

*Sygn. akt VI A Ca 179/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 14 listopada 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Agata Zajac (spr.)*

*Sędziowie: SA Ewa Stefańska*

*SO del. Marian Kociolek*

*Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Pawłowska*

*po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2014 r. w Warszawie*

*sprawy z powództwa J. K.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W.*

*z udziałem zainteresowanej M. K.*

*o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 3 października 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmA 137/11*

**1. oddala apelację;**

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

Sygn. akt VI ACa 179/14

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 27 lipca 2011 r. nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: Prezes UOKiK)

1. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte na lokalnych rynkach usług dowozu uczniów do placówek oświatowych na obszarze Gminy S. i Gminy W. pomiędzy M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Producyjno-Handlowo-Usługowa (...) z siedzibą w S. oraz J. K. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma Producyjno-Handlowo-Usługowa (...) z siedzibą w S., polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do przetargów publicznych prowadzonych przez Gminę S. i Gminę W. na dowóz uczniów z terenu tych gmin do placówek oświatowych w roku 2010 i 2011, warunków składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych przetargów, poprzez rezygnację z zawarcia umowy lub nieuzupełnienie dokumentacji przetargowej i doprowadzenie w ten sposób do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował

wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 14 grudnia 2010 r.

2. nałożył karę pieniężną:

- na M. K. w kwocie 1059 zł

- na J. K. w kwocie 18 415 zł

3. obciążył przedsiębiorców kosztami postępowania w kwotach po 29 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wnieśli J. K. i M. K..

Odwołanie M. K. zostało odrzucone prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 grudnia 2011 r. sygn. akt XVII AmA 138/11.

J. K. w swoim odwołaniu podniósł, że decyzja jest krzywdząca, niezgodna ze stanem faktycznym, a zebrane dokumenty zostały przeanalizowane bardzo pobieżnie i bez przeprowadzenia koniecznego postępowania dowodowego, nie było zmiany cenowej, tylko firma powoda spełniała wszystkie warunki specyfikacji, żeby wygrać przetarg, powód poniósł straty finansowe w związku z powodzią w 2010 r., zaś nałożona kara stanowi 50% jego rocznych dochodów.

Wyrokiem z dnia 3 października 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

M. K. i powód są małżeństwem, prowadzą odrębną działalność gospodarczą pod wspólnym adresem w zakresie transportu lądowego pasażerskiego miejskiego i podmiejskiego, posiadają licencje na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, przy czym powód posiada własny park samochodowy i warsztat mechaniczny oraz zatrudnia 12 kierowców, zaś jego żona wynajmuje tabor samochodowy z kierowcą od męża.

M. K. w 2009 r. wygrała przetarg ogłoszony przez Gminę W. 7 sierpnia 2009 r. na przewóz uczniów własnym transportem na trasie oznaczonej nr (...).

W ramach przetargu prowadzonego przez Gminę W. na dowóz szkolny dzieci i młodzieży do placówek oświatowych w roku szkolnym 2010/2011 przedmiot zamówienia został podzielony na 8 różnych tras, w tym jedna trasa dotyczyła przewozu użyzonym od Gminy gimbusem, pozostałe – transportem własnym, o wyborze oferty najkorzystniejszej decydowała najniższa cena brutto za 1 km przewozu.

Oferty złożyło 5 przedsiębiorców, z których żaden nie został wykluczony i żadna oferta nie została odrzucona, w tym J. K. i M. K., którzy indywidualnie złożyli odrębne oferty na wszystkie trasy.

M. K. zaoferowała najniższą cenę na 5 trasach. Na trasie nr (...) (przewóz wykonywany użyzonym gimbusem) drugą w kolejności ofertę złożył J. K., a M. K. bezpośrednio po odczytaniu złożonych ofert zrezygnowała z zawarcia umowy na tę trasę, wobec czego przetarg w tym zakresie wygrał J. K..

W przetargu prowadzonym przez Gminę S. na dowóz uczniów do szkół i placówek w okresie od 4 stycznia 2010 r. do 25 czerwca 2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej decydowała najniższa cena brutto za 1 km przewozu.

Oferty złożyło trzech wykonawców, w tym powód i M. K., zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2,85 zł brutto, oferowane ceny: M. K. 2,70 zł, J. K. – 2,80 zł, trzeci wykonawca – 4,15 zł. M. K. nie uzupełniła wymaganych dokumentów – nie przedstawiła licencji oraz potwierdzenia wykonania co najmniej 1 usługi podobnej o wartości złożonej oferty, która była wykonana należyście. W konsekwencji została wykluczona a jej oferta odrzucona, a przetarg wygrał J. K..

W przetargu prowadzonym przez Gminę S. na dowóz uczniów do szkół i placówek w okresie od 3 stycznia 2011 r. do 22 grudnia 2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej zdecydowała najniższa cena brutto za 1 km przewozu.

Do przetargu przystąpiło dwu wykonawców: powód i M. K., zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 3,07 zł brutto, oferowane ceny: M. K. 2,85 zł, J. K. – 3,07 zł. M. K. nie uzupełniła wymaganych dokumentów – nie przedstawiła licencji oraz potwierdzenia wykonania co najmniej 1 usługi podobnej o wartości złożonej oferty, która była wykonana należycie. W konsekwencji została wykluczona a jej oferta odrzucona, zaś przetarg wygrał J. K..

W toku postępowania zainteresowana M. K. wyjaśniła, że zrezygnowała z zawarcia umowy z uwag na zły stan techniczny gimbusa

i że nie spełniała wymogów stawianych w pozostałych przetargach.

M. K. osiągnęła w 2010 r. przychód w wysokości 53 472,12 zł, a J. K. – 933 055,44 zł.

W postępowaniu administracyjnym powód nie skorzystał z możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Powód nie zaprzeczył ustalonym faktom, a jedynie zakwestionował ich ocenę.

Powód i zainteresowana są odrębnymi przedsiębiorcami, zaś składając w tym samym czasie oferty przetargowe konkurowali ze sobą.

Powód i zainteresowana, składając oferty o różnych cenach, swoim działaniem doprowadzali do wyboru oferty powoda, która w każdym przypadku wskazywała cenę wyższą niż oferta zainteresowanej.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można wytłumaczyć rezygnacji zainteresowanej z zawarcia umowy co do trasy nr (...) inaczej jak zamiarem wpłynięcia na ostateczny wynik przetargu, świadczy o tym rezygnacja bezpośrednio po ogłoszeniu wyników.

Oceniając sytuacje związane z nieuzupełnieniem przez zainteresowaną dokumentacji wymaganej w ramach przetargów Sąd Okręgowy wskazał, że zainteresowana posiadała niewątpliwie żadaną licencję, a w 2009 r. wygrała przetarg i była w trakcie jego realizacji, mimo to nie podjęła nawet próby przedłożenia referencji.

W ocenie Sądu Okręgowego rozpoczęcie przez zainteresowaną działalności gospodarczej posłużyło do manipulacji przy wygrywaniu przetargów przez powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że zmowa przetargowa nie podlega wyłączeniu z uwagi na bagatelność i jest to jeden z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień.

Nałożoną karę Sąd Okręgowy uznał za odpowiednią wskazując, iż stanowi ona 1,98% przychodu powoda, tj. 19,8% maksymalnego wymiaru kary.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

- błędną interpretację, niewłaściwe i stronnicze interpretowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i k.p.a.

- naruszenie przepisów postępowania przez pominięcie przez sąd zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych i tym samym błędne ustalenie stanu faktycznego.

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne i które znajdują pełne oparcie w zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego dowodach, w szczególności dokumentach dotyczących przebiegu przetargów, w ramach których ofert składali powód i zainteresowana.

Podniesiony w apelacji zarzut wadliwości ustaleń faktycznych nie został odniesionych do żadnych konkretnych ustaleń Sądu I instancji, zaś uzasadnieniem tego zarzutu jest wyłącznie wskazanie przez skarżącego, że zainteresowana nie była w stanie wygrać żadnego z przetargów w których składała oferty.

Ta okoliczność została wyjaśniona przez Sąd Okręgowy, który wskazał, iż zainteresowana wygrała jeden przetarg i realizowała przedmiot zamówienia, ponadto we wszystkich postępowaniach składane przez nią ofert zawierały najniższe ceny, co w sytuacji gdy jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena, prowadziło do wygrania każdego przetargu. bezsporne jest przy tym, że w ramach przetargu organizowanego przez Gminę W. zainteresowana złożyła najkorzystniejszą ofertę dotyczącą trasy nr (...), zaś jedynym powodem zawarcia umowy na realizację zamówienia w tym zakresie była rezygnacja zainteresowanej z zawarcia umowy bezpośrednio po dokonaniu przez zamawiającego czynności otwarcia ofert.

Biorąc pod uwagę fakt, iż powód i zainteresowana są małżeństwem i prowadzą odrębnie działalność gospodarczą pod wspólnym adresem, składanie przez nich ofert pozornie konkurencyjnych, w których zawsze cenę niższą oferowała zainteresowana, a następnie podejmowanie działań prowadzących do wyboru jako najkorzystniejszej oferty powoda, wypełniało definicję zakazanego porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie ceny.

Za zupełnie bezzasadne należy uznać podniesione w apelacji zarzuty dotyczące pominięcia zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych, gdyż ani w postępowaniu administracyjnym, ani w toku postępowania przed Sądem I instancji powód takich wniosków nie zgłaszał.

Z treści art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że podstawą ustalenia wysokości kary jest przychód osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Niewątpliwie zaś wymierzona kara powinna mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, powinna bowiem przyczynić się do zapewnienia trwałego zapobiegania próbom pojawienia się w przyszłości sprzecznych z ustawą zachowań, kara musi być zatem ustalona w wysokości odczuwalnej dla przedsiębiorcy.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że określając wymiar kary Prezes UOKiK uwzględnił przesłanki wynikające z art. 111 ustawy, w szczególności kara jest proporcjonalna do przewinienia, przy uwzględnieniu charakteru naruszenia i daleko idących negatywnych skutków wynikających z zawarcia zmywy przetargowej dla wolności konkurencji oraz uczciwej gry rynkowej.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.