

Sygn. akt VI ACa 1919/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Mariusz Łodko

Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)

SO del. Paweł Iwaniuk

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2017 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa P. J.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanej E. J.

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 30/14

1. oddala apelację;

2. zasądza od P. J. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1919/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2013 roku, nr (...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: pozwany; Prezes UOKiK):

I. na podstawie art. 11 ust. 2 oraz art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: uokik) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, zawarcie na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy:

1. P. J., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą P. J. w Z. a

2. E. J., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą E. J. w D.,

polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego, organizowanego przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013-2016 - przetarg nr (...), warunków składanych ofert i zasad postępowania, umożliwiających wykluczenie z przetargu E. J. i wygranie przetargu przez P. J., oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu i stwierdził jej zaniechanie z dniem 30 sierpnia 2012 roku;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik oraz stosownie do art. 33 ust. 6 uokik, nałożył za naruszenie zakazu, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, w zakresie opisanym w punkcie pierwszym sentencji, kary pieniężne:

1. na P. J. - w wysokości 8 688 zł;
2. na E. J. - w wysokości 9 458 zł;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 uokik oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 uokik oraz stosownie do art. 33 ust. 6 uokik obciążył P. J. i E. J. kosztami postępowania w sprawie zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję, opisanego w punkcie pierwszym sentencji decyzji oraz zobowiązał do ich zwrotu Prezesowi UOKiK odpowiednio:

1. P. J. - w wysokości 17,10 zł;
2. E. J. - w wysokości 11,40 zł.

Powód P. J. wniósł od ww. decyzji odwołanie, zaskarżając ją w całości.

Przedmiotowej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy zachowanie E. J. i P. J. nie wypełniało dyspozycji tego przepisu, jak również nie było innym czynem naruszającym konkurencję;
2. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego uznania, że E. J. i P. J. popełnili czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe, powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości; ewentualnie o jej zmianę poprzez stwierdzenie, że E. J. i P. J. nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie o jej zmianę poprzez stwierdzenie, że decyzja Prezesa UOKiK została wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa. Na wypadek zaś nieuwzględnienia odwołania co do zasady, powód wniósł o obniżenie nałożonej kary pieniężnej. Jednocześnie powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania.

Pozwany Prezes UOKiK w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 17 września 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie pierwszym sentencji oddalił odwołanie; zaś w punkcie drugim sentencji zasądził od powoda na rzecz Prezesa UOKiK kwotę 360 złotych tytułem kosztów postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych.

P. J. prowadzi od 11 czerwca 2007 roku działalność gospodarczą pod nazwą P. J. z siedzibą w Z. (...). Przeważającą część tej działalności stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną” (kod (...)). P. J. jest bratem E. J., J. J., A. W. oraz synem Z. J..

W ramach prowadzonej działalności P. J. uczestniczył m.in. w przetargach, prowadzonych przez zarządy dróg i (...), tj.:

- „Koszenie trawników, poboczy i rowów przydrożnych w ciągu dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Ł. (...) w B. wraz ze zbiorem odpadów i wycinką odrostów drzew”, w którym złożona przez niego oferta została wybrana przez organizatora jako najkorzystniejsza; prace wykonano w okresie maj-październik 2011 r. na kwotę 388 447,86 zł;
- „Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych w latach 2009-2012”, w którym startował w ramach konsorcjum;
- przetarg publiczny nr (...), zorganizowany przez (...) Oddział w Ł. Rejon w R., na roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych nr (...), administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w R. w latach 2012 – 2016, ogłoszony w dniu 28 maja 2012 r., a zakończony dnia 10 sierpnia 2012 r. - w przetargu tym oferta P. J. została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, po wykluczeniu z przetargu A. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. W. z siedzibą w Z., oferującej niższą cenę usługi, z powodu nieuzupełnienia ofert o aktualne informacje w zakresie niezalegania z uiszczeniem podatków oraz opłat i składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne;
- przetarg publiczny nr (...), zorganizowany przez (...) Oddział w Ł. Rejon w O. na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych, administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w O., w latach 2013-2016, ogłoszony w dniu 11 czerwca 2012 r., a zakończony w dniu 24 sierpnia 2012 r., z którego to przetargu został wykluczony z powodu nieuzupełnienia oferty o wymagane aktualne informacje i dokumenty, potwierdzające spełnienie wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonej w specyfikacji istotnych warunków przetargu (w toku procedury P. J. przedstawił w tym zakresie jedynie zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia wiedzy i doświadczenia), skutkiem czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. J. Usługi (...) z siedzibą w Z., oferującego wyższą cenę na usługi będące przedmiotem przetargu.

E. J. prowadzi od 10 czerwca 2009 r. działalność gospodarczą pod nazwą E. J. z siedzibą w D.. Od dnia rozpoczęcia prowadzenia działalności do dnia 11 stycznia 2013 r. działalność gospodarczą prowadziła pod adresem: (...). Przeważającą część prowadzonej przez nią działalności stanowi „działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (kod (...) 01.61.Z)”. E. J. jest siostrą P. J..

E. J. w ramach prowadzonej działalności już w 2009 r. uczestniczyła w przetargu na wykaszanie traw i chwastów z pasa drogowego dróg krajowych, administrowanych przez (...) Oddział w W. Rejon w P.. W przetargu tym jej oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i zawarto z nią umowę na okres od 20 listopada 2011 r. do 20 listopada 2012 r.

Specyfikacja istotnych warunków tego przetargu wskazywała między innymi w pkt 7.4, że &&Oferta powinna zawierać prawidłowo wypełniony formularz „OFERTA” oraz następujące dokumenty i oświadczenia:

(1) Aktualny odpis z właściwego rejestru lub aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

(2) Oświadczenie, złożone zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy na formularzu wg wzoru, określonego w załączniku nr 1 „Oświadczenie”;

(3) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 2. Wykaz musi zawierać dane na temat kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia wskazanych osób, potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. Instrukcji dla Wykonawców;

(4) Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w punkcie 7.4 (3) Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował;

(5) Wykaz urządzeń i narzędzi, jakimi dysponuje Wykonawca, niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 3. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 6.2. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców;

(6) Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w punkcie 7.4(5) Wykonawca wykazał sprzęt, którym będzie dysponował;

(7) Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 4. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.3. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że wykonane usługi były wykonane należycie;

(8) Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS lub KRUS, potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

(9) Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

(10) Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert>>.

W roku rozpoczęcia prowadzenia działalności E. J. uczestniczyła również w przetargu zorganizowanym przez Zarząd Powiatu (...) w 2009 r. na „Wycinkę krzaków i odrostów krzaków w pasach drogowych dróg powiatowych na terenie Powiatu (...)”, z którego została wykluczona wobec nieuzupełnienia złożonej oferty o aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

E. J. uczestniczyła również w przetargach, działając w ramach konsorcjum firm, np. w ramach konsorcjum: 1) E. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą E. J. z siedzibą w D. 2) (...) Roboty Budowlano (...) J. K. z siedzibą w S., które uczestniczyło w przetargu nieograniczonym zorganizowanym w kwietniu 2012 r. przez (...) Oddział w W., wygrywając ten przetarg w zakresie zadania nr 16 - wykaszanie pasa drogowego dróg: (...) na terenie Obwodu Drogowego we W. nr 1, Obwodu Drogowego w S. i obwodu drogowego we W. nr 2 (przyjmowanie ofert w tym przetargu zamknięto 16 kwietnia 2012 r. o godz. 10:30).

Specyfikacja istotnych warunków tego przetargu wskazywała, w pkt 8 pod nazwą: „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY WYMAGANE DLA POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA PRZEZ WYKONAWCÓW WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NA POTWIERDZENIE, ŻE OFEROWANE DOSTAWY ODPOWIADAJĄ WYMAGANIOM ZAMAWIAJĄCEGO”, następujące wymogi dla ofert składanych w tym przetargu:

<<8.1. Na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt. 7.3 IDW należy pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp - załączyć następujące oświadczenia i dokumenty.

8.1.1 Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (Załącznik nr 1.).

8.1.2 Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, daty wykonania i odbiorców na formularzu zgodnym z treścią Załącznika nr 3. („Wiedza i doświadczenie”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.2) IDW - dotyczy Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3. Do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

8.1.3 Wykaz narzędzi wyposażenia Zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.1. („Potencjał techniczny” - dla Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 9, Zadania nr 10, Zadania nr 13) oraz formularzu zgodnym z treścią Formularza nr 3.2. („Potencjał techniczny” - dla Zadania nr 2, Zadania nr 5, Zadania nr 6, Zadania nr 7, Zadania nr 8, Zadania nr 11, Zadania nr 12, Zadania nr 14, Zadania nr 15, Zadania nr 16, Zadania nr 17, Zadania nr 18, Zadania nr 19). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.3)a).

8.1.4 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.3. („Potencjał kadrowy”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3 b) IDW.

8.1.5 Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

8.1.6 Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatni rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.4) IDW.

8.1.a. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może przedstawić wymaganych dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego w pkt 7.3.4. IDW warunku.

8.2. W sytuacji gdy, Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

8.3. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, których mowa w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, należy pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wraz z ofertą złożyć następujące dokumenty:

8.3.1. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (Załącznik nr 2) do IDW.

8.3.2. Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy

przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

8.3.3. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

8.3.4. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

8.3.5. Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1pkt. 4-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert>>.

W dniu 26 maja 2012 r. (...) (dalej: także (...)) Oddział w Ł. Rejon w Ł. ogłosiła przetarg - zamówienie na wykonanie usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej oraz sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 – 2016; zamówienie zostało podzielone na dwie części. Część pierwsza dotyczyła bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 -2016, zaś część druga dotyczyła bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 -2016.

Na miejsce składania ofert wyznaczono siedzibę (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł., ul. (...). Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 3 lipca 2012 roku, godz. 10:00. Specyfika istotnych warunków zamówienia (zwana SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej (...) w dniu 26 maja 2012 r.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 3 lipca 2012 r. o godz. 10:00 w siedzibie (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł., ul. (...). Zgodnie z art. 96 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, oferty z chwilą otwarcia stały się jawne. Startujący w przetargu mogli więc zapoznać się z ofertami swoich konkurentów.

Na część pierwszą przetargu dotyczącą bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 -2016, wpłynęło 5 ofert. Były to oferty:

1. Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w D. i (...) Firma Produkcyjno– Handlowa z siedzibą w D., które zaoferowało wykonanie usługi w cenie brutto 5 810 087,40 zł;
2. Konsorcjum: lider: (...) Sp. z o.o., z siedzibą w Ł. partner: (...) P. P. z siedzibą w B. i partner: (...) z siedzibą w Ł., które zaoferowało wykonanie usługi w cenie brutto 4 191 439,02 zł;
3. Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi (...) z siedzibą w Z. (...), który zaoferował wykonanie usługi w cenie 4 758 304,80 zł;
4. E. J., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą E. J. z siedzibą w Z. (...), obecnie siedziba w D.), która zaoferowała wykonanie usługi w cenie 3 536 058,00 zł;
5. P. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. J. z siedzibą w Z. (...), który zaoferował wykonanie usługi w cenie 4 143 252,00 zł.

Składając wskazane powyżej oferty zarówno P. J., jak i E. J. przedłożyli zobowiązanie do udzielenia wiedzy i doświadczenia podpisane przez przedsiębiorcę J. J..

W dniu 23 lipca 2012 r. (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. wezwał E. J. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 - 2016, w terminie do dnia 27 lipca 2012 r. do godz. 12:00 w formie faksowej lub elektronicznej, a następnie w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

W zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w przetargu (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. stwierdził braki w przekazanej przez E. J. ofercie i wezwał między innymi do uzupełnienia:

- wymaganego zgodnie z pkt 8.3.3. Instrukcji wykonawców aktualnego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- wymaganego zgodnie z punktem 8.3.4. Instrukcji dla Wykonawców aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na Ubezpieczenie Zdrowotne i Społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu-wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- wymaganej zgodnie z pkt 8.1.5. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gdzie Wykonawca posiada rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy. Informacja powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - w celu wskazania spełnienia warunku opisanego w pkt. 7.2.4. IDW;

- wymaganej zgodnie z pkt 8.1.1. Instrukcji dla Wykonawców (IDW);
- oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp (Formularz 3.1.1.);

W dniu 27 lipca 2012 r. E. J. uzupełniła złożoną ofertę o wyjaśnienia i dokumenty, przy czym przedłożyła zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek, wydane w dniu 10 lutego 2012 r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w B., wydane w dniu 14 lutego 2012 roku.

Do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w dniu 23 lipca 2012 r. został wezwany również P. J., który w wykonaniu wezwania zamawiającego prawidłowo uzupełnił ofertę.

W dniu 16 sierpnia 2012 r. (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. poinformował wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do przetargu na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 - 2016 o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z informacji tej wynikało, że ww. przetarg wygrał przedsiębiorca P. J.. Oferta powyższego wykonawcy zawierała najniższą cenę brutto w wysokości 4.143.252,00 zł i uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. 100 punktów.

Z przetargu została wykluczona oferta E. J.. Przyczyną wykluczenia było nieuzupełnienie oferty przetargowej o:

(i) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na

raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz

(ii) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Postanowieniem z dnia 12 lipca 2013 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie podejrzenia zawarcia na krajowym rynku usług bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy P. J., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą P. J. z siedzibą w Z. a E. J., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą E. J. z siedzibą w D. (do listopada 2012 z siedzibą w Z.), polegającego na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego nr (...), organizowanego przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł., na usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. w latach 2013 – 2016, warunków składanych ofert i zasad postępowania umożliwiających wykluczenie z przetargu E. J. i wygranie przetargu przez P. J., oferującego wyższą cenę na usługi, będące przedmiotem przetargu, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt. 7 uokik.

W toku prowadzonych czynności wyjaśniających ustalono, iż Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w T. wydał E. J. zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek w następujących terminach: 9 maja 2012 r. i 17 sierpnia 2012 r., a Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. wydał E. J. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach w dniu 14 maja 2012 r. i w dniu 20 sierpnia 2012 r.

W wyniku przeprowadzonego postępowania Prezes UOKiK wydał zaskarżoną decyzję.

W 2012 roku P. J. uzyskał przychód z prowadzonej działalności gospodarczej w kwocie 598 375,97 zł. W tym samym roku E. J. uzyskała przychód z działalności gospodarczej w kwocie 651 404,31 zł.

Zdaniem Sądu Okręgowego w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji zważył, 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.

Powołując się na treść przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik i art. 4 pkt 5 lit. b uokik, Sąd Okręgowy wskazał, że za zmwę przetargową uznaje się zarówno ustalenia dotyczące warunków składania ofert, uzgadniane przed przystąpieniem do przetargu i przed jego rozstrzygnięciem, jak i niewymienione *expressis verbis* w dyspozycji powołanych przepisów ustalenia dotyczące sposobu uczestniczenia w przetargu. Sąd pierwszej instancji podniósł przy tym, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny za uzgodnienia przetargowe dotyczące sposobu uczestnictwa w przetargu uznaje się m. in. zobowiązanie do nieuczestniczenia w przetargu, zobowiązanie do złożenia dodatkowych ofert, stanowiących „tło” dla oferty przeznaczonej do wybrania, zobowiązanie do uczestniczenia w systemie rotacyjnego przystępowania do ofert, jak również uzgodnienia związane z alokacją ofert w przetargach. Ustalenia co do alokacji ofert w przetargu mogą zaś polegać na tym, iż wybrane oferty będą zawierały braki formalne, a co za tym idzie zostaną wykluczone z przetargu, bądź też, że będą to oferty mniej korzystne od oferty „zwycięskiej”. Sąd Okręgowy podniósł jednocześnie, że ze zmwą przetargową mamy do czynienia wtedy, gdy przedsiębiorcy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby np. zachować się w określony sposób (np. popełnić błędy

formalne, skutkujące wykluczeniem z przetargu w celu wypromowania innego jego uczestnika, oferującego wyższą cenę).

Sąd pierwszej instancji zwrócił również uwagę, że zmowy przetargowe stanowią jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, skoro nie ma do nich zastosowania art. 7 ust. 1 uokik. Mogą one przy tym 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. Zdaniem Sądu Okręgowego, uzgodnienia tego typu godzą w istotę instytucji przetargu, który – z punktu widzenia rozwoju konkurencji – jest jedną z najbardziej korzystnych form wyłaniania kontrahentów.

Sąd pierwszej instancji zwrócił jednocześnie uwagę, że wykazanie zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, skoro w przeważającej ilości przypadków podmioty dokonujące uzgodnienia, z uwagi na świadomość bezprawności swoich działań, starają się zachować swoje działania w tajemnicy. Z tych też względów – jak zważył Sąd Okręgowy - zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, przyjmuje się obniżone standardy dowodowe dla tej kategorii spraw i jako dopuszczalne uznaje się dowodzenie na podstawie dowodów pośrednich, co w praktyce sprowadza się do zastosowania tzw. wzruszalnych domniemań faktycznych, polegających na wywodzeniu określonych faktów z innych ustalonych dowodów.

Wskazując na powyższe, Sąd Okręgowy zważył, iż na kanwie niniejszej sprawy przedmiotem sporu pomiędzy stronami nie był ani (i) rynek właściwy, ani (ii) status przedsiębiorcy stron. Istota sporu sprowadzała się zaś do ustalenia, czy Prezes UOKiK, opierając się o dowody pośrednie, miał podstawy przyjąć, iż doszło do uzgodnienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b uokik pomiędzy powodem a zainteresowaną E. J..

Sąd pierwszej instancji wskazał w tym aspekcie, iż zgodnie ze stanowiskiem powoda okoliczność istnienia porozumienia pomiędzy nim a E. J. w zakresie koordynowania działań w przetargu nieograniczonym nr (...), zorganizowanym przez (...) w Ł. Oddział w Ł., została wywiedziona przez organ jedynie z faktu istnienia pokrewieństwa pomiędzy powodem, a E. J. oraz z faktu prowadzenia przez nich działalności pod tym samym adresem. Powód wywodził przy tym, że w toku postępowania administracyjnego organ nie zdołał ustalić z całą pewnością, iż strony rzeczywiście się kontaktowały; nie uwzględnił przy tym wyjaśnień E. J. i P. J. na okoliczność, że przedsiębiorcy nie utrzymują ze sobą kontaktów, zaś wykluczenie E. J. z przetargu, stanowiącego przedmiot postępowania antymonopolowego, było jedynie efektem jej błędu. SOKiK stanął na stanowisku, że podstawą do stwierdzenia przez Prezesa UOKiK, iż doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy P. J. a E. J. były wszystkie okoliczności, szczegółowo wymienione w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, przy jednoczesnym braku okoliczności, tłumaczących racjonalne zachowanie stron postępowania w toku pięciu wskazanych przetargów.

W ocenie Sądu pierwszej instancji podstawy do stwierdzenia, iż wykluczenie E. J. ze spornego przetargu było efektem błędu nie mogły stanowić zeznania stron, w szczególności zeznania zainteresowanej E. J., które Sąd ocenił jako niewiarygodne. Sąd wskazał, iż E. J. pomimo młodego wieku, w dniu otwarcia ofert w spornym przetargu posiadała doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie utrzymania zieleni, a w toku prowadzonej działalności uczestniczyła m. in. w przetargach zorganizowanych przez Oddziały (...) w P. i W. oraz przetargu zorganizowanym przez Zarząd Powiatu (...), w którym - podobnie jak w przypadku spornego przetargu - została wykluczona z powodu niezłożenia odpowiednich oświadczeń. Ponadto, Sąd pierwszej instancji miał na uwadze, że jeszcze przed rozpoczęciem własnej działalności zainteresowana pomagała w prowadzeniu działalności gospodarczej ojcu, który wykonywał usługi w zakresie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej w rejonie zarządzanym przez Oddział (...) w Ł. Rejon w Ł. (zeznania E. J. 0:17:53 – 0:18:40). W przekonaniu Sądu Okręgowego, powinna ona zatem mieć świadomość konieczności przedłożenia dużej ilości dokumentów spełniających wymogi, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też krótkich terminów na ewentualne uzupełnienie tych braków, a tym samym winna dołożyć należytej staranności w przygotowaniu oferty, zwłaszcza, iż jak podkreśliła w swoich zeznaniach, była szczególnie zainteresowana świadczeniem usług w rejonie Ł. (zeznania E. J., 0:17:57 – 0:18:00). W ocenie Sądu pierwszej instancji jako nielogiczne jawiło się zachowanie młodego przedsiębiorcy, który ubiegając się o uzyskanie kontraktu w szczególnie interesującej go lokalizacji, wiązał go się z uzyskaniem środków finansowych

znacznej wysokości (3 536 058 zł), nie kompletuje w sposób wymagany dokumentów, stanowiących załącznik do oferty, a wezwany do uzupełnienia braków ich nie uzupełnia, pomimo, iż w krótkim okresie przed ogłoszeniem przetargu, wymaganymi dokumentami dysponował. Opierając się o zasady doświadczenia życiowego Sąd pierwszej instancji zważył, iż oferent szczególnie zainteresowany przedmiotem przetargu, nawet legitymujący się niewielkim doświadczeniem w prowadzeniu działalności, celem wyeliminowania ewentualnych braków dokonuje drobiazgowego sprawdzenia sporządzonej oferty i załączonych do niej dokumentów, zwłaszcza w przypadku, gdy już z podobnych przyczyn był wykluczony z przetargów. Sąd pierwszej instancji wskazał, że zachowanie polegające na nieuzupełnieniu braków formalnych, jest szczególnie nieracjonalne w przypadku, gdy przedsiębiorca ów, z racji ujawnienia wartości ofert składanych w przetargu, jest świadomy, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w danym przetargu, a co za tym idzie, istnieje realna perspektywa uzyskiwania stałych zysków.

Sąd Okręgowy uznał za uzasadnioną konstatację Prezesa UOKiK co do istnienia porozumienia pomiędzy powodem a zainteresowaną w zakresie procedury przetargowej, ogłoszonej przez (...) Oddział w Ł. Rejon Ł. z terminem otwarcia ofert na dzień 3 lipca 2012 r. Sąd pierwszej instancji zważył, iż wykazane przez Prezesa UOKiK powiązania osobowe (fakt pokrewieństwa stron w linii bocznej); zawodowe (tożsame miejsce prowadzenia działalności w czasie, kiedy odbywał się sporny przetarg); ekonomiczne (korzystanie z doświadczenia brata J. J. zarówno przez odwołującego, jak i zainteresowaną) oraz analiza postępowania stron w innych przetargach niewątpliwie mogły stanowić logiczne przesłanki, będące podstawą do wnioskowania, iż porozumienie pomiędzy E. J., a P. J. zostało zawarte.

Sąd Okręgowy podkreślił jednocześnie, iż analiza materiału dowodowego sprawy pozwalała stwierdzić pewną prawidłowość w zachowaniu powoda i zainteresowanej - powód już wcześniej zwyciężał w przetargach po tym, jak z racji nieuzupełnienia wymaganych dokumentów wyeliminowany był przedsiębiorca powiązany z nim więzami pokrewieństwa i oferujący niższą cenę (przetarg w R.); zaś E. J. już uprzednio nie uzupełniała braków formalnych w przetargach (przetarg zorganizowany przez Zarząd Powiatu (...)), a ponadto - jak wykazano w postępowaniu dowodowym, przeprowadzonym przez Prezesa UOKiK - pomimo, iż w chwili upływu terminu do składania ofert w przetargu powinna ona dysponować zaświadczeniami, wydanymi przez Naczelnika Urzędu Skarbowego i Zakład Ubezpieczeń Społecznych, datowanymi odpowiednio na dzień 9 i 14 maja, które spełniałyby wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego przetargu, wezwana do złożenia tych dokumentów, złożyła je w wersji nieaktualnej.

W konkluzji Sąd pierwszej instancji jako niewiarygodne ocenił wywody strony powodowej, iż wykluczenie z przetargu było wynikiem błędu zainteresowanej E. J. przy uzupełnianiu oferty, skoro:

E. J.:

(i) uczestniczyła już uprzednio w przetargach, gdzie stałym elementem jest złożenie aktualnych zaświadczeń z ZUS i Urzędu Skarbowego, wystawianych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

(ii) posiadała zaświadczenia wystawiane co 3 miesiące (luty 2012 r., maj 2012 r., sierpień 2012 r.);

(iii) już raz była wykluczona z powodu nieuzupełnienia oferty o aktualne zaświadczenie, które dotyczyło wpisu do ewidencji działalności gospodarczej;

(iv) nie wystąpiła o aktualne zaświadczenia celem uzupełnienia oferty w wyznaczonym terminie przez zamawiającego, przy jednoczesnym twierdzeniu, że czas oczekiwania wynosi 7 dni;

(v) miała zawarte kontrakty z (...) Oddział w W. Rejon w P. od 20 listopada 2009 r. do 20 listopada 2012 r. (wartość robót za 2010 r. wynosiła 109 599,06 zł) oraz wygrany przetarg w konsorcjum na zadanie nr 16 (obwody drogowe W. nr 1, S. i W. nr 2 z ceną 570 722,98 zł z realizacją 36 miesięcy od daty podpisania umowy);

zaś P. J.:

(i) zakończył kontrakt z zarządem Dróg Wojewódzkich w Ł. (...) w B., trwający od maja do października 2011 r. o wartości 388 447,86 zł;

(ii) startował z udziałem członków rodziny niemal równolegle w trzech przetargach, ogłoszonych przez (...):

- Oddział w Ł. Rejon w R. (ogłoszony 28 maja 2012 r., zakończony 10 sierpnia 2012 r.), gdzie wygrał po wykluczeniu siostry A. W.;

- Oddział w Ł. Rejon w O. (ogłoszony 11 czerwca 2012 r., zakończony 24 sierpnia 2012 r.), gdzie został wykluczony, a wygrał ojciec Z. J.;

- Oddział w Ł. Rejon w Ł. (ogłoszony 26 maja 2012 r., zakończony 16 sierpnia 2012 r.), gdzie wygrał po odrzuceniu oferty siostry E. J..

W ocenie Sądu pierwszej instancji działania stron niniejszego postępowania w trakcie postępowania przetargowego (...) Oddział w Ł. Rejon w Ł. należało uznać za „ukartowane”, a konkurencja pomiędzy nimi miała charakter pozorny, ponieważ w przekonaniu Sądu z góry zaplanowano, iż w przypadku odpowiedniego uzgodnionego zachowania się, oferta droższa P. J. zastąpi ofertę tańszą E. J.. Sąd Okręgowy stwierdził, że by osiągnąć ten cel popełniono błędy formalne (tj. nie złożono wymaganych dokumentów, a następnie złożono je niezgodnie z wymaganiami zamawiającego) pomimo, że chodziło o standardowe dokumenty i uczestniczący w przetargach kompletowali je regularnie. Sąd pierwszej instancji zważył przy tym, iż jeżeli działanie miałyby rzeczywiście cechy błędu, to był to błąd łatwy do usunięcia. Tymczasem E. J. nawet nie podjęła starań w celu złożenia wymaganych dokumentów, tłumacząc nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów kolejnymi niesprawdzalnymi okolicznościami (zagubienie dokumentów wystawionych w maju 2012 r. i długie oczekiwanie na wydanie nowych).

W ocenie Sądu Okręgowego, analiza powyższych okoliczności i ocena rzeczywistych działań przedsiębiorców w sposób jednoznaczny prowadziła do wniosku, iż P. J. i E. J. zawarli zмовę przetargową. Sąd pierwszej instancji podniósł, iż analiza ofert złożonych przez P. J. i E. J. w spornym przetargu wskazywała, iż obie strony musiały być świadome, że wykluczenie z przetargu E. J. będzie skutkowało udzieleniem zamówienia powodowi, a w rezultacie uzyskaniem przez niego znacznej kwoty środków finansowych.

Sąd Okręgowy zważył, iż sporne porozumienie horyzontalne należało jednocześnie zaliczyć do jednych z najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, skoro wywołuje ono niekorzystne skutki na rynku, gdyż zniekształca rynek, ogranicza albo eliminuje na nim konkurencję, przez co narusza interes ogólnospołeczny. Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku prowadzonego przetargu wpływa negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji w rozpoznawanej sprawie rynek właściwy został opanowany przez przedsiębiorców, którzy poprzez powiązania rodzinne ułatwiali wzajemnie korzystanie z potencjału technicznego i realizacji kontraktu. Taka zaś sytuacja - jak argumentował Sąd pierwszej instancji - prowadzi z jednej strony do dominacji na rynku, utrudniającej wejście innych konkurentów bazujących na cenach rynkowych, z drugiej zaś strony skutkuje tym, iż przetarg - jako pole walki konkurencyjnej - przestaje istnieć, gdyż zмова eliminuje niepewność przedsiębiorców co do warunków działania konkurentów będących w zmovie.

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie dopatrywał się również podstaw do obniżenia kary, nałożonej przez Prezesa UOKiK. W ocenie Sądu pierwszej instancji, kara nałożona na powoda uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w żadnym razie nie przekracza stopnia zawinienia podmiotu ukaranego. Sąd Okręgowy podkreślił również, iż spełnia ona swój charakter represyjno-wychowawczy. W przekonaniu Sądu pierwszej instancji, wymiar kary, ustalony w zaskarżonej decyzji, w stopniu dostatecznym uwzględnia przy tym dyrektywy, określone w art. 111 uokik a mianowicie: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, okoliczności obciążające, a także przychody osiągnięte przez powoda. Jednocześnie zdaniem Sądu Okręgowego - przy uwzględnieniu, że powód i zainteresowana dopuścili się umyślnie praktyki, która jest jednym z najcięższych typów naruszeń konkurencji, szczególnie przy uwzględnieniu faktu, iż skutki

tej praktyki nadal trwają – wysokość nałożonej kary nie jawiła się jako nadmiernie dolegliwa. Sąd pierwszej instancji miał również na uwadze, że Prezes UOKiK mógł, stosownie do treści art. 106 uokik, wymierzyć karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu ukaranego przedsiębiorcy. Z drugiej strony Sąd Okręgowy wskazał, iż zmniejszenie wysokości kary stałoby w tym przypadku w sprzeczności z celami prewencyjnymi sankcji za niezastosowanie się przez powoda do bezwzględnie obowiązujących wymagań prawa, jak również powodowałoby niemożność realizacji celów represyjno-wychowawczych, mających za zadanie wymuszenie na ukaranym przedsiębiorstwie przestrzegania reguł prawnych w przyszłości. Sąd pierwszej instancji wskazał nadto, że powód na kanwie niniejszej sprawy nie powoływał się na trudną sytuację materialną, uniemożliwiającą uregulowanie kary, ani też nie podnosił żadnych innych okoliczności uzasadniających jej obniżenie.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy, na zasadzie art. 479³¹ § 1 k.p.c., oddalił odwołanie.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. istotne uchybienia procesowe, polegające na pominięciu argumentów powoda;
2. oparcie wyroku na niepewnych do końca stwierdzeniach, „które w pełnej argumentacji są użyte w uzasadnieniu wyroku i wypaczają sytuację zajścia”.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Jednocześnie skarżący wniósł o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja okazała się bezzasadna.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

W apelacji podniesiono zarzuty dopuszczenia się przez Sąd I instancji istotnych uchybień proceduralnych, które miały polegać na pominięciu argumentów powoda oraz oparcia wyroku „na nie pewnych do końca” stwierdzeniach.

Rdzeniem argumentacji powoda jest wskazanie, iż Sąd I Instancji przyjął, że „doszło do zмовы cenowej” dlatego, że ustalił, iż P. J. i E. J. są spokrewnieni oraz prowadzą „działalność gospodarczą pod jednym adresem” (k. 128). W apelacji podkreślono rzeczywisty charakter rywalizacji między rodzeństwem, złe relacje między siostrą a bratem oraz wskazano, iż orzeczenie opiera się na przypuszczeniach.

Analiza zaskarżonego wyroku nie potwierdza słuszności wskazanych zarzutów. Centralne miejsce w ustaleniach, na których oparł się Sąd I instancji zajmuje zwrócenie uwagi na fakt, iż zachowanie E. J. odbiegało od modelu racjonalnie działającego, nie naruszającego reguł antymonopolowych przedsiębiorcy. Słusznie SOKiK uznał, że „nie można uznać za logiczne, takiego zachowania młodego przedsiębiorcy, który ubiegając się o uzyskanie kontraktu w szczególnie interesującej go lokalizacji, wiążącego się z uzyskaniem środków finansowych w znacznej wysokości (3 563 058 zł), nie kompletuje w sposób wymagany dokumentów stanowiących załącznik do oferty, a wezwany do uzupełnienia braków ich nie uzupełnia, pomimo, iż w krótkim okresie przed ogłoszeniem przetargu, wymaganymi dokumentami dysponował. (...) Zachowanie polegające na nieuzupełnieniu braków formalnych jest zaś szczególnie nieracjonalne w przypadku, gdy przedsiębiorca ów, z racji ujawnienia wartości wskazanych ofert składanych w przetargu jest świadomy, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w danym przetargu, a co za tym idzie istnieje realna perspektywa uzyskiwania stałych zysków” (k. 119).

Opisane prawidłowo przez SOKiK zachowanie E. J. można racjonalnie wytłumaczyć jedynie zawarciem porozumienia, stwierdzonego zaskarżoną decyzją Prezesa UOKiK. Jego realizacja doprowadziła bowiem do zawarcia umowy, na podstawie której powód miał uzyskać wynagrodzenia w wysokości znacznie wyższej niż kwota, na którą opiewała jej oferta. W niniejszej sprawie jasnym jest zatem, że przedmiotowe antykonkurencyjne porozumienie szkodliwie wpłynęło na rynek.

Słusznie Sąd I instancji, oceniając niniejszą sprawę, odniósł się o innych przetargów, w których brali udział E. J. i powód. Sąd Apelacyjny przychylił się w szczególności do ustalenia Sądu I instancji, że „analiza materiału dowodowego wskazanego w aktach sprawy pozwala stwierdzić pewną prawidłowość w zachowaniu odwołującego i zainteresowanej – odwołujący już wcześniej zwyciężał w przetargach po tym jak z racji nieuzupełnienia wymaganych dokumentów wyeliminowany był przedsiębiorca powiązany z nim więzami pokrewieństwa i oferujący niższą cenę (przetarg w R.), jak również fakt, iż E. J. już uprzednio nie uzupełniała braków formalnych w przetargach” (k. 120).

Dokonana przez Sąd I instancji analiza twierdzenia, jakoby wykluczenie E. J. z przetargu było wynikiem jej niezamierzonego błędu jest prawidłowa. Zasadnie SOKiK zaakcentował fakt, iż E. J. dysponowała w przedmiotowej sferze życia gospodarczego doświadczeniem. Dzięki niemu spełnienie wymagań, którym uchybienie doprowadziło do wykluczenia jej z przetargu nie powinno być jakiegokolwiek trudności.

Istnienie rodzinnych i gospodarczych powiązań między E. J. a powodem stanowi jedynie dodatkowe wzmocnienie argumentacji Prezesa UOKiK oraz Sądu I instancji. Podkreślić należy jednak, że gdyby zachowanie E. J. nie odbiegało od modelu działania racjonalnego, nie naruszającego prawa antymonopolowego przedsiębiorcy wskazane powiązania nie uzasadniałyby stwierdzenia, iż doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

Sąd I instancji nie przekroczył, więc granic wynikających z reguły swobodnej oceny dowodów uznając, że przedsiębiorcy działają racjonalnie i stwierdzając, że pozwany naruszył zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Fakt zawarcia porozumienia stwierdzonego zaskarżoną decyzją Prezesa UOKiK nie może zatem budzić żadnych uzasadnionych wątpliwości.

Wysokość nałożonej przez Prezesa UOKiK kary z pewnością nie może być uznana za nadmierną. Podkreślić należy to, że zakwestionowane porozumienie doprowadziło do powstania poważnych szkód. Nałożona kara jest wielokrotnie niższa niż różnica między wysokościami kwot, na którą opiewały oferty złożone przez E. J. i powoda.

Zasadnie organ antymonopolowy przyjął też, że przedmiotowe naruszenie prawa antymonopolowego jest bardzo poważne i umyśle (k. 24, 25).

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał apelację za bezzasadną i orzekł, jak w sentencji, na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach rozstrzygnięto na podstawie art. 98 k.p.c., stosownie do wyniku postępowania.