazał, iż nieuzupełnienie zaświadczenia ZUS odnośnie niezalegania z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne dotyczącego ITSUMI S.A. **nie było działaniem celowym, ale wynikiem pomyłki pracownika ITSUMI S.A. Pana PB** za którą udzielono pracownikowi kary nagany, jak i nie przyznano mu premii uznaniowej.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu przedstawionego w odwołaniu do KIO, pełnomocnik stron wskazał, iż ujęcie w wykazie dostawców - dostaw realizowanych na rzecz członków innych Konsorcjów jest normalną sytuacją. Jak stwierdził pełnomocnik stron, „bardzo często na rynku dostaw sprzętu komputerowego, akcesoriów i peryferiów komputerowych, oprogramowania mamy do czynienia z sytuacją transakcji dokonywanych pomiędzy bezpośrednimi konkurentami”.

Pełnomocnik stron wyjaśnił także okoliczności w świetle których spółki – liderzy konsorcjów nie złożyli sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania ITG S.A. w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego pn. „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła”, mimo bezzasadności tego odwołania. Spółka Integrit S.A. kierowała się przesłankami ekonomicznymi, ponieważ różnice w wysokości kursów oraz powódź w Tajlandii (mająca istotny wpływ na ceny jak i dostępność produktów, w szczególności dysków twardych) spowodowały, iż realizacja zamówienia przez Integrit S.A. byłaby obciążona zbyt dużym ryzykiem finansowym. Co do spółki INCOM S.A. wniesienie sprzeciwu byłoby niecelowe z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez tę Spółkę zawierała cenę wyższą niż cena zaproponowana przez ITG S.A. a zatem oferta złożona przez INCOM S.A. i tak nie zostałaby więc oceniona jako najkorzystniejsza. Z kolei ITSUMI S.A. zostało wykluczone z udziału w postępowaniu z uwagi na niewłaściwe uzupełnienie dokumentów. Co za tym idzie oddalenie odwołania wniesionego przez ITG S.A. nie miałoby wpływu na przywrócenie ITSUMI do udziału w postępowaniu. Na decyzje liderów konsorcjów w tym zakresie miał również fakt odmowy partycypacji w kosztach odwołania przez ich konsorcjantów.

Pełnomocnik ww. spółek wskazał również na fakt, iż działania analizowane w niniejszym postępowaniu nie miały żadnego wpływu na rynek oprogramowania związanego z edukacją oraz miały charakter incydentalny i nie powodujący żadnego uszczerbku dla Skarbu Państwa. W opinii pełnomocnika stron, „dla wydania decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania niezbędne jest stwierdzenie faktu zawarcia porozumienia na podstawie bezpośrednich dowodów. Decyzja taka nie może być wydana na podstawie przypuszczeń i kiedy w danej sytuacji istnieją jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące oceny działań podmiotów podlegających kontroli”. Stąd w jego opinii, postępowanie niniejsze powinno zostać umorzone jako bezprzedmiotowe. (dowód: karta 221-231 t.2 akt głównych)

43)

W toku postępowania wezwano do udzielenia informacji pełnomocnika trzech liderów konsorcjów, tj. Incom S.A., Itsumi S.A., Integrit Sp. z o.o. - **Radcę Prawnego IJ** z Wrocławia, której kancelaria obsługiwała wszystkie trzy konsorcja w okresie przedmiotowego przetargu. Pełnomocnik wyjaśnił, że usługi te polegały na przygotowaniu

dokumentów związanych z udziałem w przedmiotowym przetargu spółek wchodzących w skład konsorcjów, w tym w przygotowaniu umów konsorcjum oraz pełnomocnictw. Jak oświadczyła Pani IJ, kancelaria nie zajmowała się przygotowaniem treści merytorycznej ofert a jej rola (poprzez uprawnioną osobę współpracującą z kancelarią – radcę prawnego MJ) sprowadziła się „do przygotowania projektów konsorcjum i pełnomocnictwa udzielanego przez członków konsorcjum”. Kancelaria zaprzeczyła jakoby pełnomocnikowi znane były szczegółowe warunki ofert, w wyjaśnieniach stwierdzono, iż „Kancelaria nie korzystała z żadnych materiałów, czy dokumentów potrzebnych do sporządzania ostatecznych wersji ofert przetargowych. Kancelaria nie zajmuje się przygotowaniem części merytorycznej ofert. Treść tych ofert nie jest przez nas badana. Wiedzę o treści ofert uzyskujemy ewentualnie po ich otwarciu w przypadku zapytań Zamawiającego dotyczących ich treści lub postępowań odwoławczych”.

(dowód: karta 62-64, 79-80)

44)

W toku postępowania, zwrócono się również o informacje do spółki Innovation Technology Group S.A., która złożyła odwołanie, w związku z wynikiem przedmiotowego postępowania, ogłoszonym przez Zamawiającego dnia 23 listopada 2011 r. Odwołanie spółka wniosła pismem z dnia 2 grudnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność Zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia przetargu i zarzuciła stronom niniejszego postępowania - wchodzącym w skład wymienionych konsorcjów działanie w ramach zмовы przetargowej. W swoich wyjaśnieniach ITG S.A. odniosło się do dokumentacji przetargowej wskazując m.in. na następujące elementy:

- a) w pełnomocnictwie do reprezentacji w postępowaniu, udzielonym przez Konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. wskazano błędny NIP spółki KEN Solutions Sp. z o.o., który był numerem NIP spółki Dreamtec Solutions S.A.;
- b) do każdej z ofert złożonych przez ww. konsorcja zostało załączone identyczne pełnomocnictwo, zawierające te same błędy merytoryczne. W treści pełnomocnictw konsorcja powoływały się na ustawę Prawo zamówień publicznych, podając Dziennik Ustaw z 2006 r. Nr 164 poz. 1163, podczas gdy prawidłowym oznaczeniem na dzień składania ofert w postępowaniu jest Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759, jak również wskazano w nich uprawnienie pełnomocników do składania protestów, podczas gdy ten środek ochrony prawnej został ostatnią nowelizacją ustawy zlikwidowany;
- c) dokumenty złożone przez konsorcja pt. *Wykaz dostaw* charakteryzują się takim samym układem graficznym i czcionką;
- d) podmioty uczestniczące w konsorcjach wystawiły sobie wzajemnie referencje w zakresie dostarczania sprzętu komputerowego członkom pozostałych konsorcjów, tj. Incom S.A. dokonywał dostaw na rzecz Itsumi S.A., Itsumi S.A. na rzecz Incom S.A., a Integrit Sp. o.o. na rzecz Itsumi S.A.;
- e) załączone do ofert każdego z Konsorcjum gwarancje ubezpieczeniowe zostały wystawione jednego dnia 25 października 2011 r., na ten sam okres czasu, tj. od dnia 26 października 2011 r. do dnia 25 grudnia 2011 r., przez tego samego ubezpieczyciela Ergo Hestia a dodatkowo są to gwarancje oznaczone kolejnymi numerami porządkowymi, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Incom S.A. otrzymała numer 280000040694, gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Integrit Sp. z o.o. otrzymała numer 280000040695, a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Itsumi S.A. otrzymała numer 280000040696.

Ponadto, ITG S.A. wskazała na występujący w jej opinii „element niesamodzielnego działania stron postępowania”, poprzez fakt nieuzupełnienia przez konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. brakujących dokumentów, tj. zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem ubezpieczeń oraz błędnego pełnomocnictwa dla p. PB. W opinii ITG S.A. uzupełnienie tych dokumentów „nie powinno być problemem dla Konsorcjum, gdyż jak wskazał Zamawiający, spółka Itsumi S.A. w prowadzonym równolegle postępowaniu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku” wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożyła zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem ubezpieczeń z dnia 23 sierpnia 2011 r., które potwierdzałoby również spełnianie wymagań w postępowaniu *Dolnośląska e-Szkoła*. W opinii ITG S.A. „Można przypuszczać, że było to celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów (czyli celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmwie (...)”.

(dowód: karta 18-29 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

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

1. Określenie zarzutu

45)

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut zawarcia porozumienia, którego zakazuje **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającego na uzgodnieniu przez wymienionych sześciu przedsiębiorców, działających w sposób zorganizowany w trzech konsorcjach, warunków składanych ofert w przetargu publicznym zorganizowanym przez Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego pn. „*Dolnośląska e-Szkoła*” oraz podejmowania bądź zaniechania uzgodnionych działań w toku tego przetargu, mających na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy (konsorcjum), który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Postępowanie objęło działania wymienionych sześciu przedsiębiorców, którzy w okresie od sierpnia 2011 r. do grudnia 2011 r., uczestniczyli w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Zarzuty dotyczą zachowań stron niniejszego postępowania w wymienionym przetargu pn.: „*Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn.: Dolnośląska e-Szkoła*” - znak sprawy DU-Z.272.84.2011.

2. Interes publicznoprawny

46)

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej Sądu Antymonopolowego).

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zw. dalej także SOKiK) interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i

stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. [ustawa] Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r. sygn. akt I CKN 1217/98).

Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze systemowym. Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga autonomiczności w podejmowaniu decyzji, dlatego wszelkie formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów godzą w interes publiczny, gdy są one w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadząc do zakazanego zniekształcenia konkurencji.

47)

Uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert lub określonych zachowań względem podmiotu zamawiającego w trakcie przetargu lub po ogłoszeniu jego wyników, godzi w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzi do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi w znowę przedsiębiorcami, zniekształcając tym samym przebieg i wynik przetargu. Uzgadnianie cen oraz uzgadnianie warunków ofert składanych w przetargu stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która może skutkować w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również naraża Zamawiającego na niekorzystne rozporządzanie środkami – w rozpatrywanym przypadku publicznymi, których jest dysponentem.

48)

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, która dotyczy zarzutu zawarcia umowy przetargowej, mógł zostać naruszony interes publicznoprawny polegający na naruszeniu zasad konkurencji w postępowaniu przetargowym, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Umowy przetargowe mogą bowiem powodować zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

49)

W związku z powyższym w niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa Urzędu zaistniały podstawy do podjęcia działań w trybie postępowania antymonopolowego.

3. Status przedsiębiorcy

50)

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów* zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy, uznając za przedsiębiorcę również podmioty, które w rozumieniu przepisów innych ustaw - w szczególności ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o *swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.) - nie są przedsiębiorcami. Unormowanie to ma za zadanie umożliwienie Prezesowi Urzędu stosowania przepisów ustawy do różnych podmiotów uczestniczących w rynku.

Fakt posiadania przez wszystkich uczestników postępowania (będących kapitałowymi spółkami prawa handlowego – spółkami akcyjnymi i spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością) statusu przedsiębiorcy nie był w trakcie postępowania kwestionowany. Prezes Urzędu wydając przedmiotową decyzję winien jednakże ocenić, czy wymienione podmioty – strony niniejszego postępowania, są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

51)

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o *ochronie (...)*, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o *swobodzie działalności gospodarczej*, a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o *swobodzie działalności gospodarczej*, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o *swobodzie działalności gospodarczej*, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Natomiast art. 2 ustawy o *swobodzie działalności gospodarczej*, definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 tej ustawy „przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym”.

52)

Wszystkie strony niniejszego postępowania, tj. Dreamtec Solutions S.A., Dreamtec Sp. z o.o., KEN Solutions Sp. z o.o., Incom S.A., Integrit S.A. (następca prawny Integrit Sp. z o.o.), oraz Itsumi S.A. są spółkami prawa handlowego i prowadzą działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS, co oznacza, iż wskazane podmioty są **przedsiębiorcami** w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

4. Rynek właściwy – przedmiot porozumienia

53)

Zachowania podmiotów odbywają się w strukturze rynkowej dlatego istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie, czyli – zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie (...) – rynku 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. Mówiąc o rynku właściwym, określa się rynek w ujęciu produktowym i geograficznym.

Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (m.in. rzeczy, usługi). Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim te towary 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 konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

54)

Dystrybucja sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem jest elementem szeroko pojętej branży IT (z ang. *information technology*), która stanowi połączenie zastosowań informatyki oraz telekomunikacji i obejmuje także wspomniany sprzęt komputerowy z oprogramowaniem oraz narzędzia i inne technologie związane z przetwarzaniem, przesyłaniem, przechowywaniem, zabezpieczaniem i prezentowaniem informacji. Wydaje się jednak, że zdefiniowanie rynku produktowego jako rynku dostaw produktów IT byłoby zbyt szerokie, gdyż substytucyjność podaźowa oraz popytowa występuje raczej w ramach określonych kategorii, rodzajów sprzętu i oprogramowania, aniżeli w obrębie tych produktów w ogólności.

W niniejszej sprawie, z uwagi na specjalistyczne przeznaczenie towaru (oprogramowanie do stosowania w sektorze oświaty) i szczegółowe określenie przedmiotu przetargu, tj. dostawę oprogramowania służącego do wykorzystania w placówkach oświatowych takich jak szkoły i biblioteki, należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych.

Taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający, ponieważ w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis* szczególnie dokładna definicja rynku nie jest niezbędna.

Podkreślenia wymaga przy tym, iż w niniejszej sprawie nie było konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku stron postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

55)

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę **szczebel obrotu** towarowego (zbyt, hurt, detal).

Przedmiotowy przetarg organizowany został na znaczne ilości sprzętu komputerowego (na łączną kwotę ponad 10 milionów złotych) dlatego uznać należy, iż rynkiem właściwym produktowo jest rynek hurtowy, a nie rynek detaliczny. Wyżej wymienione towary (sprzęt komputerowy i oprogramowanie) oferowane są bezpośrednio odbiorcy hurtowemu i to odbiorcy szczególnemu, jakim jest jednostka przeprowadzająca przetarg publiczny, tj. Zamawiający. Faktycznym odbiorcą końcowym są **placówki oświatowe** na rzecz których Zamawiający dokonuje zakupu przedmiotowego sprzętu, w drodze przetargu.

To co wyróżnia ten tryb dostaw produktów to przede wszystkim pewien formalizm procedur, opartych na regulacjach ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Jednocześnie jednak zważyć należy, iż odbiorcy jakimi są jednostki dokonujące zamówień publicznych nie różnią się w sposób istotny od innych odbiorców hurtowych. Z kolei dla dostawców fakt uczestniczenia w przetargu publicznym nie ma znaczenia tak długo, jak nie jest on obwarowany szczególnymi warunkami, stwarzającymi dodatkowe bariery wejścia. Poza pewnymi wymogami formalnymi uczestniczenie w przetargach publicznych nie wymaga zmiany od dostawców określonego ukształtowania profilu działalności specjalnie pod przetargi publiczne. W związku z powyższym właściwym rynkiem, uwzględniając szczebel obrotu jest rynek hurtowy.

56)

Z uwagi zatem na przeznaczenie towaru oraz jego właściwości i cenę należy uznać, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych.

57)

Odnosnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, rynkiem takim jest **rynek krajowy**. Prawdopodobność takiego określenia rynku geograficznego potwierdza zakres terytorialny ogłoszenia dotyczącego przetargu „Dolnośląska e-Szkoła”, umieszczonego w Biuletynie Informacji Publicznej Dolnośląskiego Urzędu Marszałkowskiego, który miał zasięg ogólnokrajowy (poprzez sieć Internet), przez co informacja mogła być odebrana przez każdego przedsiębiorcę mającego siedzibę w dowolnej części kraju. O ogólnopolskim rynku dostaw sprzętu IT świadczy również fakt przystępowania przedsiębiorców objętych niniejszym postępowaniem do przetargów organizowanych w różnych i często odległych, w stosunku do miejsca dostawy, częściach Polski: np. spółka Integrit S.A. realizowała zamówienia w instytucjach z takich miast jak: Szczecin, Lublin, Gdańsk, Łódź, Warszawa, z kolei Dreamtec Sp. z o.o. uczestniczył w przetargach m.in. w takich miejscowościach jak: Bartoszyce, Białystok, Zambrów, Warszawa, Solec Kujawski, Nowy Sącz, Szczecin, Wodzisław Śl, czy Olsztyn. Rynek ten charakteryzuje również [w zasadzie](#) brak barier wejścia ekonomicznych, prawnych i organizacyjnych. Czynniki podażowe powodują więc kwalifikowanie rynku, jako rynku krajowego.

(dowód: karta 264-265 akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz karta 48-50, 186-191 t.2 akt głównych)

58)

W związku z powyższym, dla celu niniejszego postępowania, Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na **krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych**.

5. Naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

59)

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, 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.

Ze znową przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby np. podnieść ceny, czy zachować się w określony sposób (np. odstąpić od wykonania zamówienia w celu jego przejścia przez drugiego oferenta za wyższą cenę). „Praktyka znow przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość znow przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji” (za: Z.Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s.372.).

60)

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się:

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

61)

Z orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07 oraz wyrok SOKiK z dnia 13.09.2006 r. sygn. akt XVI ACa 185/06, publik.: Dz.Urz.UOKiK 2007/1/120). „Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne

istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04).

62)

W świetle powyższego porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, jak i uzgodnienia dokonane w także w innej formie tj. w szczególności poprzez faktyczną współpracę, które w orzecznictwie i doktrynie określa się jako „praktyki uzgodnione”. Zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1972 r. (w sprawie Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, 46/89, Zb.Orz. 1972, s.619) w którym po raz pierwszy zarysowano interpretację tego rodzaju praktyki - to taka forma koordynacji, która nie polega na zawarciu porozumienia w celu pożądanego zachowania się konkurentów na rynku, tylko determinuje, że ich zachowania rynkowe zamiast wynikać z jednostronnych decyzji są skutkiem współpracy z innymi przedsiębiorcami. Tak więc praktykami uzgodnionymi może być wszelka koordynacja zachowań przedsiębiorstw oparta nie na umowach, ale na praktycznej kooperacji w celu świadomego zastąpienia niedozwoloną współpracą ryzyka wynikającego z konkurencji. Wyodrębnienie praktyk uzgodnionych jako odrębnej formy zakazanej współpracy ma na celu poddanie zakazowi takich zachowań przedsiębiorstw, które wprawdzie nie wyczerpują znamion formalnego porozumienia, ale wskazują na praktyczną formę koordynacji działań przedsiębiorstw na rynku i pozbawiają te działania „spontaniczności” w zakresie reakcji na posunięcia konkurentów. W wyroku z dnia 8 października 2010 r. w sprawie *Shunk GmbH* przeciwko Komisji (T-69/04, Zb.Orz. 2008, s.II-2567) Europejski Sąd Pierwszej Instancji zwrócił uwagę, że „kryteria w zakresie spornej koordynacji i współpracy określone w orzecznictwie, dalekie od wymagania opracowania rzeczywistego „planu”, powinny być interpretowane w duchu postanowień Traktatu dotyczących konkurencji, zgodnie z którymi każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób **autonomiczny** politykę, jaką zamierza realizować na wspólnym rynku. O ile jest prawdą, że wymóg autonomii nie wyłącza prawa podmiotów gospodarczych do przystosowywania się w sprawny sposób do postępowania konkurentów, które dostrzegają lub którego się spodziewają, o tyle jednak, zdecydowanie sprzeciwia się on wszelkim kontaktom między tymi podmiotami gospodarczymi, tak bezpośrednim, jak i pośrednim, które miałyby na celu lub skutkowałyby bądź wywieraniem wpływu na postępowanie aktualnego lub potencjalnego konkurenta na rynku, bądź ujawnieniem temu konkurentowi postępowania, które one same zdecydowały lub planują realizować na rynku” (przytoczony wyżej wyrok wyroku z dnia 8 października 2010 r. w sprawie *Schunk GmbH*). W sprawie tej cel bezpośredni kontaktów między członkami kartelu wskazywał na bezprawne uzgodnienia w rozumieniu przytoczonego orzecznictwa. Wymieniając się informacjami w celu utrzymania określonego poziomu cen produktów przeznaczonych dla swoich odbiorców, przedsiębiorstwa poprzez stosowanie praktyk uzgodnionych ułatwiały sobie koordynację ich handlowego zachowania, co pozostawało w wyraźnej sprzeczności z wymogiem, zgodnie z którym każdy podmiot gospodarczy powinien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na rynku. (Z.Jurczyk, „Kartele w polityce Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s.312 i nast.)

63)

Zatem, kwalifikując działania przedsiębiorców jako naruszające zakaz z art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy najpierw wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- A) przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny ;
- B) cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny;

64)

Ad A) Zawarcie porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny

W niniejszej sprawie należy stwierdzić, iż pomiędzy uczestnikami przedmiotowego postępowania przetargowego zafunkcjonował mechanizm współpracy (wyżej opisanych praktyk uzgodnionych), który w tym przypadku wyznaczał działania przedsiębiorców (stron niniejszego postępowania), a które poprzez ten fakt, nie działały autonomicznie, tylko współpracowały. O współpracy tej świadczy ciąg następujących faktów i okoliczności:

- a) **sześciu przedsiębiorców** z dwóch „grup” **powiązanych pomiędzy sobą** osobowo (Incom S.A., Integrit Sp. z o.o. oraz Itsumi S.A.) oraz powiązanych pomiędzy sobą zarówno osobowo, jak i kapitałowo (Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o.), **złożyło – jako konsorcja - swoje oferty w tym samym przetargu.** Jak wskazały same strony postępowania – decyzję o wspólnym starcie w jednym przetargu i utworzeniu trzech konsorcjów złożonych z przedsiębiorców należących do obu „grup” podjęli wspólnie: Dariusz Szumiło – prezes trzech spółek z pierwszej „grupy” i Mariusz Jaworski – prezes zarządu spółek z drugiej „grupy” – Incom S.A. i Itsumi S.A. W niniejszej sprawie istotą naruszenia art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy *o ochronie (...)* jest podjęcie wzajemnej współpracy o antykonkurencyjnym celu przez ww. uczestników postępowania, w przedmiotowych przetargu. Tę zakazaną współpracę podjęły podmioty z ww. „grup” przedsiębiorców a w ramach tych „grup” utworzone dla celu tego przetargu trzy konsorcja. Jak wynika to z materiału dowodowego, zamiast prowadzenia swoich spraw przetargowych w sposób autonomiczny i niezależny w stosunku do innych uczestników przetargu, konsorcja te podjęły „ukartowaną grę” o antykonkurencyjnym celu, którą ujawnia przeprowadzona przez Prezesa Urzędu niniejsza analiza antymonopolowa;
- b) **ostateczne składy ww. konsorcjów ustalono w sposób skoordynowany** (w poszczególnym konsorcjum po jednej spółce z każdej „grupy”) na co bezpośrednio wskazują same osoby pomiędzy którymi doszło do tych ustaleń, zarówno Pan Dariusz Szumiło (dowód karta: 38, 42, 56), jak i Pan Mariusz Jaworski (dowód: karta 26). Nie można zatem mówić o **autonomii** poszczególnych podmiotów przy ustaleniu składów konsorcjów, które dobrano według wcześniejszych ustaleń pomiędzy przedstawicielami wszystkich biorących w przetargu spółek: Dariuszem Szumiło – prezesem Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. oraz Mariuszem Jaworskim – prezesem Incom S.A. i Itsumi S.A. i Krzysztofem Chrzanowskim – prezesem Integrit Sp. z o.o. Osoby te postanowiły **wspólnie** utworzyć trzy odrębne konsorcja złożone z sześciu przedsiębiorców ściśle współpracujących ze sobą (w ramach poszczególnych „grup”) i zarządzanych przez te same osoby (dowód: karta 18, 26, 38, 42, 56) ;
- c) do obsługi prawnej wszystkich trzech wymienionych liderów konsorcjów zaangażowano **jeden podmiot** – Kancelarię Prawną IJ z Wrocławia, współpracującą wcześniej ze spółką Incom S.A. od 1996 r. a ze spółkami Itsumi S.A. i Integrit Sp. z o.o. od chwili ich powstania. Faktycznych

czynności związanych z realizacją przedmiotowej obsługi dokonywała **jedna osoba**, współpracująca z ww. kancelarią – radca prawny MJ. Na uwagę zasługuje fakt, iż w trakcie trwania przedmiotowego postępowania przetargowego, kancelaria miała umowę na stałą obsługę prawną tylko z firmą Itsumi S.A., natomiast – jak wskazała sama kancelaria – ze spółkami Integrit Sp. z o.o. oraz Incom S.A. współpraca dotycząca spraw przedmiotowego przetargu miała miejsce na wniosek prezesów obu podmiotów (odpowiednio: Krzysztofa Chrzanowskiego i Mariusza Jaworskiego), które z tego tytułu „nie zostały obciążone wynagrodzeniem za wykonane usługi przygotowania umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa lidera, z uwagi na niewielki zakres tych usług oraz standardową treść przygotowywanych dokumentów” (dowód karta: 62-64). Powyższe okoliczności świadczą o trwającej **koordynacji** w działaniach przygotowawczych do przedmiotowego przetargu, ponieważ w sytuacji suwerennych przygotowań do przetargu przez poszczególne konsorcja: liderzy dwóch spośród nich, tj. spółki Incom S.A. i Integrit Sp. z o.o., nie mogłyby posiadać wiedzy o możliwości skorzystania z usług ww. kancelarii, która wykonała już podobną usługę na rzecz Itsumi S.A. i dzięki temu wykonała podobne czynności nieodpłatnie (w związku z powtarzalnością, standaryzacją i niewielkim zakresem wykonanych prac) na rzecz dwóch pozostałych podmiotów (dowód: karta 62-64);

- d) załączone do ofert każdego z Konsorcjum gwarancje ubezpieczeniowe zostały wystawione **jednego dnia** 25 października 2011 r., **na ten sam okres czasu**, tj. od dnia 26 października 2011 r. do dnia 25 grudnia 2011 r., przez tego samego ubezpieczyciela – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. a dodatkowo są to gwarancje **oznaczone kolejnymi numerami porządkowymi**, tj. gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Incom S.A. otrzymała numer 280000040**694**, gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Integrit Sp. z o.o. otrzymała numer 280000040**695**, a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona dla Itsumi S.A. otrzymała numer 280000040**696**. Powyższe okoliczności to kolejny dowód trwającej **koordynacji** w działaniach przygotowawczych do przedmiotowego przetargu, ponieważ w sytuacji niezależnych przygotowań do przetargu przez poszczególne konsorcja: osoby odpowiedzialne w tym zakresie w jednej firmie, nie mogłyby posiadać wiedzy o możliwości załatwienia gwarancji ubezpieczeniowych tego samego dnia co dwie pozostałe firmy przygotowujące się do przetargu. Nie tłumaczy powyższego, wskazywana przez strony okoliczność korzystania przez wszystkie ww. spółki z usług jednego brokera ubezpieczeniowego i wskazaną przez niego ubezpieczycielem, **ponieważ to nie broker (czy towarzystwo ubezpieczeniowe) jest stroną inicjującą tego typu umowy**. Stąd po wystąpieniu do brokera przez jednego z liderów konsorcjów, powinien on sfinalizować transakcję niezależnie od pozostałych podmiotów (w normalnych okolicznościach broker nie mógłby posiadać wiedzy o zamiarze startu trzech ww. spółek – liderów konsorcjów w tym samym przetargu) . Jednoczesne wystawienie gwarancji ubezpieczeniowych mogło być tylko skutkiem **skoordynowanego** działania liderów trzech konsorcjów (dowód: kopie dokumentów ubezpiecz., karty: 54, 68 i 82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
- e) liderzy trzech konsorcjów legitymowali się zaświadczeniami z ZUS

wystawionymi na **ten sam na dzień 23.08.2011 r.** (w przypadku Itsumi S.A. dokument ten został złożony w innym przetargu, prowadzonym równolegle). Dwa spośród trzech zaświadczeń jest oznaczone kolejnymi numerami tj. dla Incom S.A. – numer zaświadczenia **4700411ZN11/009252** (dowód: kopia dokumentu karta 163 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych), dla Itsumi S.A. – numer zaświadczenia **4700411ZN11/009253** (dowód: kopia dokumentu karta 287 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych). Z kolei numer przedmiotowego zaświadczenia wystawionego dla spółki Integrit Sp. z o.o. różni się od ww. tylko o kilka numerów (**4700411ZN11/009248**) (dowód: kopia dokumentu karta 273 akt RWR 400-45/11/ZR, które stanowią tom 1 akt głównych);

- f) dokumenty wszystkich trzech konsorcjów złożono w siedzibie Zamawiającego tego samego dnia w ciągu 10 minut (26.10.2011 r., pomiędzy godz. 10.30 a 10.40). Powyższe należy uznać za kolejny przejaw **skoordynowania działań**, w związku z przygotowaniem ofert do przedmiotowego przetargu (dowód: karta 93-99);
- g) w toku postępowania przetargowego, gdy Zamawiający po otwarciu ofert udostępnił informację o wartości złożonych ofert i okazało się, że oferty dwóch konsorcjów, tj. „Itsumi – KEN Solutions” oraz „Integrit – Dreamtec Solutions” - zajęły kolejno dwa pierwsze miejsca, **nastąpiła** sytuacja w której jeden z przedsiębiorców – potencjalny zwycięzca przetargu – **doprowadził do wykluczenia się z przetargu**, w wyniku dostarczenia wadliwego zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z płatnościami, co skutkowało przejściem zamówienia do realizacji przez kolejne konsorcjum (tj. Integrit – Dreamtec Solutions) oferujące cenę odpowiednio wyższą. Podane przez pełnomocnika Itsumi S.A. przyczyny dostarczenia wadliwego dokumentu są bardzo niejasne i nielogiczne – owy „wadliwy” dokument, tj., zaświadczenie z ZUS dokumentujące fakt niezalegania z płatnościami wystawiono na dzień 14 listopada 2011 r., a więc na dzień przed dostarczeniem go Zamawiającemu (15 listopada). Pełnomocnik strony – Itsumi S.A. twierdzi, że dostarczenie tego dokumentu było wynikiem **pomyłki pełnomocnika - Pana PB** (stanowisko menedżer projektów) specjalisty od spraw związanych z uczestnictwem przedsiębiorcy w przetargach. Powyższe wyjaśnienia strony nie można uznać za wiarygodne, ponieważ wymieniony pracownik podjął starania o nowy dokument z ZUS (wystawiony na dzień 14.11.2011 r.), podczas gdy w jego posiadaniu było zaświadczenie z datą 23.08.2011 r., spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie okresu ważności (tj. wystawione w okresie 3 miesięcy przed ostatnim dniem terminu na złożenie ofert) i które można było przedłożyć Zamawiającemu. **O fakcie posiadania prawidłowego dokumentu** przez wymienionego pracownika, świadczy okoliczność, że w równolegle prowadzonym postępowaniu przez Zamawiającego, spółka Itsumi S.A., której pełnomocnikiem był również Pan PB, złożył wniosek o dopuszczenie do postępowania, z datą 20 października 2011 r., dołączając jako jeden z załączników zaświadczenie z ZUS z datą 23 sierpnia 2011 r. Wniosek i potwierdzenie za zgodność z oryginałem są opatrzone podpisem Pana **PB**, który w tym przypadku przedstawił prawidłowe (pod względem okresu ważności) zaświadczenie, a którego kopia mogłaby być z powodzeniem dołączona także do dokumentacji przedmiotowego przetargu, w wyniku czego konsorcjum Itsumi S.A. - KEN Solutions Sp. z o.o. nie zostałoby wykluczone. Z powyższego wynika zatem,

iż Pan PB, pomimo posiadania **ważnego zaświadczenia z ZUS**, podjął działanie planowe w celu uzyskania **wadliwego dokumentu**, którego przedłożenie Zamawiającemu skutkowało następnie wykluczeniem z przetargu. Tak więc biorąc pod uwagę okoliczności uzyskania ww. zaświadczenia, jak również pozostałe ww. okoliczności sprawy, a w szczególności **skutek** tej „pomyłki”, tj. wykluczenie oferty konsorcjum „Itsumi-KEN Solutions” i przejęcie realizacji zamówienia przez konsorcjum „Integrit-Dreamtec Solutions” za wyższą cenę o ponad 500 tys. złotych, nie można mówić tutaj o przypadkowości. Ponadto, kolejną okolicznością przemawiającą na niekorzyść konsorcjum „Itsumi – KEN Solutions” jest zatrudnienie do obsługi w tym zakresie **kancelarii prawnej, właśnie na okoliczność zminimalizowania błędów formalnych** (które zdarzały się stronom w przeszłości), która powinna w związku z tym wykryć **oczywisty błąd** pracownika, **który nie dotyczył kwestii merytorycznych** związanych z ofertą a jedynie **kwestii formalnych**, tj. uzupełnienia dokumentacji ofertowej poprzez złożenie ważnego dokumentu z ZUS. (dowód: pismo uzupełniające Itsumi S.A. z dnia 10.11.2011 r. z „wadliwym” zaświadczeniem ZUS: karta 270-271 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz wnioski ofertowy z dnia 20.10.2011 r. Itsumi S.A. z prawidłowym zaświadczeniem z ZUS: karta 283-284 i 287 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych);

W ocenie Prezesa Urzędu, łączne zestawienie powyższego **ciągu zdarzeń** zachodzących w **przedstawionej kolejności** i w związku z przedmiotowym przetargiem, wskazuje, iż wszyscy przedsiębiorcy – strony niniejszego postępowania, tj. Incom S.A., Itsumi S.A., Integrit S.A. (wcześniej Integrit Sp. z o.o.), Dreamtec Sp. z o.o., KEN Solutions Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A., działali w sposób planowany i uzgodniony, zarówno co do warunków składanych ofert, jak i późniejszych zachowań w trakcie trwania przetargu, mających spowodować wybór przez zamawiającego oferty drugiej w kolejności co do ceny, tj. oferty konsorcjum Integrit – Dreamtec Solutions droższej o 556 288 złotych.

65)

Niezależnie od powyższych zdarzeń, w analizowanym stanie faktycznym wystąpiło szereg **dodatkowych okoliczności**, które – brane pod uwagę **łącznie** - niewątpliwie **sprzyjały prowadzeniu skoordynowanych i uzgodnionych działań** w tym zakresie. Należy tutaj wskazać, że:

1. pomiędzy przedsiębiorcami będącymi uczestnikami trzech konsorcjów istnieją (lub istniały w czasie postępowania przetargowego) **powiązania osobowe i kapitałowe**: co prawda w skład poszczególnych konsorcjów wchodziły po dwie spółki nie powiązane między sobą zarówno kapitałowo, jak i osobowo (Dreamtec Sp. z o.o. – Incom S.A., KEN Solutions Sp. z o.o. – Itsumi S.A., Dreamtec Solutions S.A. – Integrit Sp. z o.o.), jednak względem siebie konsorcja składają się z podmiotów wzajemnie ze sobą powiązanych (Itsumi S.A. - KEN Solutions Sp. z o.o., Integrit Sp. z o.o.- Dreamtec Solutions S.A. oraz Incom S.A. _ Dreamtec Solutions S.A.);
 - Pan Mariusz Jaworski - jest Prezesem jednoosobowego Zarządu Spółki Incom S.A., jak również w czasie trwania postępowania przetargowego był wspólnikiem spółki Integrit Sp. z o.o. oraz Prezesem jednoosobowego Zarządu spółki Itsumi S.A. Pełnił więc wskazane funkcje w spółkach, będących konsorcjantami każdego z Konsorcjów, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym;

- Pan Dariusz Szumiło — jest wspólnikiem, a zarazem Prezesem Zarządu spółki Dreamtec Sp. z o.o., Prezesem Zarządu spółki Dreamtec Solutions S.A., jak i wspólnikiem oraz Prezesem jednoosobowego Zarządu spółki KEN Solutions Sp. z o.o. - pełni więc wskazane funkcje w spółkach, będących konsorcjantami każdego z Konsorcjów, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Jednocześnie Pan Dariusz Szumiło jest także wspólnikiem spółek Dreamtec Sp. z o.o., oraz KEN Solutions Sp. z o.o.;
- Pan Maciej Bojanowski jest Wiceprezesem Zarządu spółki Dreamtec Sp. z o.o., jak i Wiceprezesem Zarządu spółki Dreamtec Solutions S.A. Pełni więc wskazane funkcje w spółkach, będących konsorcjantami dwóch z Konsorcjów, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Jednocześnie Pan Maciej Bojanowski jest również wspólnikiem Dreamtec Sp. z o.o.

(dowód: karta 22, 37, 39-40, 41, 43-44, 55-57-58, 100-104 t. 2 akt głównych)

2. strony postępowania prowadzą odrębne działalności gospodarcze, niemniej jednak spółki Incom S.A., Integrit Sp. z o.o., oraz Itsumi S.A. miały (w okresie trwania przedmiotowego postępowania przetargowego) **siedziby we Wrocławiu pod tym samym adresem** przy ulicy **Mokronoskiej 6**, natomiast spółki Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o. mają siedziby we Wrocławiu przy **placu Strzeleckim 20**. Powyższa sytuacja powodowała, iż istniała pełna możliwość uzgadniania treści przygotowywanych ofert, poprzez nieograniczone **kontakty pomiędzy pracownikami** (a więc również pomiędzy osobami odpowiedzialnymi za przygotowanie ofert) ww. przedsiębiorstw, bez konieczności korzystania z urzędów służących do porozumiewania się na odległość. Sytuacja ta dotyczyła zarówno liderów konsorcjów, jak i członków konsorcjów (tj. obu „grup” przedsiębiorców). Kontaktom tym ww. osoby zaprzeczają, niemniej jednak w niniejszej sprawie przedstawione w tym punkcie okoliczności mają znaczenie jako dowód tego, że przedsiębiorcy działający w ramach porozumienia znali się i kontaktowali ze sobą, poprzez osoby, wykonujące swoje czynności w tym samym miejscu zatrudnienia, tj.:

- Pani MS (Incom S.A.), Pan PB (Itsumi S.A.), Pan Krzysztof Chrzanowski i LW (Integrit Sp. z o.o.) - w pomieszczeniach biurowych zlokalizowanych **w jednym budynku** przy ul. **Mokronoskiej 6** we Wrocławiu;

- Pan Dariusz Szumiło (Dreamtec Solutions S.A.), Pan KB (Dreamtec Sp. z o.o.) oraz pracownik KEN Solutions Sp. z o.o. (nie wskazany z nazwiska) w pomieszczeniach zlokalizowanych **w jednym budynku** przy **pl. Strzeleckim 20** we Wrocławiu

dowód: protokoły kontroli: karta 52-53, 60-61, 108-109, 116-117, 132-133 akt post. wyjaśniającego o sygn. akt RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych oraz dokumenty KRS wskazujące siedziby wszystkich spółek z okresu trwania postępowania przetargowego: karta 43-44, 47-48, 56-60, 72-74, 76-78 załącznika do akt głównych pn. „Dokumenty przetargowe”);

3. pomiędzy przedsiębiorcami Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. (w ogóle nie zatrudniająca pracowników) i KEN Solutions Sp. z o.o. istnieje współpraca organizacyjna w zakresie obsługi przez wspólny sekretariat (co stwierdzono w toku kontroli oraz o czym świadczą dokumenty potwierdzające odbiór przesyłki podpisane przez tą samą osobę, np. potwierdzenia odbioru zawiadomień Prezesa Urzędu, do kart 104, 105 i 106 t.2 akt głównych), co świadczy o tym, iż **ta sama osoba** zajmuje się korespondencją wszystkich trzech przedsiębiorców a tym samym **jedna osoba** miała dostęp do danych dotyczących ofert dwóch pozostałych konsorcjów i ich członków (dowód: protokoły kontroli: karta 123-124, 134-135 akt post. wyjaśniającego o sygn.

akt RWR 400-45/11/ZR);

4. podmioty uczestniczące w konsorcjach wystawiły sobie wzajemnie referencje w zakresie dostarczania sprzętu komputerowego członkom pozostałych konsorcjów, tj. Incom S.A. dokonywał dostaw na rzecz Itsumi S.A., Itsumi S.A. na rzecz Incom S.A., a Integrit Sp. o.o. na rzecz Itsumi S.A. Oczywiście **wzajemne** wystawianie referencji przez powiązane ze sobą przedsiębiorstwa jest zachowaniem dopuszczalnym na gruncie ustawy *Prawo zamówień publicznych*, niemniej jednak świadczy o istniejącym mechanizmie współpracy pomiędzy nimi, chociaż na zewnątrz występowały jako podmioty autonomiczne (dowód: karta 53, 67, 81-82 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – listy referencyjne dołączone do dokumentacji ofertowej trzech konsorcjów);
5. pomiędzy stronami postępowania występowały określone powiązania, które polegały na współpracy przedsiębiorców w różnym zakresie (stała kooperacja pomiędzy firmami uczestniczącymi w konkurencyjnych konsorcjach). Strony udostępniały sobie także własne opracowania / wzory pism / szablony ((sporządzone w tym samym formacie, z zastosowaniem tej samej czcionki i układu danych). Świadczą o tym **błędy** polegające na:
 - pozostawieniu nr NIP przedsiębiorcy z konkurencyjnego konsorcjum: błędny NIP spółki **KEN Solutions Sp. z o.o.**, który był numerem NIP spółki **Dreamtec Solutions S.A.** (dowód: karta 70 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – pełnomocnictwo z oznaczonym błędnym nr NIP) oraz błędny NIP spółki **Integrit Sp. z o.o.**, który był numerem NIP spółki **Incom S.A.** (dowód: karta 55 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe” – formularz oferty z oznaczonym błędnym nr NIP),
 - zastosowaniu takiego samego układu **tabel o zrealizowanych dostawach** (szczegółowy wykaz podobieństw - w pkt 33 uzasadnienia niniejszej decyzji, przy opisie stanu faktycznego).Nie można uznać wyjaśnień stron w tym zakresie, wskazujących na okoliczność przygotowywania dokumentów ofertowych przez jedną osobę, tj. radcę prawnego MJ. Z oświadczenia kancelarii jasno wynika, iż **nie brała ona udziału w przygotowywaniu dokumentów merytorycznych**, podczas gdy błąd - polegający na mylnym podaniu NIP jednego z członków konsorcjum **Integrit Sp. z o.o.** (podano NIP spółki **Incom S.A.**) – **wystąpił w formularzu oferty** a więc w dokumencie do którego kancelaria – według własnego oświadczenia - nie miała dostępu. Wynika z tego, że błąd popełniła któraś z osób przygotowująca ofertę w firmie **Integrit Sp. z o.o.**, pracująca na dokumentach z wcześniejszym przeznaczeniem dla przedsiębiorcy **Incom S.A.** (dowód: karta 40-41, 53, 55-56 i 67 załącznika do akt głównych „Dokumenty przetargowe”);
6. w okresie, w którym przygotowywano oferty w związku z przedmiotowym przetargiem – poszczególne osoby z firm **Incom (p. MS)**, **Integrit (p. Krzysztof Chrzanowski)**, odpowiedzialne lub współodpowiedzialne za przygotowanie ofert do przedmiotowego przetargu, kontaktowały się w sprawie dot. przetargu z **jedną osobą**, tj. Panem **Dariuszem Szumilo** – prezesem zarządu trzech przedsiębiorców będących członkami trzech konsorcjów, a więc **osobą, która z racji przygotowywania oferty w swojej części (tj. jako członka konsorcjum) musiała posiadać wiedzę na temat warunków trzech ofert** (protokół z wyjaśnieniami MS: karta 70-72 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych i protokół z wyjaśnieniami Krzysztofa Chrzanowskiego: karta 103-106 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt

głównych). Z kolei pełnomocnik trzeciego konsorcjum „Itsumi-KEN Solutions”, Pan **PB z Itsumi S.A.** w swoich wyjaśnieniach nie potwierdził co prawda kontaktów z Panem **Dariuszem Szumiło**, choć nazwisko nie było mu obce „z uwagi na treść oferty KEN Solutions” (protokół z wyjaśnieniami PB: karta 54-56 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych). Jako prezes zarządu przedsiębiorców będących członkiem konsorcjum i osoba współpracująca z upoważnionymi osobami ze strony liderów konsorcjów (tj. wskazanymi wyżej osobami ze spółek Incom i Integrit), Pan Dariusz Szumiło, posiadał zatem możliwość wglądu do dokumentów ofertowych i okolicznością zupełnie naturalną jest fakt korzystania z tej możliwości. (dowód: karta 123, 134 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych, oraz 37, 41 i 55 t.2 akt głównych);

66)

Jedną z kluczowych przesłanek praktyki uzgodnionej są dowody komunikowania się przedstawicieli przedsiębiorstw posądzonych o udział w porozumieniu przetargowym, w wyniku której to komunikacji dochodzi do wymiany informacji pozwalającej na działalność w zmwowie i w sposób skoordynowany. Ze zgromadzonych dowodów przez organ antymonopolowy wynika, iż komunikacja ta i wymiana informacji była możliwa poprzez i na drodze:

1. Wzajemnej komunikacji bezpośredniej pomiędzy prezesem Incom S.A. i Itsumi S.A. tj. Panem Mariuszem Jaworskim, prezesem Integrit Sp. z o.o. – tj. Panem Krzysztofem Chrzanowskim oraz prezesem spółek Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. oraz KEN Solutions Sp. z o.o. tj. Panem Dariuszem Szumiło. Okoliczności i powody zostały przedstawione wyżej (dowód: potwierdzenie spotkań w wyjaśnieniach stron: prezesa Incom S.A. i Itsumi S.A., karta 26 t.2 akt głównych, prezesa Integrit Sp. z o.o. dowód: karta 18-19 t.2 akt głównych oraz prezesa Dreamtec Sp. z o.o., KEN Solutions Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A. karty: 37, 42 i 56 t.2 akt głównych);

2. Wzajemnej komunikacji pracowników spółek wchodzących w skład trzech różnych konsorcjów, tj. Incom S.A., Integrit Sp. z o.o. i Itsumi S.A. oraz Dreamtec Sp. z o.o., Dreamtec Solutions S.A. oraz KEN Solutions Sp. z o.o.. Wskazane wyżej osoby, tj. z jednej „grupy”: MS (Incom S.A.), PB (Itsumi S.A.), LW (Integrit Sp. z o.o.) i Krzysztof Chrzanowski (Integrit Sp. z o.o.) oraz z drugiej „grupy”: Dariusz Szumiło (opracowujący bezpośrednio ofertę Dreamtec Solutions S.A. – w odniesieniu do osób opracowujących oferty Dreamtec Sp. z o.o. – KB i KEN Solutions Sp. z o.o. – osoby nie wskazanej z nazwiska).

Jak już wspomniano, osoby te wprowadzicie zaprzeczają tej okoliczności, jednak fakt wzajemnej znajomości oraz spotkań w miejscu pracy, tj. z racji jej wykonywania w siedzibie spółek, znajdujących się **pod tym samym adresem i w tym samym budynku** – jest bezsporny. W takim przypadku miały one pełną możliwość dopasowywania parametrów opracowywanych przez siebie ofert, co potwierdzają przedstawione wcześniej okoliczności, wskazujące na koordynację działań przedsiębiorców wchodzących w skład ww. konsorcjów, bezpośrednio przed, jak i w toku postępowania przetargowego.

(dowód: protokół kontroli Itsumi S.A. oraz wyjaśnienia PB, karta 52-53 54-56 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych, protokół kontroli Incom S.A. oraz wyjaśnienia MS karta 60-62, 70-73 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych), protokół kontroli Integrit Sp. z o.o. oraz wyjaśnienia Krzysztofa Chrzanowskiego i LW (karta 103-106, 108-109 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych), protokół kontroli Dreamtec Sp. z o.o. i KEN Solutions Sp. z o.o. oraz wyjaśnienia Dariusza Szumiło, karta 116-117, 122-124, 132-135 akt RWR400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych)

3. Wzajemnej komunikacji liderów trzech konsorcjów, tj. Incom S.A., Integrit Sp. z o.o. i Itsumi S.A. z **Kancelarią Prawną IS** wybranej do świadczenia na ich rzecz usług prawnych

dotyczących będącego przedmiotem postępowania antymonopolowego przetargu. Osobą upoważnioną ze strony kancelarii do komunikowania się z ww. przedstawicielami spółek była radca prawny MJ.

67)

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy - opierając się na **domniemaniu faktycznym** oraz **łącznej analizie** zebranych wyżej faktów i okoliczności - iż strony postępowania dokonywały uzgodnień warunków składanych ofert (zbliżonych cenowo) oraz zachowań w toku prowadzonego przetargu, a tym samym zawarły porozumienie ograniczające konkurencję. Domniemanie to stanowi bowiem logicznie wynikający wniosek z faktów, które zostały w toku postępowania prawidłowo ustalone jako jego przesłanki. Przesłanki te stanowią podstawę przeprowadzenia rozumowania, zgodnie z którym stopień prawdopodobieństwa zawarcia porozumienia (faktu będącego skutkiem domniemania) jest tak duży, jak duży jest stopień prawdopodobieństwa, że nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie tego faktu. Innymi słowy, w świetle zebranego materiału dowodowego, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że strony postępowania zachowywały się w toku przedmiotowego przetargu jak niezależne podmioty, autonomiczne względem siebie, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną.

68)

Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je można zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie zdaniem Sądu jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wy tłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję.” (Wyrok SOKiK z dnia 17.04.2008 r. sygn. akt XVII Ama 117/05).

Cytowany powyżej pogląd Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołuje się do reguł dowodzenia opartych na domniemaniach faktycznych. Zgodnie z art. 231 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. Powyższą linię orzeczniczą wyznacza orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który stwierdził m.in., że: „W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego **musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.** Tego typu okoliczności i wskazówki pozwalają bowiem na wykazanie **nie tylko istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, lecz także czasu trwania ciągłego antykonkurencyjnego zachowania oraz okresu stosowania zawartego z naruszeniem reguł konkurencji**” (wyrok ETS z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 *Technische Unie BV v. Komisja*, Dz. Urz. C 294/ 5 z 2 grudnia 2006 r.; za: Z.Jurczyk, Dowody pośrednie w postępowaniach kartelowych w świetle orzecznictwa sądów wspólnotowych, (w:) *Przegląd Legislacyjny. Kwartalnik Rady Legislacyjnej*, Rok XVI, Nr 1/2 (67/68) /2009, s. 142-143).

69)

Wszyscy przedsiębiorcy, strony niniejszego postępowania w swoich wyjaśnieniach

wskazywali, iż jednoczesny start ww. firm był wynikiem zminimalizowania ryzyka wykluczenia z przetargu z powodu błędów formalnych, co zdarzało się wymienionym przedsiębiorcom już wcześniej. W opinii Prezesa Urzędu wskazana okoliczność nie jest przekonująca, ponieważ zwiększenie ilości ofert, a zatem wzrost ilości gromadzonych dokumentów, zwiększa prawdopodobieństwo popełnienia większej ilości błędów. Ponadto, skoro kontroli kwestii formalno-prawnych dokonywała ta sama kancelaria, można oczekiwać, iż ewentualne błędy będą się powtarzać we wszystkich ofertach. Ponadto, należy wskazać na przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* (np. przewidujące możliwość wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia braków formalnych w składanej dokumentacji ofertowej).

W związku z powyższym podanie przez strony wskazanej okoliczności jako samoistnego czynnika generującego projekt dotyczący jednoczesnego udziału sześciu przedsiębiorców – stron niniejszego postępowania, budzi poważne wątpliwości. Niezależnie od powyższego ustalono, że strony owszem były wykluczane z wcześniejszych przetargów, jednakże miało to miejsce ze znacznie poważniejszych przyczyn, niż niedostarczenie prawidłowego dokumentu z ZUS: przykładowo chodziło o brak dokumentów referencyjnych na określonej przez Zamawiającego kwotę, czy braki z zakresu ustanowienia zabezpieczeń. Strony ponadto wskazywały na „inne przyczyny wykluczenia”, jednak już bez wskazania szczegółów. Stąd, w tym zakresie oświadczenia stron należało uznać za gołosłowne.

Tak więc zebrany materiał dowodowy wskazuje, iż powołanie trzech konsorcjów wiązało się z ustalonym pomiędzy stronami mechanizmem działania, który – w razie zaistnienia sprzyjających okoliczności – miał zostać przeprowadzony. Spośród trzech konsorcjów uczestniczących w przetargu, dwa z nich (z tańszymi ofertami) pozostawiły sobie możliwość dla ewentualnego wykluczenia, poprzez nieuzupełnienie występujących w ofertach braków formalnych: konsorcjum „**Itsumi - KEN Solutions**” brak zaświadczenia z ZUS i błędnie wystawione pełnomocnictwo, konsorcjum „**Integrit-Dreamtec Solutions**” brak zaświadczenia z ZUS i stosownego dokumentu z rejestru skazanych dot. jednej z osób wchodzących w skład zarządu członka konsorcjum. Stąd w razie braku ofert innych przedsiębiorców, które zajęłyby miejsca pomiędzy konsorcjami – według kryterium ceny – zamówienie zostałoby przejęte przez konsorcjum „**Incom - Dreamtec**”. oferującego najwyższą cenę (wyższą o prawie 2,5 mln złotych od oferty „**Itsumi-KEN Solutions**” z najniższą ceną) spośród ww. trzech konsorcjów, ponieważ pozostałe dwa konsorcja zostałyby wykluczone np. z powodu dostarczenia wadliwego dokumentu z ZUS (co faktycznie miało miejsce w przypadku konsorcjum **Itsumi-KEN Solutions**). Tak więc w sytuacji, gdyby żaden oferent „nie wszedł” pomiędzy oferty trzech konsorcjów, strony mogły swobodnie decydować między sobą, która oferta zostanie wybrana (poprzez wadliwe uzupełnienie ofert/nieuzupełnienie). Wobec pojawienia się oferty ITG o wartości wyższej od oferty konsorcjum „**Integrit - Dreamtec Solutions**”, ale niższej od oferty „**Incom - Dreamtec**”, nieuzupełnienie braków formalnych przez konsorcjum „**Integrit-Dreamtec Solutions**” skutkowałoby przejęciem zamówienia przez ITG, stąd przesłane dokumenty przez to konsorcjum musiały być prawidłowe, co oczywiście nastąpiło a konsorcjum „**Integrit-Dreamtec Solutions**” ogłoszono zwycięzcą przetargu.

Na uwzględnienie nie zasługują wyjaśnienia pełnomocnika stron podającego przyczyny odstąpienia od złożenia sprzeciwu przez konsorcjum Integrit Sp. z o.o. – Dreamtec Solutions S.A do Prezesa KIO, w związku z uwzględnieniem w całości odwołania spółki ITG S.A. przez Zamawiającego. Wskazywane przez strony wzrosty cen na rynku sprzętu komputerowego, będące następstwem powodzi w Tajlandii (mającej miejsce jesienią 2011 r.) oraz znacznym wzrostem kursu złotego wobec waluty EUR i USD w trzecim kwartale 2011 r. nie są kwestionowane przez Prezesa Urzędu.

Należy jednak zwrócić uwagę, iż gdyby rzeczywiście o rezygnacji stron decydowały wskazane czynniki ekonomiczne, konsorcjum „Integrit-KEN Solutions” **nie przystąpiłoby do postępowania odwoławczego** po stronie Zamawiającego, co nastąpiło dnia **5 grudnia 2011 r.** (patrz: pkt 28 niniejszej decyzji), tylko już wówczas zrezygnowałoby z dalszego udziału w postępowaniu. Co więcej, wobec pojawiających się już w **październiku 2011 r.**, informacji na temat wzrostu cen części komputerowych, w związku z ww. powodzią, **racjonalny przedsiębiorca** musiałby wziąć tą okoliczność pod uwagę i wobec zagrożenia opłacalności realizacji zamówienia, podnieść ww. czynniki na wcześniejszym etapie trwania przetargu i w związku z tym nawet wycofać swoją ofertę bezpośrednio po wystąpieniu na rynku ww. tendencji. Tymczasem żadna ze stron nie podnosiła tych okoliczności, podczas gdy miały sposobność to uczynić, zarówno w momencie otwarcia ofert dnia 26 października 2011 r., jak i po wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia braków formalnych, wysłanych dnia 9 listopada 2011 r., a więc prawie miesiąc po pojawieniu się pierwszych informacji o skutkach powodzi w Tajlandii dla rynku akcesoriów komputerowych. Tymczasem w odpowiedziach na wezwanie Zamawiającego, żaden z liderów wszystkich trzech konsorcjów, tj. Incom S.A, (w piśmie z dnia 17.11.2011 r.) Itsumi S.A. (w piśmie z dnia 15.11.2011 r.) i Integrit Sp. z o.o. (w piśmie z dnia 10.11.2011 r.), nie wskazywał na ww. czynniki, powodujące, iż realizacja zamówienia na warunkach zaproponowanych w ofertach, byłaby ekonomicznie nieopłacalna.

Wymienione wyżej czynniki ekonomiczne są **po raz pierwszy wskazane dopiero w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 r.**, skierowanym przez lidera konsorcjum – spółkę **Integrit Sp. z o.o.** do Prezesa KIO, gdzie jako przyczyny rezygnacji ze złożenia sprzeciwu wskazano „wzrost kursu dolara o 15%” oraz „problemy z terminową realizacją dostaw i kilkudziesięcioprocentowy wzrost cen podzespołów, związany z klęskami żywiołowymi w Tajlandii” (dowód: kopia pisma Integrit Sp. z o.o. do KIO, karta 222 akt post. wyjaśniającego RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych). Powyższe okoliczności odstąpienia od złożenia sprzeciwu wskazywał również lider drugiego konsorcjum - **Incom S.A.** w wyjaśnieniach udzielonych w toku postępowania antymonopolowego (dowód: karta 230 t.2 akt głównych) oraz **Dreamtec Solutions S.A.** w wyjaśnieniach udzielonych w toku postępowania antymonopolowego (dowód: karta 55 t.2 akt głównych).

Gdyby zatem przyjąć argumentację stron w tym zakresie, należałoby dojść do wniosku, iż następstwa wskazanych wyżej zdarzeń, t. powodzi w Tajlandii i wzrostu kursu walut, nastąpiły pomiędzy 5 a 12 grudnia 2011 r. (a więc pomiędzy datą przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego a datą pisma do Prezesa KIO informującą o przyczynach odstąpienia od złożenia sprzeciwu), co jest oczywiście nieprawdą, ponieważ:

- po pierwsze - wspomniany trend wzrostu kursu ww. walut rozpoczął się na początku września i w grudniu 2011 r. nie odnotowano już większych wahaniec w tym zakresie (dowód: karta 184 t.2 akt głównych – kurs EUR i USD w trzecim kw. 2011 r.);
- po drugie – informacje o wzroście części komputerowych w związku z powodzią w Tajlandii pojawiły się przynajmniej od połowy października 2011 r. (dowód: karta 294 t.2 akt głównych – wydruki z Internetu dotyczące

sytuacji na rynku części komputerowych w związku z powodzią w Tajlandii).

W związku z tym uznać należy, iż zmiana stanowiska stron w zakresie dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nastąpiła dopiero na skutek uzyskania informacji o **uwzględnieniu przez Zamawiającego** (w piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r.) **wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu przez ITG S.A.** (pismo Zamawiającego do Prezesa KIO z dnia 8 grudnia 2011 r., dowód: karta 216-217 akt post. wyjaśniającego RWR 400-45/11/ZR stanowiących t.1 akt głównych). Pismo lidera jednego z konsorcjów spółki Integrit Sp. z o.o. do Prezesa KIO wysłane dnia 12 grudnia 2011 r., należy uznać w tej sytuacji za działanie „zabezpieczające” przed możliwością narażenia się na zarzuty czynu nieuczciwej konkurencji, czy przed ewentualnym wszczęciem postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Tak więc, zachowanie stron w tym zakresie również należy ocenić jako pozbawione racjonalności a wytłumaczyć je można jedynie istnieniem wcześniejszych uzgodnień między stronami.

71)

Odnosząc się z kolei do argumentacji podniesionej przez strony na okoliczność, iż pomimo istnienia pewnych powiązań osobowych, organizacyjnych i kapitałowych (to ostatnie w przypadku grupy Dreamtec, Dreamtec Solutions i KEN Solutions), prowadzą oni niezależną od siebie działalność gospodarczą, należy wskazać, iż samo występowanie pomiędzy stronami postępowania wymienionych powiązań, współpracy w różnym zakresie, prowadzenia działalności pod tym samym adresem, czy korzystanie z tych samych zasobów ludzkich (w przypadku grupy Dreamtec, Dreamtec Solutions i KEN Solutions), nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na istnienie trwałego procesu wymiany istotnych informacji gospodarczych pomiędzy nimi. To z kolei - przy wystąpieniu wskazanego wyżej **ciągu zdarzeń** oraz **dodatkowych występujących łącznie okoliczności**, które można racjonalnie wytłumaczyć tylko działaniem, będącym efektem wcześniejszych uzgodnień, potwierdza działanie w ramach porozumienia. Tak jak w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania tj. opisane wyżej celowe, świadome i skoordynowane zachowanie skutkujące – w przypadku zaistnienia określonych okoliczności - wycofaniem z przetargu jednej oferty, na rzecz drugiej, droższej oferty konsorcjum współpracującego.

72)

Podsumowując, w opisanym stanie faktycznym, w szczególności w zakresie istniejących powiązań pomiędzy wskazanymi podmiotami, w opinii Prezesa Urzędu nie jest możliwe, aby w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, przynajmniej niektóre osoby zajmujące się bezpośrednio lub pośrednio przygotowaniem oferty przetargowej (np. Pan Dariusz Szumiło, czy pełnomocnik MJ), nie znały warunków proponowanych przez dwa pozostałe, startujące równolegle konsorcja – w okresie poprzedzającym ujawnienie warunków ofert przez Zamawiającego. Również rzekomo przypadkowe nieuzupełnienie dokumentu – zaświadczenia z ZUS (złożonego krótko wcześniej w ramach innego, równoległego prowadzonego przetargu), skutkujące wykluczeniem, w świetle przedstawionych wyjaśnień, nie zasługuje na uwzględnienie z powodu braku przedstawienia wiarygodnego uzasadnienia tej okoliczności. Tak więc - w ocenie Prezesa Urzędu - wskazane wyżej dowody i okoliczności świadczą o tym, iż wszyscy wymienieni przedsiębiorcy zawarli porozumienie polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców zachowania w trakcie przedmiotowego przetargu przeprowadzonego przez Dolnośląski Urząd Marszałkowski i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z umawiających się

przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Została zatem spełniona pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawianiu porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 ww. ustawy.

73)

Ad B) Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

Jak wskazano wyżej, w myśl art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. 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. „Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia” (wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02). W nawiązaniu do wcześniej przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy o ochronie (...) zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, „niekonieczne jest udowadnianie celu i skutku”, bowiem „cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne” (C.Banasiński i E.Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 187.) a wobec tego „dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić tylko jedną z nich” (T.Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s.379).

74)

Jak już wspomniano, za porozumienia uznaje się uzgodnienia dokonywane przez przedsiębiorców w jakiejkolwiek formie a w niniejszym stanie faktycznym wykazano koordynację zachowań (praktyki uzgodnione) determinowanych nie jednostronnymi decyzjami poszczególnych przedsiębiorców, tylko będące skutkiem wzajemnego i zgodnego współdziałania wskazanych przedsiębiorców (stron postępowania).

Celem i skutkiem tych działań jest ograniczenie konkurencji. Koordynacja pozwala bowiem na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, w tym zachowań w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dla udowodnienia takiej koordynacji zachowań nie wystarcza stwierdzenie wystąpienia podobnych zachowań przedsiębiorców. Konieczne jest udowodnienie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Procesy konkurencji w trakcie przeprowadzania przetargów mogą ulec zniekształceniom w wyniku wcześniejszego uzgadniania ofert przedsiębiorców przystępujących do przetargu (przetargów). Porozumienia oferentów mogą dotyczyć jednego przetargu, bądź większej liczby przetargów.

75)

W niniejszej sprawie **cel** porozumienia, wynikający z wcześniejszego uzgodnienia cen, tj. wartości złożonych ofert przez trzy konsorcja, jest jednoznaczny. Strony postępowania

zaplanowały zgodne działania poprzez dokonanie uzgodnień zachowań przed i w trakcie przetargu z zamiarem ustalenia wyniku przetargu, tj. wygrania przetargu przez jedno z konsorcjów, przy czym w sytuacji wystąpienia okoliczności jakie wydarzyły się w trakcie przebiegu tego przetargu, spowodowanie wyboru przez Zamawiającego takiego, aby zwycięską ofertą była oferta konsorcjum droższego w kolejności. Odczytanie w ten sposób zamiaru wykonanych uzgodnień wskazuje jednoznacznie na ich antykonkurencyjny cel.

Osiągnięty ostatecznie cel końcowy, tj. wygranie przetargu przy możliwie najkorzystniejszej cenie, został przez uczestników porozumienia zrealizowany, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty drożej złożonej przez konsorcjum Integrit Sp. z o.o.- Dreamtec Solutions S.A. Istniał również plan przejęcia zamówienia przez trzecie konsorcjum: **Incom S.A. - Dreamtec Sp. z o.o.**, gdyby nie fakt, iż pojawił się oferent spoza przedsiębiorców działających w porozumieniu (ITG), który zaoferował cenę niższą (średnią). W tej sytuacji zamówienie przejęło konsorcjum Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions S.A. mające cenę niższą od firmy ITG. Zamiarem takiego postępowania było doprowadzenie do wyboru oferty droższej.

Unicestwia to cel organizowania przetargu, którym jest wybór oferty najbardziej korzystnej z punktu widzenia Zamawiającego. W rozpatrywanym przypadku taką najkorzystniejszą ofertą miała być oferta z ceną najniższą. W skutek zmyślnego przetargowego oraz wykluczenia i odrzucenia ofert tańszych, Zamawiający musiał wybrać ofertę droższą, złożoną przez ITG S.A. Nie podlega więc wątpliwości, że zarówno cel, jak i **skutek opisanych wyżej** działań członków porozumienia przetargowego był antykonkurencyjny i naruszył w szczególnie dotkliwy sposób interes publiczno-prawny. Zamawiający ze środków publicznych wydał wyższą kwotę na zakup sprzętu IT dla placówek oświatowych od tej, którą by wydał, gdyby mógł wybrać ofertę najtańszą.

76)

Reasumując, działania stron niniejszego postępowania w trakcie ww. postępowania przetargowego należało uznać za „ukartowane”, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter **pozorny**, ponieważ z góry zaplanowano, iż w przypadku odpowiedniego ułożenia się ofert przetargowych, oferta droższa zastąpi ofertę tańszą. W związku z powyższym popełniono błędy formalne (tj. m.in. brak przedstawienia ważnego zaświadczenia z ZUS), które były łatwe do usunięcia, po wezwaniu przez Zamawiającego do dokonania tej czynności w trybie art.26 ust.3 *Prawo zamówień publicznych*. Do zakłócenia konkurencji z tego powodu ostatecznie doszło z powodu „wycofania się” (poprzez nieuzupełnienie dokumentów) zwycięskiego konsorcjum, które tym samym zrezygnowało z konkurowania z następnym w kolejności oferentem, co w efekcie zniweczyło cel organizowania przetargu, którym jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej.

Tym samym została spełniona druga przesłanka zarzucanej praktyki, tj. antykonkurencyjny cel porozumienia przetargowego.

6. Zaniechanie praktyki naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

77)

Istotą porozumienia, którego zawarcie stwierdzono w niniejszym postępowaniu było uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania we wskazanym przetargu. Celowe odstąpienie od udziału w postępowaniu przetargowym jednego z uczestników porozumienia (tj. konsorcjum Itsumi S.A. i KEN Solutions Sp. z o.o.) w celu przejęcia umowy przez drugiego z uczestników (tj. konsorcjum Integrit Sp. z o.o. i Dreamtec Solutions

S.A.), który w tym przetargu zaoferował wyższą cenę oznaczałoby, iż wymienieni uczestnicy porozumienia **osiągnęli swój wcześniej zakładany cel**, tj. wygranie przetargu przy jak najkorzystniejszej cenie (odrzućcie oferty nastąpiło dopiero później, w wyniku późniejszych czynności Zamawiającego, który odrzucił oferty stron - na podstawie art. 89 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku ze stwierdzeniem czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Jednocześnie, zrealizowanie celu porozumienia (czyli przesunięcie na pierwsze miejsce oferty drugiej pod względem ceny) uniemożliwiło nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki zakazanej pod względem celu. W tych okolicznościach należy przyjąć, iż praktyka została zaniechana z dniem **15 grudnia 2011 r.**, bowiem w tym dniu nastąpiło ogłoszenie wyników i wskazanie przez Zamawiającego oferty zwycięskiej - ITG S.A. po odrzuceniu ofert dwóch pozostałych wykonawców (konsorcjów „Integrit, - Dreamtec Solutions” i „Incom - Dreamtec”).

Tak więc z całą pewnością stwierdzić można, iż istniejące dowody pośrednie świadczą o tym, że zmowa przetargowa została zrealizowana w przedmiotowym przetargu. Oczywiście realizacja celu porozumienia nie musi zawsze oznaczać jego zaniechania. Niemniej jednak, ze względu na brak podstaw opartych w materiale dowodowym do uznania, iż porozumienie nadal obowiązuje między stronami, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki z dniem **15 grudnia 2011 r.** Jeśli chodzi o dwa podmioty, spośród ww. stron postępowania, tj. przedsiębiorców tworzących konsorcjum Incom S.A. i Dreamtec Sp. z o.o., należy uznać, że ich udział w porozumieniu zakończył się wcześniej, tj. dnia **26 października 2011 r.**, a więc w chwili otwarcia ofert, kiedy to Zamawiający przedstawił wartości złożonych ofert, spośród których oferta złożona przez przedsiębiorcę ITG S.A. miała niższą cenę od ceny w ofercie złożonej przez konsorcjum Incom S.A. – Dreamtec Sp. z o.o.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

7. Kara pieniężna

78)

Na podstawie 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% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy *o ochronie (...)*. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. „Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej” (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03).

Nakładając kary, Prezes UOKiK uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem (wyroki SOKiK z dnia 24.05.2006r., sygn. akt XVII Ama 17/05, Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98) – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami i okolicznościami, które należy brać pod uwagę, są stopień naruszenia interesu publicznego, potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć. Nałożona przez Prezesa UOKiK kara pieniężna powinna pełnić funkcję **represyjną** tj. stanowić dolegliwość za naruszenie

przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale także **prewencyjną**, dyscyplinującą, tj. zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych w niniejszej decyzji naruszeń. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

W świetle orzecznictwa europejskiego, porozumienia horyzontalne w sprawie przetargów są ze swej natury jednymi spośród najbardziej poważnych naruszeń art. 101 TFUE (Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Naruszenia w tym przypadku sztucznie przekreślają i pozbawiają kontrahentów korzyści, jakich spodziewają się osiągnąć dzięki konkurencji związanych z przetargami. Z tego powodu za taki udział w spiskowaniu przeciwko konkurencji, Komisja Europejska nakłada na przedsiębiorstwa bardzo wysokie kary pieniężne. (za: Z.Jurczyk, „Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej”, Warszawa 2012, s.375).

79)

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez sześciu przedsiębiorców porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmony przetargowe (w niniejszej sprawie, w skład poszczególnych konsorcjów nie wchodziły podmioty **tylko** z jednej grupy kapitałowej, stąd porozumienia pomiędzy nimi należy traktować jako poziome). W związku z powyższym naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń **bardzo poważnych**, a kwotę bazową, stanowiącą podstawę dalszych wyliczeń ustalono w wysokości (...) % przychodu **za rok 2012**, tj. rok poprzedzający wydanie decyzji. Wynosi ona w odniesieniu do;

- **Incom S.A.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości (...), stanowi kwota (po zaokrągleniu do 1 zł) (...) zł;
- **Itsumi S.A.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości (...) złotych stanowi kwota (po zaokrągleniu do 1 zł) (...) zł;
- **Integrit S.A.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości (...) złotych stanowi kwota (po zaokrągleniu do 1 zł) (...) zł;
- **Dreamtec Sp. z o.o.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości (...) złotych stanowi kwota (po zaokrągleniu do 1 zł) (...) zł;
- **KEN Solutions Sp. z o.o.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości 1 843 967,66 złotych, stanowi kwota (po zaokrągleniu do 1 zł) (...) zł;
- **Dreamtec Solutions S.A.** - (...) % uzyskanych przychodów w wysokości (...) złotych, stanowi kwota (...) zł;

(dowód: roczne zeznania podatkowe stron (CIT 8) za rok 2012, karta 124 – 178)

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy 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.

W szczególności Prezes UOKiK wziął pod uwagę faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, które polegało na realizacji określonego zachowania w toku przetargu prowadzonego przez Zamawiającego. Pod uwagę wzięto także negatywne skutki dla organizatora przetargu, który na skutek zawarcia porozumienia zmuszony do wybrania oferty ITG S.A., która była o ponad 883 tysiące złotych brutto wyższa od oferty konsorcjum „Itsumi-KEN Solutions”, wykluczonej z powodu wadliwego uzupełnienia dokumentacji przetargowej. Na skutek zawartej zmowy przetargowej zamawiający został bowiem pozostawiony w sytuacji, gdy musiał wybrać ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo, wynikającą z otwarcia ofert. Zawarte porozumienie wiąże się zatem z wymiernym uszczerbkiem ekonomicznym po stronie zamawiającego.

Z drugiej strony, Prezes UOKiK wziął pod uwagę fakt, iż porozumienie zostało zawarte na krajowym rynku hurtowej sprzedaży sprzętu i oprogramowania komputerowego dla jednostek oświatowych, który jest rynkiem bardzo konkurencyjnym i na którym występują niewielkie bariery wejścia. Na rynku tym działa wielu przedsiębiorców, którzy uczestniczą w wielu przetargach. Z kolei same przetargi na dostawę sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych organizowane są na terenie całego kraju, a strony niniejszego postępowania brały udział jedynie w części tych przetargów. Prezes UOKiK wziął także pod uwagę niewielki zasięg geograficzny praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorców, która dotyczyła jedynie zamawiającego, którym było Województwo Dolnośląskie i praktyka ta nie dotyczyła dostaw dla innych zamawiających, w tym dostaw mających miejsce na terenie innych województw.

W związku z powyższym, mając na uwadze okoliczności związane z charakterystyką rynku oraz działaniem przedsiębiorcy, na tym etapie ustalania wysokości kary została ona obniżona o (...) %.

W trzeciej kolejności Prezes UOKiK wziął pod uwagę długotrwałość naruszenia. Porozumienie objęte niniejszym postępowaniem obejmowało jedynie przetarg organizowany przez Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, który został ogłoszony w sierpniu 2011 r. i został zakończony w grudniu 2011 r. (uwzględniając procedurę odwoławczą). W związku z faktem, iż naruszenie prawa ochrony konkurencji polegające na zawarciu porozumienia trwało krócej niż 1 rok nie zostało ono zakwalifikowane do naruszeń długotrwałych, a kwotę ustaloną w poprzednich etapach postanowiono zostawić na dotychczasowej wysokości i nie dokonywać jej podwyższenia.

W czwartej kolejności Prezes UOKiK rozważył występujące w sprawie okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes UOKiK nie stwierdził w sprawie występowania okoliczności łagodzących takich jak np. bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, czy dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Jako okoliczność obciążającą Prezes UOKiK wziął pod uwagę fakt, iż naruszenie prawa konkurencji miało w niniejszej sprawie **charakter umyślny**. Za umyślnością przemawiają w szczególności zgromadzone w postępowaniu dowody w postaci dokumentów z ofert przetargowych wskazujących na koordynację działań stron postępowania oraz informacje uzyskane od przedsiębiorców w toku kontroli i w trybie wezwania do udzielenia informacji. Również okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności skoordynowane działania w toku postępowania przetargowego (wspólny start w przetargu i doprowadzenie do sytuacji wykluczenia konsorcjum z ofertą o niższej cenie), których sens można wyjaśnić tylko istnieniem zmowy przetargowej i świadczące o tym, iż przedsiębiorcy określili pewną **ustaloną z góry taktykę działania** w przedmiotowym przetargu, której celem

było osiągnięcie dodatkowych korzyści finansowych, poprzez wygranie przetargu, przy jednoczesnym osiągnięciu jak najwyższej ceny. Trudno w takich okolicznościach mówić o działaniu nieumyślnym.

Ze względu na umyślny charakter naruszenie kwota kary ustalona na poprzednich etapach została zatem podwyższona o (...) %.

Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające nałożenie na strony kary pieniężnej **w obniżonej wysokości**, albowiem kara wynikająca z zastosowania standardowej procedury kalkulowania kary odbiega od ogólnej oceny zachowania przedsiębiorców uczestniczących w przetargu organizowanym przez Województwo Dolnośląskie. W ocenie Prezesa UOKiK, w sytuacji, gdy szkody dla uczestników rynku wynikające z praktyki wyniosły ok. 883 tys. zł (tj. poniżej 10% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia), a praktyka nie miała charakteru powtarzalnego i dotyczyła niewielkiej części konkurencyjnego rynku krajowej sprzedaży sprzętu komputerowego, nałożenie na strony niniejszego postępowania kar pieniężnych w wyżej wskazanej wysokości byłoby nieuzasadnione oraz oderwane od okoliczności niniejszej sprawy. W związku z powyższym, Prezes UOKiK postanowił kwotę kar pieniężnych wyliczonych na podstawie standardowej procedury dodatkowo obniżyć o kolejne (...) %.

82)

Prezes Urzędu postanowił odstąpić od nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę **Dreamtec Solutions S.A.** z uwagi na wielkość przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2012 r., co powoduje, iż naliczona według ww. zasad kara pieniężna, nie będzie spełniać wskazanych wyżej, przypisanych jej funkcji.

83)

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku, oraz okoliczności łagodzących i obciążających, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorców kary w łącznej wysokości:

- **na Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 1 717 184 zł** (słownie złotych: jeden milion siedemset siedemnaście tysięcy sto osiemdziesiąt cztery 0/100);
- **na Itsumi S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 118 895 zł** (słownie złotych: sto osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt pięć 0/100);
- **na Integrit S.A. z siedzibą we Wrocławiu – 88 312 zł** (słownie złotych: osiemdziesiąt osiem tysięcy trzysta dwanaście 0/100);
- **na Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 13 341 zł** (słownie złotych: trzynaście tysięcy trzysta czterdzieści jeden 0/100);
- **na KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 3 415 zł** (słownie złotych: trzy tysiące czterysta piętnaście 0/100);

Nałożona kara pieniężna stanowi zatem:

- ok. (...) kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu;
- ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Itsumi S.A. z siedzibą we Wrocławiu;
- ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Integrit S.A.;
- ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na Dreamtec Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
- ok. (...) % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona w niniejszej sprawie na KEN Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;

W ocenie Prezesa Urzędu, kary pieniężne w tej wysokości pozostają, w odpowiedniej proporcji do stopnia naruszenia interesu publicznego, potencjału ekonomicznego poszczególnych przedsiębiorców oraz skutków praktyki dla konkurencji, jak również szkody wyrządzonej Zamawiającemu w wyniku zawarcia porozumienia. Nałożenie na strony kar pieniężnych w wyżej wskazanej wysokości jest, w ocenie Prezesa UOKiK wystarczające dla osiągnięcia zarówno **represyjnego**, jak również **prewencyjnego** celu nałożenia kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy *o ochronie* (...).

W związku z powyższym należało orzec jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

84)

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie **14 dni** od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

85)

Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

Z up. Prezesa UOKiK
Dyrektor UOKiK Del. Wrocław
Zbigniew Jurczyk

Otrzymują:

1. Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20
2. KEN Solutions Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20
3. Dreamtec Solutions S.A., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20
4. MJ Radca Prawny, *pełnomocnik INCOM S.A., ITSUMI S.A. oraz INEGRIT S.A.* Kancelaria Radcy Prawnego - IS (3 egz.)