

*Sygn. akt VII ACa 851/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 13 października 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie następującym:*

*Przewodniczący: SSA Tomasz Szanciło (spr.)*

*Sędziowie: SA Jan Szachulowicz*

*SO del. Dorota Wybraniec*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 13 października 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. we W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z udziałem zainteresowanych (...) S.A. we W., (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej we W., (...) sp. z o.o. we W., (...) sp. z o.o. we W. (dawniej (...) sp. z o.o. we W.), (...) S.A. we W.*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt XVII AmA 9/14*

*uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VII ACa 851/17*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 25.10.2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu), na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm., dalej: u.o.k.k.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1.07.2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 816, dalej: rozporządzenie):

I. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami: 1) (...) S.A. we W. (dalej: I.), 2) (...) S.A. we W. (dalej: I.), 3) (...) S.A. we W. (dalej: I.), 4) (...) sp. z o.o. we W. (dalej: D.), 5) (...) sp. z o.o. we W. (obecnie (...) sp. z o.o. we W., dalej: (...)), 6) (...) S.A. we W. (dalej: (...)), polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania, w przeprowadzonym w 2011 r. przez

Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) (dalej: zamawiający) postępowaniu przetargowym „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn. (...) e -Szkoła, mające na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowiło określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. praktykę ograniczającą konkurencję i stwierdził zaniechanie jej stosowania przez: I. i D. z dniem 26.10.2011 r., a I., I., (...) z dniem 15.12.2011 r.;

II. z tytułu stwierdzonego naruszenia, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., nałożył na wymienionych przedsiębiorców kary pieniężne w następującej wysokości: 1) I. – 1.717.184 zł, 2) I. – 118.895 zł, 3) I. – 88.312 zł, 4) D. – 13.341 zł, 5) (...) – 3.415 zł.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła spółka (...), zaskarżając ją w części, tj. w punkcie I oraz w punkcie II tiret pierwszy, zarzucając:

1) naruszenie art. 88 ust. 2, art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 u.o.k.k. oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego na podstawie postanowienia z dnia 28.12.2012 r., nr (...), doręczonego powodowi w dniu 4.01.2013 r., a następnie wydanie zaskarżonej decyzji, pomimo niedopuszczalności wszczęcia postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, ze względu na upływ terminu do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję w dniu 31.12.2012 r.;

2) poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, polegające na:

a) pominięciu faktu, że spółki (...), I. i I. stanowią jeden podmiot gospodarczy, a w związku z tym błędnym ustaleniu, iż doszło do zawarcia pomiędzy nimi porozumienia w rozumieniu art. 6 u.o.k.k. przez przyjęcie, że o rzekomej antykonkurencyjnej współpracy świadczą następujące fakty i okoliczności:

- gwarancje ubezpieczeniowe każdego z konsorcjum zostały wystawione jednego dnia, na ten sam okres i przez tego samego ubezpieczyciela oraz są oznaczone kolejnymi numerami porządkowymi,

- liderzy konsorcjów legitymowali się zaświadczeniami ZUS wystawionymi na ten sam dzień, oznaczonymi kolejnymi numerami lub numerami różniącymi się jedynie o kilka numerów,

- złożenie dokumentów przetargowych wszystkich konsorcjów w siedzibie zamawiającego tego samego dnia w ciągu 10 minut,

- posiadanie przez ww. spółki siedziby pod tym samym adresem,

- wystawienie przez ww. spółki wzajemnych referencji w zakresie dostarczania sprzętu komputerowego,

- udostępnianie sobie przez nie własnych opracowań (wzorów pism/szablonów),

- wzajemna komunikacja prezesów i pracowników ww. spółek,

- komunikacja ww. spółek z Kancelarią (...),

b) błędnym przyjęciu, że dostarczenie wadliwego zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z płatnościami:

- było skutkiem jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,

- miało na celu doprowadzenie do wykluczenia konsorcjum (...) z przetargu,

c) braku uwzględnienia sposobu zorganizowania konsorcjów, a w szczególności podziału zadań i swobody decyzji poszczególnych konsorcjantów,

co spowodowało błędne uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia;

3) naruszenie art. 231 i 227 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k., polegające na błędnym skonstruowaniu domniemań faktycznych poprzez:

a) oparcie wnioskowania nie o ustalone fakty, lecz domysły i nieznajdujące oparcia w materiale dowodowym hipotezy Prezesa UOKiK;

b) wyprowadzenie z ustalonych faktów wniosków, które z nich nie wynikały, a w szczególności wyprowadzenia z faktu, że pracownik I. w błędny sposób uzupełnił brak formalny w toku postępowania przetargowego, wniosku, iż w niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego;

4) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez uznanie, że pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego doszło do zawarcia opisanego w zaskarżonej decyzji niedozwolonego porozumienia, pomimo braku wypełnienia znamion przypisanej praktyki, w tym braku antykonkurencyjnego celu i skutku;

5) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez uznanie, nawet gdyby przyjąć, że do zawarcia porozumienia w niniejszej sprawie doszło, iż zarzucane porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej można uznać za naruszające zakaz, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k.;

6) naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k., skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku produktowego, poprzez:

a) przyjęcie, że mamy do czynienia z rynkiem hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, gdy w istocie z punktu widzenia szczybla obrotu rynkiem właściwym jest rynek sprzedaży detalicznej,

b) przyjęcie, że rynek dostaw sprzętu komputerowego oraz oprogramowania dla jednostek oświatowych obejmuje łącznie zarówno sprzedaż w ramach postępowań przetargowych, jak i poza nimi;

7) naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.

W oparciu o przedstawione zarzuty powód wniósł o uchylenie decyzji w całości, ewentualnie w zaskarżonej części, ewentualnie zmianę decyzji w części poprzez obniżenie wymiaru kary pieniężnej nałożonej na powoda, a w każdym z przypadków zasądzenie od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 27.10.2015 r. powód podniósł dodatkowy zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 oraz art. 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z § 4 ust. 1-3 rozporządzenia oraz przedstawił rozszerzoną argumentację zarzutu wydania zaskarżonej decyzji z naruszeniem art. 88 ust. 2, art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 u.o.k.k. oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania po upływie terminu określonego w art. 93 u.o.k.k.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 26.11.2015 r., sygn. akt XVII AmA 9/14, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: (...)) oddalił odwołanie i zasądził od I. na rzecz Prezesa UOKiK kwotę 720 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujący stan faktyczny:

Do ogłoszonego przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) w dniu 3.08.2011 r. przetargu na dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek oferty złożyły trzy utworzone w celu uczestnictwa w przetargu konsorcja, składające się z następujących spółek: I. i (...), I. i (...) oraz I. i D.. Osobną ofertę złożyła spółka (...) S.A. we W. (dalej: (...)). Spółki (...), I. i I. (liderzy konsorcjów) oraz D., (...) i (...) (konsorcjanci), na skutek powiązań osobowych i kapitałowych, są członkami dwóch odrębnych grup kapitałowych. Na podstawie porozumień prezesów

zarządów poszczególne spółki utworzyły trzy konsorcja, które w dniu 26.10.2011 r. złożyły odrębne oferty w przetargu ogłoszonym przez zamawiającego. Czwarta oferta w przetargu, złożona przez (...), wpłynęła do zamawiającego w dniu 25.10.2011 r. W dniu 26.10.2011 r., po otwarciu wszystkich czterech ofert, zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej: p.z.p.), podał do wiadomości nazwy uczestników przetargu i informacje dotyczące treści ofert, w tym ceny proponowane przez każdego oferenta, które kształtowały się następująco: konsorcjum (...) – 10.449.800 zł, konsorcjum (...) – 11.006.088,59 zł, konsorcjum (...) – 12.767.400 zł i (...) 11.333.072,40 zł. W dniu 9.11.2011 r. zamawiający wezwał trzy konsorcja do uzupełnienia braków formalnych stwierdzonych w złożonych do przetargu dokumentach przetargowych. Wszystkie konsorcja uzupełniły brakujące dokumenty. Jednak na skutek nieprawidłowego uzupełnienia braków formalnych dokumentacji, konsorcjum (...), którego oferta opiewała na najniższą cenę, zostało wykluczone z postępowania przetargowego. W związku z tym zamawiający wybrał ofertę konsorcjum (...), którego cena była drugą pod względem wysokości, lecz niższą od cen pozostałych oferentów. Spółka (...) złożyła jednak protest na czynności zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia przetargu, w którym wskazała na szereg elementów dokumentacji przetargowej i zarzuciła przedsiębiorcom należącym do trzech konsorcjów działanie w ramach zмовы przetargowej. Zdaniem (...) fakt nieskutecznego uzupełnienia przez konsorcjum (...) brakujących dokumentów świadczył o niesamodzielnym działaniu uczestników przetargu, ponieważ w innym, równoległym postępowaniu przetargowym obsługiwany przez tego samego pracownika spółki (...) analogiczne braki dokumentacji zostały usunięte prawidłowo. Pismem z dnia 8.12.2011 r. zamawiający zawiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: (...)) o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego (...). Pozostali uczestnicy postępowania przetargowego nie złożyli sprzeciwu. W związku z tym Prezes (...), na podstawie art. 186 ust. 3 p.z.p., postanowieniem z dnia 13.12.2011 r. umorzył prowadzone postępowanie odwoławcze. Pismem z dnia 15.12.2011 r. zamawiający poinformował konsorcja (...) i (...) o odrzuceniu ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., na skutek uznania, że podejmowały działania o charakterze nieuczciwej konkurencji, podtrzymał decyzję o wykluczeniu konsorcjum (...) i podał jako wybraną ofertę spółki (...).

W 2012 r. spółka (...) osiągnęła przychód w wysokości 917.299.253 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego (...) uznał, za zasadniczo dozwolone, utworzenie trzech konsorcjów przez podmioty należące do dwóch grup kapitałowych, pod warunkiem, że składane przez te konsorcja oferty będą sformułowane w sposób autonomiczny i niezależny od siebie. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że ze względu na istniejące powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy spółkami należącymi do obu grup, z których utworzone zostały trzy konsorcja, oraz kontakty z pracownikami spółek, prezesi poszczególnych spółek mieli swobodny dostęp do informacji na temat treści ofert składanych przez konsorcja, w tym również cen ustalonych w ofertach. Każde konsorcjum złożone było bowiem z dwóch podmiotów należących do odrębnych grup kapitałowych. Na działanie spółek liderów bezpośredni lub pośredni wpływ miał M. J. (1), a prezesem zarządu i właścicielem wszystkich pozostałych spółek był D. S.. Wynikające z akt administracyjnych informacje dotyczące okoliczności ustąpienia konsorcjum (...) z postępowania przetargowego wskazują na skoordynowane współdziałanie spółek na etapie przygotowania warunków ofert poszczególnych konsorcjów oraz po ogłoszeniu treści ofert. Takie współdziałanie było możliwe ze względu na istnienie powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy spółkami w każdej grupie kapitałowej. Te okoliczności zostały wywiezione z ustalonych przez Sąd I instancji faktów, w tym posiadania przez spółki należące do grupy kapitałowej jednego adresu, przedstawienie przez założone na potrzeby przetargu konsorcja gwarancji ubezpieczeniowych, wystawionych w tym samym dniu, z kolejnymi numerami porządkowymi, wzajemne udzielanie sobie referencji przez spółki będące liderami konsorcjów, przedstawienie przez liderów konsorcjów zaświadczeń ZUS wystawionych na ten sam dzień, z kolejnymi lub zbliżonymi numerami, udostępnianie członkom konsorcjów własnych szablonów pism, komunikowanie się prezesów z pracownikami spółek, prowadzenie obsługi prawnej liderów przez jedną kancelarię prawną, okoliczność, że trzy konsorcja złożyły oferty przetargowe tego samego dnia w odstępie 10 minut, powiązane z faktem, że po ujawnieniu przez zamawiającego w dniu 26.10.2011 r. treści ofert i cen, kiedy można było przewidzieć, które z trzech konsorcjów, utworzonych przez podmioty z dwóch grup kapitałowych, ma potencjalnie najwyższe szanse na wygranie przetargu, posiadający doświadczenie w przygotowywaniu dokumentów przetargowych pracownik I. wystąpił do ZUS o wydanie zaświadczenia za inny okres i złożył do dokumentacji przetargowej ten wadliwy dokument, co skutkowało wykluczeniem z udziału w

przetargu konsorcjum proponującego najtańszą ofertę i automatycznie stworzyło sytuację, w której szansę na wygranę przetargu uzyskało następne konsorcjum utworzone przez spółki należące do tych grup kapitałowych. Wszystko to uzasadnia domniemanie, że spółki tworzące konsorcja uczestniczyły w porozumieniu przetargowym, dotyczącym ustalenia stopniowo rosnących cen ofert składanych w przetargu i sposobu postępowania po ujawnieniu treści ofert w celu doprowadzenia do wygrania przetargu przez konsorcjum składające się ze spółek należących do tych samych grup kapitałowych, które przedstawiło ofertę za wyższą cenę.

Sąd Okręgowy wskazał, że porozumienia zawierane pomiędzy spółkami należącymi do jednej grupy kapitałowej są jedynie formą alokacji zadań i obowiązków pomiędzy podmioty stanowiące jeden organizm gospodarczy (single economic unit), a zatem z istoty swej nie są sprzeczne z prawem konkurencji. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego dotyczy jednak podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej, natomiast w porozumieniu objętym postępowaniem uczestniczyły spółki należące do dwóch grup kapitałowych, a prezesi zarządów spółek z obu grup komunikowali się ze sobą oraz z pracownikami spółek odpowiedzialnymi za przygotowanie warunków poszczególnych ofert, więc z racji zajmowanego stanowiska osoby te miały pełną wiedzę na temat treści ofert poszczególnych konsorcjów nawet w sytuacji, gdy pracownicy spółek należących do konkurencyjnych konsorcjów nie komunikowali się między sobą.

Wobec tego Sąd Okręgowy zważył, że spółki obu grup kapitałowych, tworzące poszczególne konsorcja uczestniczyły lub mogły uczestniczyć w postępowaniu przetargowym w warunkach daleko idącego współdziałania, co uzasadniało domniemanie, iż na określonym etapie tego postępowania, po ogłoszeniu treści warunków cenowych wszystkich uczestników przetargu, działanie prowadzące do wykluczenia z przetargu oferty najtańszej i jednoczesnego doprowadzenia do wygrania przetargu przez konsorcjum żądające wyższej ceny, ale złożone z podmiotów wchodzących w skład tych samych, co wykluczone, grup kapitałowych, było działaniem zamierzonym i celowym. Istniejące pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego porozumienie dotyczące działań przetargowych nie zostało zawarte wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej i w związku z tym było objęte zakazem zawartym w art. 6 u.o.k.k.

Sąd I instancji uznał zarzuty naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. za bezzasadne, bowiem ustalone okoliczności stanowiły podstawę do uznania za udowodnione stanowiska Prezesa UOKiK, że wymienieni w zaskarżonej decyzji przedsiębiorcy stosowali zakazaną praktykę, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Wobec tego uznał za nieskuteczne zarzuty odwołania dotyczące błędnych ustaleń faktycznych i błędnego uznania, że działanie przedsiębiorców było przejawem porozumienia antykonkurencyjnego. Podobnie oceniono zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 231 i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k.

Sąd Okręgowy uznał, że zarzut naruszenia art. 93 u.o.k.k. był nieskuteczny. Ponieważ zgodnie z art. 83 u.o.k.k. do postępowania antymonopolowego przepisy kodeksu postępowania administracyjnego mają zastosowanie jedynie w zakresie nieuregulowanym w ustawie antymonopolowej, do oceny, w jakiej dacie zostało wszczęte postępowanie w sprawie, ma zastosowanie art. 88 ust. 2 u.o.k.k., zgodnie z którym za datę wszczęcia postępowania uważa się datę wydania przez Prezesa UOKiK z urzędu postanowienia w tej kwestii, które miało miejsce przed upływem terminu przedawnienia karalności.

W ocenie Sądu I instancji z materiału dowodowego wynikało, że prowadzona przez powoda i pozostałych uczestników postępowania działalność obejmowała obszar całego kraju, co nie było również kwestionowane przez powoda. Przedsiębiorcy uczestniczyli bowiem w przetargach organizowanych przez uprawnione do tego jednostki na terenie wielu województw. Ze względu na charakter przetargów, prowadzonych zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, dotyczących hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, okoliczności dotyczące sposobu praktycznej realizacji zamówienia nie zmieniały faktu, że dotyczyło ono ilości hurtowych, a płatnikiem był zamawiający, a nie bezpośrednio jednostki oświatowe, do których w ostateczności miał trafić dostarczony sprzęt. Wobec tego rynek właściwy w aspekcie produktowym i geograficznym został wyznaczony przez Prezesa UOKiK prawidłowo. Z uwagi na treść art. 7 ust. 2 u.o.k.k. postępowanie dotyczące stosowania praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. nie podlega wyłączeniu, zatem brak było konieczności precyzyjnego wyznaczenia

rynku właściwego i badania udziału przedsiębiorców należących do obu grup kapitałowych lub udziału całych grup kapitałowych w tym rynku.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wszystkie przystępujące do przetargu spółki miały siedzibę we W., a geograficzny zasięg przetargu został wyznaczony granicami administracyjnymi województwa (...), co wynikało z zakresu kompetencji Urzędu Marszałkowskiego tego województwa i samej nazwy przetargu, przedmiotem przetargu było wyznaczenie dostawcy sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie (...) e-Szkoła. Na tej podstawie Sąd I instancji wywiódł, że naruszająca konkurencję praktyka dotyczyła wyłącznie przedsiębiorców mających siedzibę na terenie właściwości miejscowej Delegatury Urzędu we W. i nie ujawniała się na całym lub znacznej części rynku właściwego, ponieważ nie dotyczyła przedsiębiorców mających siedzibę poza terenem województwa (...), co prowadziło do uznania, że do wydania zaskarżonej decyzji przez Dyrektora Delegatury nie było konieczne udzielenie przez Prezesa UOKiK specjalnego upoważnienia, o którym mowa w art. 33 ust. 4 u.o.k.k. Zatem zarzut naruszenia art. 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z § 4 ust. 1 rozporządzenia nie był nieskuteczny.

Sąd Okręgowy uznał, że nałożona kara spełnia swoje funkcje: represyjną i prewencyjną, pozostając w zgodzie z art. 111 u.o.k.k. Kara pieniężna w wysokości 1.717.184 zł, stanowiąca równowartość około 0,187% przychodu osiągniętego przez powoda w 2012 r., nie była rażąco wygórowana, bowiem Prezes UOKiK w znacznym stopniu (80%) obniżył, ustaloną, zgodnie z art. 106 u.o.k.k., kwotę bazową, oraz wyliczoną ostatecznie karę o 35%.

Apelację od powyższego wyroku wywiódła powodowa spółka (...), zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

I. naruszenie art. 88 ust. 2, art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 u.o.k.k. oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego, pomimo niedopuszczalności wszczęcia postępowania antymonopolowego ze względu na upływ terminu do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję w dniu 31.12.2012 r.;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 ust. 1 oraz 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z art. 4 § 1-3 rozporządzenia, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, że Dyrektor Delegatury we W. ma kompetencję do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, które ujawniły się na rynku właściwym mającym charakter krajowy bez konieczności posiadania odrębnego aktu indywidualnego upoważnienia, o którym mowa w art. 268a k.p.a.;

III. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 i 3, art. 224 § 1, art. 278 § 1 i art. 187 § 2 pkt 3 w zw. z art. 227 k.p.c., mającego wpływ na wynik sprawy, poprzez pominięcie dowodów zgłoszonych przez powoda w odwołaniu:

a) dowodu z przesłuchania strony M. J. (1),

b) dowodu z przesłuchania świadka D. S.,

c) dowodu z opinii biegłego z zakresu podatków i rachunkowości na okoliczność kwoty stanowiącej przychód podatkowy (w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych) ze sprzedaży towarów i usług objętych krajowym rynkiem dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania do jednostek oświatowych na okoliczność kwoty stanowiącej przychód podatkowy (w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych) ze sprzedaży towarów i usług objętych krajowym rynkiem dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania do jednostek oświatowych,

d) zobowiązania pozwanego do wskazania i przedstawienia dokumentów (takich jak wnioski urlopowe, wykaz urlopów lub wykaz obecności) potwierdzających czy Dyrektor Delegatury UOKiK we W. – Z. J., był obecny w pracy w dniu 28.12.2012 r. oraz dniach kolejnych – do dnia 31.12.2012 r. łącznie;

IV. naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c., mającego wpływ na wynik sprawy, poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, prowadzącej do błędnych ustaleń, w zakresie:

a) wzajemnej komunikacji prezesów oraz pracowników,

b) błędnym przyjęciu, że dostarczenie wadliwego zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z płatnościami było skutkiem jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami oraz miało na celu doprowadzenie do wykluczenia konsorcjum (...) z przetargu,

c) braku uwzględnienia sposobu zorganizowania konsorcjów, a w szczególności podziału zadań i swobody decyzji poszczególnych konsorcjantów,

co skutkowało błędnym uznaniem, że w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z porozumieniem antykonkurencyjnym;

V. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 231 i 227 k.p.c., mającego wpływ na wynik sprawy, polegające na błędnym skonstruowaniu domniemań faktycznych poprzez: a) oparcie wnioskowania nie o ustalone fakty, lecz domysły i nie znajdujące oparcia w materiale dowodowym hipotezy Prezesa UOKiK, b) wyprowadzenie z ustalonych faktów wniosków, które z nich nie wynikały, a w szczególności wyprowadzenia z faktu, że pracownik I. w błędny sposób uzupełnił brak formalny w toku postępowania przetargowego, wniosku, iż w niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego;

VI. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez uznanie, że pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego doszło do zawarcia opisanego w zaskarżonej decyzji niedozwolonego porozumienia, pomimo braku wypełnienia znamion przypisanej praktyki, w tym braku antykonkurencyjnego celu;

VII. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez uznanie, nawet gdyby przyjąć, że do zawarcia porozumienia w niniejszej sprawie doszło, iż zarzucane porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej można uznać za naruszające zakaz, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k.;

VIII. naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.

Mając na względzie podniesione zarzuty, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i wydanie orzeczenia, co do istoty poprzez uchylene zaskarżonej decyzji w całości lub ewentualnie uchylene decyzji w części, tj. w punktach I i II tiret pierwszy, ewentualnie o uchylene zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, albo zmianę zaskarżonego wyroku w całości i wydanie orzeczenia, co do istoty poprzez zmianę decyzji w części, tj. punktu II tiret pierwszy, poprzez obniżenie wymiaru kary nałożonej na powoda, a w każdym wypadku o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Jednocześnie powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka D. S. i strony – M. J. (1), dowodu z opinii biegłego sądowego, a także zobowiązanie pozwanego do wskazania i przedstawienia dokumentów (takich jak wnioski urlopowe, wykaz urlopów lub wykaz obecności) potwierdzających, czy Dyrektor Delegatury UOKiK we W. – Z. J., był obecny w pracy w dniu 28.12.2012 r. oraz dniach kolejnych – do dnia 31.12.2012 r. łącznie.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna, o ile zmierzała do uchylene zaskarżonego wyroku, aczkolwiek nie wszystkie podniesione w niej zarzuty były zasadne.

Niezasadne były dwa zarzuty dotyczące nieprawidłowości wydania decyzji, bez względu na jej merytoryczną zasadność. Pierwszy zarzut dotyczył naruszenia art. 93 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania antymonopolowego, zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk

ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Instytucja przedawnienia antymonopolowego nie pozwala więc wszcząć skutecznie postępowania antymonopolowego w sytuacji upływu terminu przewidzianemu w tym przepisie.

Jest to o tyle istotne, że w niniejszej sprawie, w zaskarżonej decyzji z dnia 25.10.2013 r. Prezes UOKiK stwierdził zaniechanie stosowania przez I. praktyki ograniczającą konkurencję określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. z dniem 26.10.2011 r. Oznacza to, że termin do wszczęcia postępowania antymonopolowego upłynął w dniu 31.12.2012 r. O ile postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte w dniu 27.12.2011 r. (k. 1-1v t. 1 akt adm. głównych), to wszczęcie z urzędu postępowania antymonopolowego nastąpiło postanowieniem (...) z dnia 28.12.2012 r. (k. 1-2v t. 2 akt adm. głównych), przy czym zawiadomienie o wszczęciu tego postępowania, datowane na dzień 31.12.2012 r., zostało nadane przez pozwanego w dniu 3.01.2013 r., a doręczone powodowej spółce w dniu następnym (k. 3-4 t. 2 akt adm. głównych, k. 82). Z tego faktu powód wywodził, powołując się na orzecznictwo sądów administracyjnych i zasady prawa karnego, że wiążące jest wprowadzenie postanowienia do obrotu, ujawnienie przez organ decyzji, co należy wiązać z datą doręczenia postanowienia stronie.

Nie negując powołanego w apelacji (a wcześniej w odwołaniu) orzecznictwa, trzeba zauważyć, że odnosi się ono do ogólnych zasad postępowania administracyjnego, wynikających z kodeksu postępowania administracyjnego. Tymczasem zgodnie z art. 83 u.o.k.k. przepisy tego kodeksu stosuje się wyłącznie w sprawach nieuregulowanych w ustawie antymonopolowej, poza kwestiami dowodowymi, do których stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego (art. 84 u.o.k.k.).

W doktrynie został wyrażony pogląd, aczkolwiek bez szerszego uzasadnienia, że dla dochowania terminu z art. 93 u.o.k.k. istotna jest data wydania postanowienia o wszczęciu postępowania na podstawie art. 49 ustawy (zob. D. Miąsik, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2014, pkt C Nb 11 do art. 93). Rozwijając ten pogląd należy wskazać, że bieg terminu przedawnienia określonego w art. 93 u.o.k.k. przerywa wydanie przez Prezesa UOKiK postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Datą wydania postanowienia w tym przedmiocie jest data podpisania postanowienia przez Prezesa UOKiK albo upoważnionego przez niego pracownika. Nie ma tu zastosowania (co do postępowań antymonopolowych w sprawie antykonkurencyjnych praktyk) zasada wynikająca z art. 61 § 3 k.p.a. Zgodnie z tym przepisem datą wszczęcia postępowania na żądanie strony jest dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej, podczas gdy przepisy ustawy antymonopolowej w ogóle nie przewidują wszczynania postępowań na wniosek. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, za żądanie wszczęcia postępowania w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego nie może być uznane złożenie przez dany podmiot zawiadomienia o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (art. 86 u.o.k.k.). Jest to bowiem sprzeczne z celowościową wykładnią tego przepisu, albowiem złożenie takiego zawiadomienia nie jest wiążące dla Prezesa UOKiK, gdyż nie jest to wniosek, a bardziej skarga, mająca być impulsem do podjęcia w wypadku jej zasadności określonych działań (zob. C. Banasiński, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, pod red. C. Banasińskiego, E. Pionka, Warszawa 2009, teza 4 do art. 93). Nie można stawiać znaku równości między wnioskiem o wszczęcie postępowania administracyjnego a zawiadomieniem z ustawy antymonopolowej. Inny jest cel i istota tych dwóch instytucji.

Trzeba zauważyć, że wykładnia przedstawiona przez powoda, gdy w praktyce postępowań antymonopolowych mamy do czynienia zwykle z wielostronnymi porozumieniami antykonkurencyjnymi, prowadziłyby do poważnych wątpliwości interpretacyjnych i zaprzeczałyby zasadzie pewności prawa. Przede wszystkim prowadziłyby do niemożności ustalenia daty wszczęcia postępowania antymonopolowego. Jeżeli wszczęcie postępowania nastąpiłoby pod koniec roku kalendarzowego, ostatniego, w którym mogło to nastąpić, a następnie postanowienie podlega doręczeniu uczestnikom porozumienia, to jednemu przedsiębiorcy mogłoby zostać doręczone jeszcze w tym samym roku, a drugiemu w kolejnym roku.

Po pierwsze, powstałby problem, data którego doręczenia powinna zostać uznana za datę wszczęcia postępowania. Jest to istotne również z tej przyczyny, że w takiej sytuacji pozwany odpowiadałby za nieprawidłowości w doręczeniu niezależne od niego, np. za niewłaściwe funkcjonowanie operatora pocztowego, w tym zaginięcie przesyłki, o czym



mógłby nawet nie wiedzieć, jak i za uchylanie się przez przedsiębiorcę od odbioru przesyłki z postanowieniem. Podkreślić zaś trzeba, że czym innym jest wszczęcie postępowania antymonopolowego, a czym innym procesowe skutki postanowienia w stosunku do strony.

Po drugie, we wskazanej powyżej sytuacji w stosunku do jednego przedsiębiorcy powstałby skutek wszczęcia postępowania w terminie, zaś w stosunku do drugiego termin zostałyby przekroczone, co skutkowałoby przedawnieniem zarzutów. Skutkiem powinno być umorzenie postępowania antymonopolowego, gdyż jeśli chodzi o porozumienia z art. 6 u.o.k.k. jest to praktyka jednolita, a więc porozumienie powinno być traktowane jako całość. Zatem nawet gdyby postanowienie zostało doręczone prawidłowo niemal wszystkim uczestnikom porozumienia, a jednemu nie, chociażby dlatego, że nie odebrał on postanowienia, nie byłoby możliwe wszczęcie postępowania antymonopolowego. Oczywistym jest, że takie rozwiązanie przeczyłoby celowości i istocie tego postępowania. Szczególna regulacja w ustawie antymonopolowej ma na celu określenie jednolitego dnia wszczęcia postępowania antymonopolowego dla wszystkich uczestników postępowania, co wprowadza gwarancję równego ich traktowania.

Nie zasługuje więc na aprobatę pogląd (...) przedstawiony w wyroku z dnia 4.05.2006 r. (XVII Ama 119/04, LexPolonica nr 1402240), że nie ma uzasadnienia stanowisko, iż do wszczęcia postępowania antymonopolowego dochodzi w dacie wydania postanowienia, gdyż skoro postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczynane na wniosek, należy odwołać się do unormowań zawartych w kodeksie postępowania administracyjnego, tj. do art. 61 § 3 (ten pogląd podtrzymał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6.02.2007 r., VI ACa 810/06, niepubl.). Jak wskazano, aktualnie obowiązująca ustawa nie przewiduje wszczynania postępowań na wniosek, a poza tym trzeba mieć na względzie treść powołanego wcześniej art. 83 u.o.k.k. Nie ulega wątpliwości, że kwestia wszczynania postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest uregulowana w ustawie w sposób kompleksowy. Świadczy o tym również treść art. 88 ust. 2 u.o.k.k., zgodnie z którym Prezes Urzędu wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego i zawiadamia o tym strony. Oznacza to, że pierwszą czynnością pozwanego jest rozpoczęcie postępowania, czyli wydanie postanowienia w tym przedmiocie, a następną zawiadomienie o tym fakcie stron. Należy zwrócić uwagę, że gdyby Prezes UOKiK nie wydał postanowienia, a więc nie wszczął postępowania antymonopolowego, nie byłoby o czym zawiadamiać stron, a więc przepis byłby pusty i nie miałby normatywnej treści. Strony postępowania antymonopolowego są zatem informowane o tym, że postępowanie zostało już wszczęte, a nie że taki jest dopiero cel czy zamiar organu.

Słusznie więc podkreśla się w doktrynie, że ustawa antymonopolowa, w odróżnieniu od art. 61 k.p.a., formalizuje sposób wszczęcia postępowania. Forma takiego postanowienia nie jest bowiem wymagana przy wszczęciu postępowania administracyjnego toczącego się wyłącznie na podstawie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Przepisy tego kodeksu nie regulują kwestii formy wszczęcia takiego postępowania; wymagane jest jedynie zawiadomienie osób będących stronami w sprawie (zob. J. Krüger, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Warszawa 2016, komentarz do art. 88; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, teza 2 do art. 88). W konsekwencji art. 88 ust. 2 u.o.k.k. wyłącza możliwość zastosowania art. 61 § 4 k.p.a., a to z uwagi na treść art. 83 u.o.k.k. Nie zmienia tego odwołanie się w orzecznictwie do prawa karnego, gdyż nie dochodzi tu do naruszenia uprawnień stron w postępowaniu antymonopolowym. Oczywiście nie jest wykluczona kwestia tzw. antydatowania postanowienia, jednak nie jest to argument, który miałby przemawiać za przyjęciem teorii doręczenia. Natomiast strona ma możliwość, jeżeli podejrzewa zaistnienie takiej sytuacji, zgłoszenia stosownych wniosków dowodowych, co też miało miejsce w niniejszej sprawie.

O ile zatem przepisy kodeksu postępowania administracyjnego nie przewidują w ogóle wydawania postanowienia o wszczęciu postępowania, a organ administracji publicznej, wszczynając postępowanie, jedynie zawiadamia o tym strony, to w przypadku postępowań prowadzonych przed Prezesem UOKiK ustawodawca zawarł uregulowanie szczególne i przewidział wydawanie przez organ postanowienia o wszczęciu postępowania (pierwsza czynność organu), a następnie zawiadomienie o wszczęciu postępowania stron tego postępowania (druga czynność organu).

Prawidłowo więc zwrócił uwagę Sąd I instancji, że postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK ma specyficzny charakter, gdyż może dotyczyć podejmowanych przez przedsiębiorców niejawnych działań, co powoduje, że zamiar wszczęcia tego postępowania powinien być, do czasu wydania postanowienia, utrzymywany w tajemnicy. Przyjęcie zasady, że datą wszczęcia postępowania jest data doręczenia postanowienia, eliminowałoby ważny w takich postępowaniach element zaskoczenia i uniemożliwiłoby Prezesowi UOKiK wykonywanie w praktyce obowiązków nałożonych na niego przez ustawę. Także ten argument, odwołujący się do interesu publicznego, przemawia za przyjęciem daty wydania postanowienia jako daty wszczęcia postępowania.

Tak więc niezasadny był zarzut naruszenia art. 93 u.o.k.k. (w powiązaniu z innymi przepisami), gdyż skoro wszczęcie postępowania antymonopolowego nastąpiło w dniu 28.12.2012 r., a więc w dacie wydania postanowienia w tym przedmiocie (z uwzględnieniem jednej kwestii, o której będzie mowa poniżej), to nastąpiło to przed upływem terminu przewidzianego w tym przepisie.

Drugą kwestią podnoszoną przez powoda był brak upoważnienia dla Dyrektora Delegatury do wydania decyzji o wszczęciu postępowania antymonopolowego, co miało skutkować jej nieważnością, w związku z wydaniem decyzji bez podstawy prawnej (art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a.).

Jak wskazano, podstawą postępowania w niniejszej sprawie było postanowienie nr (...) Prezesa UOKiK Delegatury we W. z dnia 28.12.2012 r. o wszczęciu z urzędu postępowania antymonopolowego, podpisane przez Z. J. – dyrektora Delegatury (k. 1-2v t. 2 akt adm. głównych). Na datę tego postanowienia, zgodnie z art. 33 ust. 4-6 u.o.k.k., delegatury Urzędu, oprócz spraw należących do ich właściwości, mogły załatwiać inne sprawy przekazane im przez Prezesa Urzędu. W szczególności uzasadnionych przypadkach Prezes Urzędu mógł sprawę należącą do właściwości delegatury przejąć lub przekazać do załatwienia innej delegaturze Urzędu albo sprawę należącą do swojej właściwości przekazać do załatwienia wskazanej delegaturze. Decyzje i postanowienia w sprawach z zakresu właściwości delegatur oraz w sprawach przekazanych do załatwienia przez Prezesa Urzędu dyrektorzy delegatur wydawali w imieniu Prezesa Urzędu. Natomiast zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia, również w brzmieniu na datę postanowienia, jeżeli praktyki ograniczające konkurencję ujawniły się na całym lub znacznej części rynku krajowego, właściwy w tych sprawach był Prezes UOKiK – Centrala w W.. Zasada wynikała jednak z ustępu 1 tego paragrafu, a więc postępowania antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję prowadziła delegatura właściwa miejscowo ze względu na siedziby stron tych postępowań.

Z powyższego wynika, że dla przyjęcia właściwości Centrali (...) niezbędne było ujawnienie się praktyk przynajmniej na znacznej części rynku krajowego. Tymczasem o ile w zaskarżonej decyzji wskazano, że chodzi o praktykę ograniczającą konkurencję „na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych”, to już w odwołaniu strona powodowa podnosiła, że rynek został nieprawidłowo określony, gdyż chodziło o rynek lokalny. Z takim poglądem należało się zgodzić, albowiem praktyka ujawniła się na rynku o charakterze lokalnym. Wynika to z faktu, że przedmiotem przetargu ogłoszonego przez Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) było wyznaczenie dostawcy sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie „(...) e-Szkoła. Już tylko ten opis zamówienia świadczył o tym, że zasięg porozumienia mógł być ograniczony wyłącznie do określonego rynku geograficznego. Co więcej, do przetargu przystąpili jedynie przedsiębiorcy mający siedzibę we W.. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 5.02.2015 r. (III SK 46/14, Legalis nr 1187420), skoro przepis stanowi o „ujawnianiu się” stosowanych przez przedsiębiorcę praktyk, nie chodzi w nim stosowanie praktyki na rynku właściwym obejmującym terytorium całego kraju lub na jego znacznej części, lecz o takie praktyki, które ujawniają się na rynku właściwym mającym charakter krajowy bądź na znacznej części tak wyznaczonego rynku właściwego, utożsamiając to sformułowanie ze skutkami praktyki.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że chociaż w zaskarżonej decyzji wskazano na rynek krajowy, to prawidłowa kwalifikacja powinna dotyczyć rynku lokalnego. Decyzja odnosiła się de facto do tego ostatniego rynku, w związku z czym spełniony został warunek określony w § 4 ust. 1 rozporządzenia, a nie zachodził wyjątek wynikający z jego ustępu 2.

Poza tym należy wskazać, że wyrokiem z dnia 5.10.2017 r., wydanym w sprawie VI ACa 733/16, Sąd Apelacyjny zmienił wyrok wydany przez Sąd Okręgowy w sprawie XVII AmA 10/14, toczącej się z odwołania I. w odniesieniu do tej samej decyzji – co prawda w sentencji została wskazana decyzja nr (...) z dnia 25.10.2013 r., jednak była to decyzja nr (...), o czym świadczy oznaczenie stron procesu, w tym zainteresowanych, jak również oświadczenia stron złożone na rozprawie apelacyjnej (w orzeczeniu z dnia 5.10.2017 r. znalazła się więc oczywista omyłka pisarska). Tym wyrokiem ta decyzja Prezesa UOKiK została zmieniona w punkcie pierwszym w zakresie określenia rynku właściwego z „krajowego rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych” na „lokalny rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...)”. To orzeczenie jako prawomocne wiąże zarówno strony, jak i inne sądy oraz organy (art. 365 § 1 k.p.c.). W związku z tym w dacie orzekania w niniejszej sprawie decyzja miała zmienioną treść – w odniesieniu do rynku praktyki, co dodatkowo przesądza o niezasadności stanowiska powoda. Niemniej i bez tej zmiany nie miał zastosowania § 4 ust. 2 rozporządzenia, a w konsekwencji do wydania zaskarżonej decyzji przez Dyrektora Delegatury we W. nie było konieczne udzielenie przez Prezesa UOKiK upoważnienia.

W konsekwencji nie był zasadny zarzut powoda naruszenia art. 10 ust. 1 oraz 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z § 4 ust. 1-3 rozporządzenia.

Niniejsza sprawa dotyczy porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., zgodnie z którym 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 (tzw. zmowa przetargowa). Jednocześnie nie miał zastosowania art. 6 ust. 2 u.o.k.k. – wyłączenie z art. 7 nie mogło mieć miejsca chociażby ze względu na treść ust. 3 tego artykułu (tożsamego z ust. 2, obowiązującym w dacie wydania decyzji; zob. też A. Jurkowska-Gomułka, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2014, s. 324), natomiast aby miał zastosowanie art. 8 ust. 1 u.o.k.k., przedsiębiorca musi wykazać jednoczesne wystąpienie okoliczności, o których mowa w tym przepisie (ust. 2). Takiego dowodu powód nie przedstawił, nie podnosił nawet tych okoliczności.

Sprawa dotyczyła porozumienia zawartego pomiędzy sześcioma spółkami z dwóch grup kapitałowych. Zmowy przetargowe pomiędzy konkurentami, podobnie jak porozumienia cenowe i porozumienia polegające na podziale rynku, należą do najcięższych naruszeń prawa konkurencji i są zakazane bez względu na udział przedsiębiorców w rynku. Tego rodzaju porozumienia zostały uznane przez ustawodawcę za takie, których celem jest ograniczenie konkurencji i nie jest konieczne, by wywołały one na rynku negatywne skutki (zob. np. K. Kohutek, w: Ustawa o ochronie..., s. 287).

Niezasadny był zarzut, jakoby nie mogło dojść do zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy spółkami, które należą do tej samej grupy kapitałowej (tzw. doktryna jednolitego organizmu gospodarczego). Wystarczy tylko wskazać na sytuację, w której takie spółki ustalają wspólnie sztywną cenę zbytu produktów lub oferowanych usług. W takiej sytuacji doszłoby niewątpliwie do zawarcia kartelu w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Oczywiście do tego zagadnienia należy podejść z dozą ostrożności, nie wykluczając jednak możliwości zawarcia przez takie spółki niedozwolonego porozumienia. Co więcej, doktryna jednolitego organizmu gospodarczego nie może mieć w sprawie zastosowania, gdyż może odnosić się, co najwyżej, do działań i uzgodnień w ramach grupy kapitałowej, a nie uzgodnień dokonywanych z innymi przedsiębiorcami. Niewątpliwie grupa kapitałowa może zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję z inną grupą kapitałową, czy też innymi niezależnymi przedsiębiorcami. Zmową w ujęciu horyzontalnym jest porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji (zob. np. wyrok (...) z dnia 10.06.2016 r., KIO 858/16, Legalis nr 1501687). I chociaż art. 24 ust. 2 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy

kapitałowej, w rozumieniu ustawy antymonopolowej, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, obowiązywał w okresie 20.02.2013 r. – 28.07.2016 r., nie oznacza to, że spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej są wyłączone spod obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie jest bowiem zasadne twierdzenie, że prawidłowa i zgodna z zasadami wynikającymi z tej ustawy, przy uwzględnieniu treści jej art. 6 ust. 1 pkt 7, jest sytuacja, w której przedsiębiorcy, którzy są ze sobą powiązani kapitałowo lub osobowo (współpracują), złożą w postępowaniu przetargowym dwie rzekomo konkurencyjne oferty. Istotne jest bowiem zachowanie przedsiębiorców i dokonywane między nimi czynności. W tym przedmiocie należało zgodzić się więc z wywodami Sądu Okręgowego.

Przechodząc do pozostałych zarzutów powoda, nie sposób odmówić im racji.

W kontekście powyższych rozważań, należy odnieść się do zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w zakresie merytorycznym, a więc odnośnie do zawarcia zarzucanego porozumienia, tj. poza omówionymi powyżej kwestiami. Uzasadnienie wyroku w tym zakresie sprowadza się w zasadzie do powtórzenia za Prezesem Urzędu, że za istnieniem porozumienia przemawiają takie fakty, jak: posiadanie przez spółki należące do grupy kapitałowej jednego adresu, przedstawienie przez założone na potrzeby przetargu konsorcja gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w tym samym dniu z kolejnymi numerami porządkowymi, wzajemne udzielanie sobie referencji przez spółki będące liderami konsorcjów, przedstawienie przez liderów konsorcjów zaświadczeń ZUS wystawione na ten sam dzień z kolejnymi lub zbliżonymi numerami, udostępnianie członkom konsorcjów własnych szablonów pism, komunikowanie się prezesów z pracownikami spółek, prowadzenie obsługi prawnej liderów przez jedną kancelarię prawną, oraz okoliczność, że trzy konsorcja złożyły oferty przetargowe tego samego dnia w odstępie 10 minut, a nadto że po ujawnieniu przez zamawiającego w dniu 26.10.2011 r. treści ofert i cen, kiedy można było przewidzieć, które z trzech konsorcjów, utworzonych przez podmioty z dwóch grup kapitałowych, ma potencjalnie najwyższe szanse na wygranie przetargu, posiadający doświadczenie w przygotowywaniu dokumentów przetargowych pracownik I. wystąpił do ZUS o wydanie zaświadczenia za inny okres i złożył do dokumentacji przetargowej ten wadliwy dokument, co skutkowało wykluczeniem z udziału w przetargu konsorcjum proponującego najtańszą ofertę i automatycznie stworzyło sytuację, w której szansę na wygranie przetargu uzyskało następnie konsorcjum utworzone przez spółki należące do tych grup kapitałowych. Do tego Sąd Okręgowy jeszcze podkreślił, że jak trafnie wskazał pozwany, osoba składająca zaświadczenie wystawione przez ZUS była doświadczonym pracownikiem, do którego obowiązków służbowych należało m.in. przygotowanie i składanie dokumentów w postępowaniu przetargowym, a w równoległym prowadzonym postępowaniu przetargowym ten sam pracownik nie popełnił takiego błędu i złożył prawidłowe zaświadczenie, a więc przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego trudno przyjąć, że do nieprawidłowego usunięcia braku formalnego dokumentacji przetargowej doszło wyłącznie na skutek pomyłki pracownika, szczególnie w sytuacji, gdy prowadziło to automatycznie do wykluczenia najtańszej oferty, która była najkorzystniejsza dla zamawiającego.

Na tym w zasadzie zakończyły się wywody Sądu I instancji, jeśli chodzi o ustalenie faktu zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia (poza rozważeniami odnośnie do możliwości zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia w ramach grupy kapitałowej). Nie sposób zgodzić się z poglądem prezentowanym przez pozwanego, że „Sąd I instancji dokonał wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego”. Zacytowane wywody zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowią w zasadzie powtórzenie stanowiska pozwanego, a i to w ograniczonym zakresie, gdyż tylko wymienione zostały okoliczności, które miałyby świadczyć o zawarciu porozumienia. Tymczasem w orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że postępowanie z zakresu ochrony konsumentów ma charakter hybrydalny – łączący w sobie dominujące w nim elementy sądowego postępowania pierwszoinstancyjnego z pewnymi elementami drugoinstancyjnej kontroli decyzji administracyjnej. Wyrok (...) rozstrzyga bowiem o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, eliminując ją z obrotu prawnego, bądź utrzymując w obrocie prawnym w dotychczasowej lub zmienionej postaci. Dopiero wniesienie odwołania powoduje wszczęcie postępowania sądowego na zasadach postępowania kontradyktoryjnego, bowiem poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej (zob. np. wyroki SN: z dnia 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87, z dnia 24.10.2002 r. I CKN 1465/00, Legalis nr 59279 i z dnia 24.01.2012 r., III SK 23/11, Lex nr 1129350; wyrok SA w Warszawie z

dnia 8.03.2012 r., VI ACa 1150/11, Legalis nr 532600). Zatem skoro odwołanie wszczęło dopiero kontradiktoryjne postępowanie cywilne, gdyż poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkowało jedynie dopuszczalność drogi sądowej, to niewątpliwie Sąd Okręgowy powinien osądzić sprawę od początku. Charakter postępowania administracyjnego wyklucza możliwość oparcia orzeczenia jedynie na ustaleniach organu administracyjnego (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 31.05.2011 r., VI ACa 1299/10, Legalis nr 393889).

W szczególności zasadny był zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 k.p.c., poprzez pominięcie dowodów zgłoszonych przez powoda w odwołaniu wniosków dowodowych z przesłuchania stron (zawnioskowany jako dowód z przesłuchania strony powodowej), z przesłuchania świadka D. S. oraz brak zobowiązania pozwanego do wskazania i przedstawienia wymienionych dokumentów (wniosek urlopowy, wykaz urlopów lub wykaz obecności).

Sąd rozpoznający sprawę może oddalić wniosek dowodowy, gdy podlega on prekluzji dowodowej (np. art. 207 § 6 k.p.c.), jest z mocy ustawy niedopuszczalny (np. art. 259 k.p.c.), nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności, niemożliwy do przeprowadzenia lub gdy został zgłoszony jedynie w celu działania na zwłokę (art. 217 § 3 k.p.c.). Należy także podkreślić, że w świetle utrwalonej linii orzeczniczej, sąd może pominąć zgłoszone wnioski dowodowe lub odstąpić od przeprowadzenia dopuszczonych dowodów, jeżeli okoliczności sprawy zostały już dostatecznie wyjaśnione (art. 217 § 3 k.p.c.), tzn. wtedy, gdy chodzi o dowody na okoliczności, które zostały już wyjaśnione zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy (zob. np. wyroki SN: z dnia 30.5.2007 r., IV CSK 41/07, Legalis nr 1336540, z dnia 30.5.2008 r., III CSK 344/07, Legalis nr 127063 i z dnia 17.4.2008 r., I CSK 543/07, OSNC 2009, Nr B, poz. 44). Tymczasem Sąd Okręgowy wydał na rozprawie postanowienie oddalające wnioski dowodowe (na marginesie, nie sposób ustalić, czy wszystkie, a więc również co do dokumentów i zobowiązania pozwanego do przedłożenia dokumentów, czy tylko osobowe i z opinii biegłego sądowego, gdyż tych dotyczy uzasadnienie), wskazując, że „znajdujące się w aktach sprawy informacje nie były kwestionowane przez pozwanego i są wystarczające dla oceny zasadności zaskarżonej decyzji, a w sprawie nie zaistniała potrzeba korzystania z informacji specjalnych”. Nie sposób jednak ustalić, które informacje „nie były sporne”, zdaniem Sądu I instancji, skoro powód kwestionował większość okoliczności leżących u podstaw wydania zaskarżonej decyzji, a więc które miały wpływ na ustalenie, że doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Trzeba tu wskazać na okoliczności, na jakie miały być słuchane strony, tj.: zasad funkcjonowania spółek (...), I. i I. i praktyki w zakresie podejmowania decyzji, ustalonego sposobu pracy nad ofertami w ramach poszczególnych konsorcjów i braku wymiany informacji pomiędzy poszczególnymi spółkami, okoliczności związanych z błędem popełnionym przez pracownika Pana P. B. oraz powodów odstąpienia od złożenia sprzeciwu przez konsorcjum (...). Te okoliczności miały niewątpliwie na celu wykazanie, że nie doszło do zawarcia zarzucanego porozumienia, a więc wykazanie okoliczności przeciwnych do przyjętych przez pozwanego, a następnie przez Sąd Okręgowy, a Sąd ten oddalił ten wniosek, powołując się na okoliczności przeciwnie, a więc niekorzystne dla strony zgłaszającej wniosek, mimo braku sięgnięcia po oferowane środki dowodowe w tym zakresie.

Ten sam wniosek dotyczy kolejnego wniosku dowodowego, tj. dowodu z przesłuchania świadka D. S., który miał zeznawać m.in. na okoliczność ustalonego sposobu pracy nad ofertami w ramach poszczególnych konsorcjów i braku wymiany informacji pomiędzy poszczególnymi spółkami. Analogicznie, jeżeli Sąd I instancji przyjął, powielając stanowisko Prezesa UOKiK, że powód konsultował ofertę z pozostałymi spółkami spoza konsorcjum, następowała wymiana informacji, kontakty między przedstawicielami spółek itd., nie miał prawa oddalić wniosku dowodowego, który – w założeniu zgłaszającej strony – miał wykazać okoliczności całkowicie przeciwnie.

Jeśli chodzi o ostatni z ww. wniosków, miał on dotyczyć potwierdzenia, czy Dyrektor Delegatury UOKiK we W. (Z. J.) był obecny w pracy w dniu 28.12.2012 r. oraz dniach kolejnych do 31.12.2012 r. włącznie. Niewątpliwie Sąd I instancji nie zobowiązał pozwanego do przedłożenia takich dokumentów. Jak wskazano powyżej, decydujące dla ustalenia, czy doszło do przedawnienia antymonopolowego ma data podpisania postanowienia w przedmiocie wszczęcia postępowania. Istotne więc było ustalenie, czy do wydania postanowienia nr (...) doszło w dniu 28.12.2012 r., czy już w 2013 r., skoro strona powodowa zarzuciła możliwość ewentualnego antydatowania postanowienia, aby został zachowany termin z art. 93 u.o.k.k., i tę okoliczność chciała wykazać (zgodnie z art. 6 k.c.). Należy podkreślić, że wszystkie powyższe wywody odnośnie do zastosowania tego przepisu są aktualne w sytuacji, gdy postanowienie

wszczynające postępowanie dowodowe zostało wydane faktycznie w dniu 28.12.2012 r., czego Sąd Apelacyjny nie ma podstaw kwestionować na tym etapie postępowania, co jednak nie oznacza, że powód nie może wykazać okoliczności przeciwnej, a co miałyby znaczenie dla możliwości wszczęcia postępowania antymonopolowego.

Natomiast zasadnie został oddalony wniosek dowodowy co do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność kwoty stanowiącej przychód podatkowy ze sprzedaży towarów i usług objętych krajowym rynkiem dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania do jednostek oświatowych. Aczkolwiek Sąd I instancji nie uzasadnił konkretnie swojego stanowiska w tym przedmiocie, to należy wskazać, że powód podnosił, już na etapie postępowania administracyjnego, ale również w postępowaniu sądowym, iż przychód ze sprzedaży na krajowym rynku dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania do jednostek oświatowych wyniósł 394.175,30 zł. Ta okoliczność nie była kwestionowana przez pozwanego, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. Inną zaś kwestią jest, czy ta okoliczność powinna mieć wpływ na wysokość kary pieniężnej.

Należy podkreślić, że zasady sądowego postępowania dowodowego zostały ukształtowane tak, aby zapewnić stronom postępowania możliwość wyrażania stanowiska odnośnie do podstaw rekonstrukcji faktycznej podstawy rozstrzygnięcia sprawy i zgłaszania stosownych wniosków dowodowych. Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a zatem – jak podkreśla się w orzecznictwie – z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Nie sposób dokonać takiej oceny, jeżeli Sąd I instancji nie przeprowadził postępowania dowodowego, gdyż za takie nie można uznać powołanie się w uzasadnieniu zaskarżonego na kilka dokumentów: złożonych ofert (k. 39, 55, 69 załącznika do akt głównych), informacji o wykluczeniu oferty (k. 265 t. 1 akt adm. głównych) oraz protestu (...) (k. 8 t.1 akt adm. głównych). Już część ustalająca stan faktyczny budzi wątpliwości, gdyż nie wynika w niej w żaden sposób, czy Sąd ten ustalił, że doszło do zawarcia zarzucanego porozumienia, czy też nie. Niemniej przede wszystkim Sąd Okręgowy nie dokonał jakiegokolwiek oceny materiału dowodowego. Można tu wskazać na np.:

1) protokół kontroli w I. (k. 60-61 t. 1 akt adm. głównych):

a) zał. nr 1 (k. 66-69 t. 1 akt adm. głównych) – wyjaśnienia r. pr. M. J. (2):

- „Wzór pełnomocnictwa został sporządzony przez kancelarię. Jest to wzór, który jest stosowany we wszystkich postępowaniach przetargowych. Ze względu na to, że pełnomocnictwa w tym przypadku były udzielane przez konsorcjum, za ich wypełnienie odpowiadała kancelaria, błędny NIP to wynik pomyłki.” (pkt 9),

- „Główną przyczyną odstąpienia od złożenia sprzeciwu przez I. były względy ekonomiczne (wzrost cen w związku z klęską żywnościową w Tajlandii) i nagonka w prasie na firmę w związku z tym przetargiem. W przypadku realizacji zamówienia, wydaje mi się, że mogliśmy ponieść nawet stratę.” (pkt 11),

b) zał. nr 1 (k. 70-73 t. 1 akt adm. głównych) – wyjaśnienia M. S., dyrektora ds. projektów i przetargów publicznych:

- „Sprzeciwu moja firma nie wniosła z racji zajmowanej pozycji, o ile pamiętam, byliśmy na 3-4 pozycji.” (pkt 10);

2) protokół kontroli w I. (k. 108-109 t. 1 akt adm. głównych):

a) zał. nr 1 (k. 103-106 t. 1 akt adm. głównych) – wyjaśnienia K. C., prezesa zarządu:

- „Błąd w pełnomocnictwie wynikał prawdopodobnie z tego, że nasze spółki obsługuje ta sama kancelaria.” (pkt 8).

- „Powodem odstąpienia od złożenia sprzeciwu były przyczyny ekonomiczne: kurs dolara i powódź w Tajlandii, skąd nasz dostawca zaopatrywał się w twarde dyski. Ceny wzrosły o kilkadziesiąt procent, nie było też pewności ciągłości dostaw.” (pkt 10).

Te wszystkie kwestie były podnoszone przez powoda w odwołaniu, w tym istotna – z punktu widzenia zaprzeczenia podstaw wydania zaskarżonej decyzji – zmiana kursu dolara, na co został przedstawiony wykres, który miał potwierdzać te wyjaśnienia osób słuchanych podczas kontroli. Jak podnosiła strona powodowa, cena rynkowa mniej popularnych dysków 2,5", wykorzystywanych w oferowanych notebookach w dniu kalkulacji, wynosiła 38,39 USD, natomiast w dniu 11.12.2011 r. już ponad 81,20 USD. Niemniej ta kwestia nie podlegała żadnej ocenie Sądu I instancji, nie jest nawet wiadome, czy Sąd ten to rozważał, czy też nie. Dodatkowo m.in. tego zagadnienia miał dotyczyć również dowód z przesłuchania stron.

Do odwołania zostały załączone dokumenty, które miały świadczyć (według powoda), że działanie P. B. stanowiło ludzki błąd, a dotyczące ukarania go w dniu 25.11.2011 r. karą upomnienia i nieprzyznanie mu premii uznaniowej: upomnienie z tego dnia wraz z wezwaniem pracownika do złożenia wyjaśnień i wniosków o niekaranie pracownika karą porządkową (załączniki nr 9 i 10 do odwołania). Do tego, jak wskazano, został zawnioskowany dowód z przesłuchania strony. Tę kwestię Sąd I instancji skwitował jedynie, że przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego trudno przyjąć, że do nieprawidłowego usunięcia braku formalnej dokumentacji przetargowej doszło wyłącznie na skutek pomyłki doświadczonego pracownika, szczególnie w sytuacji, gdy prowadziło to automatycznie do wykluczenia najtańszej oferty, która była najkorzystniejsza dla zamawiającego. Nie kwestionując samego wniosku, trzeba zauważyć, że jest on zdecydowanie przedczesny, albowiem Sąd I instancji w ogóle nie ocenił wskazanych dowodów, tj. czy nie dał im wiary, czy też uznał je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, i z jakich ewentualnie przyczyn. Nie odniósł się również do zarzutów powoda, że w przeszłości spółki były już wykluczane z przetargów w wyniku braków formalnych złożonych przez nich ofert, co wynikałoby z odpowiedzi spółek z dnia 17 i 18.03.2013 r., załączonych do akt administracyjnych, jak również podnoszonej kwestii „mylącej redakcji wezwania do uzupełnienia braków nr (...)”, które miałyby dotyczyć przedłożenia „aktualnego” zaświadczenia właściwego oddziału ZUS.

Powód przedłożył również pismo Biura (...) sp. z o.o. we W. z dnia 12.11.2013 r., z którego miało wynikać, że zlecenia ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej wpłynęły odrębnie od spółek (k. 84). Tymczasem jedną z okoliczności świadczących (według pozwanego) o zawarciu omawianego porozumienia, było to, że gwarancje ubezpieczeniowe zostały wystawione tego samego dnia (25.10.2011 r.), na ten sam okres (26.10-25.12.2011 r.), przez tego samego ubezpieczyciela i oznaczone kolejnymi numerami. Także ta kwestia nie była przedmiotem jakiegokolwiek analizy ze strony Sądu I instancji.

O ile bezsporne w niniejszej sprawie było wystąpienie następujących okoliczności, które według Prezesa UOKiK miały świadczyć o porozumieniu (s. 17-19, 35-42 decyzji, k. 138v-139v):

- 1) powiązania osobowe i kapitałowe oraz rozdzielanie powiązanych spółek na układ 1 + 1;
- 2) nieprawidłowe uzupełnienie braku przez I. – (...);
- 3) błąd w pełnomocnictwie do reprezentowania I. – (...) – dla (...) wpisano NIP spółki (...);
- 4) w formularzu ofertowym (...) wpisano dla I. N. spółki (...);
- 5) pełnomocnictwa złożone do ofert wszystkich konsorcjów zawierały te same błędy merytoryczne: nieprawidłowy Dz.U. dla p.z.p. i uprawnienie pełnomocników do składania protestów, gdy ten środek ochrony prawnej został zlikwidowany;
- 6) dokument „Wykaz dostaw” dla wszystkich konsorcjów: ten sam układ graficzny i czcionka;
- 7) oferty niewiele różniły się od siebie;
- 8) wzajemnie wystawione listy referencyjne przez liderów konsorcjów;

9) gwarancje ubezpieczeniowe wystawione tego samego dnia (25.10.2011 r.), na ten sam okres (26.10-25.12.2011 r.) przez tego samego ubezpieczyciela, oznaczone kolejnymi numerami;

10) data i godzina wpływu ofert do zamawiającego;

11) dokumenty stwierdzające niezaleganie przez wykonawców z opłatami na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne wystawione przez ZUS jednego dnia (23.08.2011 r.);

12) obsługa przez jedną kancelarię, a w zasadzie jedną osobę (r. pr. M. J. (2))

13) siedziby spółek (po trzy) pod tym samym adresem;

14) D., (...) i (...) obsługuje wspólny sekretariat;

to sporne były okoliczności, w jakich wystąpiły fakty opisane w punktach 2-7, 9-11, jak również to, aby osoba z punktu 14 miała dostęp do danych ofert pozostałych konsorcjów i że wzajemne kontakty między pracownikami występowały, a tym bardziej, aby dotyczyły one omawianego przetargu. W zasadzie, co do żadnego z powyższych punktów Sąd Okręgowy ani nie przeprowadził postępowania dowodowego, ani nie dokonał rozważań, które miałyby świadczyć o zawartym porozumieniu. Jest to tym bardziej istotne, że te okoliczności stanowiłyby podstawę domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.), co oznacza, że aby mógł z nich zostać wyciągnięty wniosek o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia, powinny zostać bezspornie ustalone w świetle całokształtu materiału dowodowego, tj. dowodów zawnioskowanych przez strony, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.).

Z uwagi na wszystkie powyższe okoliczności, w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z nierozpoznanie istoty sprawy. Do uchylenia wyroku i przekazania sprawy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. może dojść wtedy, gdy istnieją procesowe przeciwwskazania do wydania wyroku reformatoryjnego, co należy rozpatrywać w aspekcie okoliczności danej sprawy (zob. np. wyrok SN z dnia 9.01.2014 r., V CSK 84/13, Lex nr 1446461), gdyż zasadą jest wydanie wyroku reformatoryjnego. Podstawami wskazanymi w tym przepisie są nierozpoznanie istoty sprawy lub konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi m.in. wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu I instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania, albo merytorycznych zarzutów strony, przez podstawienie przyjmując, że istnieje przesłanka materialno-prawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Dochodzi więc do niego również w sytuacji, gdy sąd I instancji nie rozpozna (pominie) merytoryczne zarzuty stron, które wpływają na treść żądania pozwu (zob. np. wyrok SN z dnia 24.09.1998 r., II CKN 897/97, Lex 34232). Nierozpoznanie istoty sprawy rodzi konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, w przeciwnym razie strony byłyby pozbawione jednej merytorycznej instancji (zob. T. Ereciński w: T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2007, t. 2, s. 147).

Sąd I instancji nie rozpoznał więc wszystkich twierdzeń i zarzutów stron, które były istotne dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, tj. nie odniósł się do szeregu zarzutów powoda dotyczących kwestii zawarcia zarzucanego porozumienia. Tak naprawdę nie odniósł się do praktycznie żadnego. Poza tym, jak wskazano, nie przeprowadził właściwego postępowania dowodowego, oddalając zasadne wnioski dowodowe strony powodowej. W okolicznościach niniejszej sprawy, mając na uwadze przedmiot sporu i okoliczności podnoszone przez powoda, przeprowadzenie tych dowodów oznacza konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, szczególnie mając na uwadze, że zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd I instancji w ogóle nie ocenił, a więc nie przeprowadził postępowania dowodowego chociażby w odniesieniu do przedstawionych przez strony dokumentów.

W tym miejscu trzeba podkreślić, że podstawowych czynności procesowych nie powinien przeprowadzać sąd odwoławczy, który ma przede wszystkim skontrolować prawidłowość przeprowadzenia przez sąd pierwszej instancji postępowania rozpoznawczego i zastosowanych przepisów prawa materialnego. Przed sądem drugiej instancji, w ramach zasady pełnej apelacji, można uzupełnić postępowanie dowodowe, ale nie doprowadzać do zastępowania



w tym sądu pierwszoinstancyjnego (zob. postanowienie SN z dnia 9.01.2014 r., V CZ 80/13, Lex nr 1433618). Jest to o tyle istotne, że przeprowadzenie istotnych dowodów przez sąd drugiej instancji, sprowadziłoby niniejszy proces do postępowania jednoinstancyjnego, gdyż strony zostałyby pozbawione możliwości kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie. Nie chodzi tu bowiem o uzupełnienie postępowania dowodowego, ale właśnie o jego przeprowadzenie, prowadzące do możliwości podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. Przyjęcie przeciwnego wniosku naruszałoby konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności postępowania cywilnego.

W niniejszej sprawie wystąpiły więc obydwie przesłanki do wydania wyroku kasatoryjnego. Tylko na marginesie trzeba dodatkowo wskazać, że zaskarżony wyrok nie poddaje się tak naprawdę kontroli instancyjnej, gdyż nie spełnia wymogów określonych w art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. Innymi słowy, chodzi o uchybienia w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane. Jak była o tym mowa, uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera wskazania dowodów, na których Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie i przyczyn, dla których nie dał wiary innym dowodom i którym. Nie sposób ustalić motywów, jakimi kierował się Sąd Okręgowy w tym przedmiocie.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji zobowiąże pozwanego do przedłożenia dokumentów, które miałyby potwierdzić obecność lub nieobecność Dyrektora Delegatury we W., podpisującego postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, w pracy w okresie 28-31.12.2012 r., przeprowadzi dowody osobowe w postaci przesłuchania zawnioskowanego świadka oraz stron, ewentualnie powoda, jeżeli strona pozwana wniesie o ograniczenie tego dowodu w trybie art. 302 § 1 k.p.c. Przeprowadzi również właściwe postępowanie dowodowe, co do dowodów z dokumentów zgłoszonych przez powoda w postępowaniu sądowym. Po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego Sąd I instancji oceni zebrany w sprawie materiał dowodowy i ustalić stan faktyczny, ze wskazaniem dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których, ewentualnie, innym dowodom nie dał wiary (art. 328 § 2 k.p.c.), a następnie dokona subsumpcji norm prawna materialnego w kontekście ustalonego stanu faktycznego. Dopiero wtedy będzie możliwe ustalenie, czy faktycznie zaszły okoliczności wskazane w decyzji, które świadczyłyby o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia z udziałem spółki (...).

Należy podkreślić, że Sąd Apelacyjny nie przesądza, że porozumienia objęte zaskarżoną decyzją nie zostało zawarte z udziałem I.. Jednak taki wniosek jest przedwczesny, a możliwy będzie ewentualnie do wysnucia po prawidłowym przeprowadzeniu postępowania dowodowego i ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego na podstawie art. 233 § 1 k.p.c., od czego Sąd I instancji się uchylił. Nie sposób bowiem uznać, że strona nie ma możliwości przedstawienia w postępowaniu cywilnym swojego stanowiska oraz dowodów na jego poparcie, zaś do sądu rozpoznającego sprawę należy ocena materiału dowodowego przy zastosowaniu wytycznych wynikających z tego przepisu.

Jeżeli po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd Okręgowy uzna, że decyzja w zakresie punktu I była prawidłowo, powinien również odnieść się do kwestii kary pieniężnej nałożonej na I., w szczególności podniesionego przez spółkę zarzutu w zakresie konieczności uwzględnienia jej działalności gospodarczej w wielu sektorach i niewielkiego przychodu z działalności, której dotyczyła decyzja. W tym przedmiocie Sąd I instancji się nie wypowiedział, podczas gdy w orzecznictwie przyjmuje się, że przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej nie ma obowiązku odnoszenia górnej ustawowej granicy zagrożenia karą pieniężną do przychodu uzyskiwanego z tytułu działalności sankcjonowanej karą, co oznacza, że w przypadku przedsiębiorstw wielobranżowych kara pieniężna może konsumować, a nawet przewyższać, przychody z działalności przedsiębiorcy, z tego segmentu rynku, na którym dopuścił się naruszenia. Niemniej, w konkretnych okolicznościach, taka kara może zostać uznana za nieproporcjonalną (zob. wyrok SN z dnia 10.08.2016 r., III SK 45/15, Lex nr 2117655). Pamiętać bowiem należy, że sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie

wymierzanej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary (zob. wyrok SN z dnia 15.05.2014 r., III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156).

Dodatkowo trzeba wskazać, że odwołanie dotyczy całości decyzji, podczas gdy nie wszystkie podpunkty punktu II decyzji odnoszą się do powoda. Sąd I instancji powinien więc rozważyć także, czy spółce (...) faktycznie przysługuje gravamen do zaskarżenia decyzji w całości (por. uchwałę 7 sędziów SN – zasadę prawną z dnia 15.05.2014 r., III CZP 88/13, OSNC 2014, nr 11, poz. 108).

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał, że zachodziły przesłanki zastosowania art. 386 § 4 k.p.c., w konsekwencji czego zaskarżony wyrok podlegał uchyleniu do ponownego rozpoznania. Jednocześnie o kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na podstawie art. 108 § 2 k.p.c.