

Sygn. akt VIA Ca 1953/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Jacek Sadowski (spr.)

Sędzia SA – Aldona Wapińska

Sędzia SO (del.) – Marian Kociołek

Protokolant: – sekr. sąd. Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa S. R. i D. R.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 7 października 2013 r.

sygn. akt XVII AmA 181/11

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI Aca 1953/13

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 6 września 2011 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. Uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, i nakazał zaniechanie jej stosowania – zawarcie przez D. R., prowadzącą działalność gospodarczą jako Firma (...) w B. oraz S. R., prowadzącego działalność gospodarczą jako Firma (...), porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych, organizowanych przez zarządców dróg gminnych, powiatowych lub wojewódzkich, na wykonanie lub utrzymanie oznakowania pionowego lub poziomego dróg lub urządzeń bezpieczeństwa drogowego bądź dostawę znaków lub urządzeń bezpieczeństwa drogowego, warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku przetargów czynności, i doprowadzanie w ten sposób do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia;

2. Nałożył z tytułu naruszenia powyższego zakazu karę pieniężną w następującej wysokości:

a) Na D. R. prowadzącą działalność gospodarczą jako Firma (...) w B. – karę w wysokości 129 193 zł;

b) Na S. R. prowadzącego działalność gospodarczą jako Firma (...) w B. – karę pieniężną w wysokości 122 430 zł.

W uzasadnieniu decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, że porozumienie ww. przedsiębiorców ma charakter uzgodnienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W przekonaniu Prezesa UOKiK świadczy o tym, m.in. zbieżność oferowanych przez przedsiębiorców cen wyjściowych, co pozwala stwierdzić, że przedsiębiorcy kalkulując swoje oferty posiadali wiedzę o warunkach cenowych drugiego z nich i posiadali tym samym możliwość kreowania oferowanych cen w sposób zapewniający uzyskanie pierwszego i drugiego miejsca w rankingu ofert, a w konsekwencji, poprzez wyeliminowanie niższej cenowo oferty z przetargu, doprowadzenie do wyboru wyższej cenowo oferty drugiego z przedsiębiorców. Ponadto Prezes UOKiK wskazał m.in. następujące okoliczności świadczące o istnieniu powiązań pomiędzy przedsiębiorcami i zawartym pomiędzy nimi porozumieniem: pozostawanie przedsiębiorców w związku małżeńskim z małżeńską wspólnością majątkową, prowadzenie działalności pod tym samym adresem, taka sama domena w adresie poczty elektronicznej przedsiębiorców, współpraca przedsiębiorców w realizacji konkretnych zleceń, nieuzupełnianie stosunkowo łatwych braków formalnych przez przedsiębiorcę oferującego niższą cenę realizacji zlecenia w toku przetargu, bądź brak zgody tego przedsiębiorcy na sprostowanie oczywistej omyłki w postępowaniu przetargowym – co prowadziło do wyboru oferty drugiego z przedsiębiorców, wypełnianie formularzy ofertowych tym samym charakterem pisma, identyczna szata graficzna oświadczeń stosowanych przez przedsiębiorców, następujące po sobie numery zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach przedkładanych przez przedsiębiorców w niektórych przetargach, te same daty tych zaświadczeń, te same omyłki w niektórych ofertach, protesty przetargowych konkurentów przedsiębiorców zarzucające wymianę informacji, współpracę i antykonkurencyjne porozumienie przedsiębiorców.

Powyzsza decyzja zaskarżona została w całości przez obydwu przedsiębiorców, którzy wnosili o jej zmianę poprzez orzeczenie, że D. R. i S. R. nie zawierali porozumień, które stanowiły praktyki ograniczające konkurencję oraz uchylenie punktu drugiego zaskarżonej decyzji, ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji, zaś w wypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym punktu 1 decyzji, wnosili o zmniejszenie nałożonych kar pieniężnych – D. R. do kwoty 12 000 zł, zaś S. R. do kwoty 10.000 zł.

W odpowiedzi na odwołania Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o ich oddalenie w całości oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia obydwu odwołań.

Wyrokiem z dnia 7 października 2013 r. sąd okręgowy, po rozpoznaniu odwołań S. R. oraz D. R., uchylił zaskarżoną decyzję w całości.

Podstawą wydanego wyroku były następujące ustalenia sądu pierwszej instancji.

S. R. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) w B.. D. R. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) w B.. Głównym przedmiotem działalności obu przedsiębiorców jest wykonywanie i utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego dróg. Działalność ta prowadzona jest na terenie całego kraju.

S. R. i D. R. są małżonkami, pozostają w małżeńskiej wspólności majątkowej. Nie prowadzą jednak wspólnego gospodarstwa domowego. Pozostają w faktycznej separacji i nie posiadają wspólnego miejsca zamieszkania.

Od 2004 roku przedsiębiorcy prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem i współpracują w realizacji wybranych zamówień. Posiadają przy tym odrębną bazę sprzętową, zasoby kadrowe, odrębne finanse. Ich współpraca realizowana jest na etapie wykonywania konkretnego zlecenia i nie jest sformalizowana. Polega na okazjonalnym wzajemnym wykorzystywaniu bazy sprzętowej i zasobów kadrowych. Dotyczy to w szczególności większych zleceń,

w związku z realizacją których istnieje konieczność wykorzystania dodatkowego sprzętu lub pracy większej liczby osób. Koszty wykorzystania sprzętu wypożyczonego ponosi przedsiębiorca korzystający z tego sprzętu. Sposób funkcjonowania na rynku obu przedsiębiorców jest bardzo zbliżony. Dokonują oni m.in. zakupu materiałów u tych samych dostawców, u których z uwagi na podobne parametry prowadzonych działalności uzyskują podobne rabaty. Z uwagi na zajmowanie wspólnych pomieszczeń pod tym samym adresem, koszty utrzymania biur obu przedsiębiorców są podobne. Podobna sytuacja występuje w odniesieniu do kosztów utrzymania i korzystania ze środków trwałych. Z uwagi na zbliżony charakter oraz parametry prowadzonych działalności te same czynniki kształtują ceny u obu przedsiębiorców, co m.in. wynika z faktu uzyskiwania tych samych informacji w wyniku analizy rynku i wyników przetargów.

W latach 2007 – 2010 w przypadku zaistnienia takiej konieczności D. R. i S. R. składali wspólne oferty realizacji zleceń. Było to podyktowane potrzebą połączenia potencjałów przedsiębiorców wynikającą z charakteru zamówienia, w szczególności w zakresie doświadczenia zawodowego, liczby pracowników, określonych kwalifikacji lub uprawnień, posiadania odpowiedniej bazy sprzętowej. W ramach prowadzonej działalności (...) uczestniczyła w następującej liczbie postępowań przetargowych w zakresie wykonywania i utrzymania oznakowania pionowego i/lub poziomego dróg: w 2007 r. – 20, w 2008 r. – 60, w 2009 r. – 98, w 2010 r. – 97. (...) uczestniczyła w następującej liczbie podobnych postępowań: w 2007 r. – 15, w 2008 r. – 59, w 2009 r. – 162 w 2010 r. – 116. W związku z prowadzoną działalnością S. R. i D. R. jednocześnie brali udział m.in. w następujących postępowaniach przetargowych:

1. Przetargu na wymianę oznakowania pionowego w ciągu dróg wojewódzkich przeprowadzonym przez Powiatowy Zarząd (...) w C., ogłoszonym w dniu 27 czerwca 2008 r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu, przy czym najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie wymogów formalnych przez przedsiębiorcę. W wyniku czego wybrana została oferta (...);
2. Przetargu na wykonanie oznakowania pionowego w ciągu dróg powiatowych i wojewódzkich przeprowadzonym przez Powiatowy Zarząd (...) w C., ogłoszonym w dniu 11 października 2007 r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu, przy czym najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została wybrana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki rachunkowej przez przedsiębiorcę. W wyniku czego wybrana została oferta (...);
3. Przetargu na bieżące utrzymanie oraz wykonywanie oznakowania pionowego i poziomego dróg gminnych przeprowadzonym przez Miasto i Gminę O., ogłoszonym w dniu 9 lutego 2009r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu, przy czym najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wybrana z uwagi na oświadczenie S. R. o braku możliwości wykonania zlecenia. W wyniku czego wybrana została oferta (...);
4. Przetargu na wymianę istniejących barier betonowych na bariery ochronne stalowe przeprowadzonym przez (...) Zarząd Dróg (...) w P. (...) w K., ogłoszonym w dniu 3 lipca 2009 r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wykorzystana przez organizatorów z uwagi na odmowę podpisania umowy przez D. R.. W wyniku czego wybrana została oferta (...);
5. Przetargu na odnowę oznakowania poziomego ulic miasta R. przeprowadzonym przez (...) Zarząd (...) w R., ogłoszonym w dniu 29 stycznia 2008 r. Oferty (...) i (...) okazały się jednymi z najkorzystniejszych ofert pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Oferta (...) nie została ostatecznie wykorzystana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie przez D. R. zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie. W wyniku czego wybrana została oferta (...);
6. Przetargu na bieżące utrzymanie i konserwację oznakowania pionowego urządzeń bezpieczeństwa ruchu na terenie miasta T. w IV kwartale 2009 r. przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...), ogłoszonym w dniu 23 września 2009 r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu.

Najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie braków formalnych oferty przez D. R.. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

7. Przetargu na bieżące utrzymanie i konserwację oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na terenie miasta T. w 2010 roku przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...), ogłoszonym w dniu 4 grudnia 2009 roku r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie braków formalnych oferty przez D. R.. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

8. Przetargu na bieżące utrzymanie i konserwację oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na terenie miasta T. w 2007 roku przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...), ogłoszonym w dniu 12 stycznia 2007 roku r. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie przez D. R. zgody na poprawienie omyłki rachunkowej oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

9. Przetargu na odtworzenie oznakowania poziomego przeprowadzonym przez Powiatowy Zarząd (...) w B., ogłoszonym w dniu 28 kwietnia 2008 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta – oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

10. Przetargu na bieżące utrzymanie oznakowania pionowego na terenie miasta B. przeprowadzonym przez Zarząd (...) w B., ogłoszonym w dniu 7 sierpnia 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

11. Przetargu na utrzymanie i uzupełnienie oznakowania pionowego na drogach gminnych i powiatowych przeprowadzonym przez Miasto O., ogłoszonym w dniu 24 września 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

12. Przetargu na wprowadzenie zmian w oznakowaniu drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie miejscowości B. przeprowadzonym przez Zarząd (...) w K., ogłoszonym w dniu 2 listopada 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

13. Przetargu na dostawę fabrycznie nowych znaków oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J., ogłoszonym w dniu 4 listopada 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

14. Przetargu na bieżące utrzymanie oznakowania poziomego przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J., ogłoszonym w dniu 26 marca 2007 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie przez D. R. zgody na poprawienie omyłki rachunkowej oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

15. Przetargu na zakup i dostawę znaków oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J. ogłoszonym w dniu 27 listopada 2007 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie przez D. R. zgody na poprawienie omyłki rachunkowej oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

16. Przetargu na dostawę fabrycznie nowych znaków oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J. ogłoszonym w dniu 18 lutego 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi ofertami pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na niewyrażenie przez S. R. zgody na poprawienie omyłki rachunkowej oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

17. Przetargu na sukcesywne świadczenie w 2009 roku usług naprawy, konserwacji i wymiany zniszczonych znaków drogowych oraz wykonanie oznakowania pionowego w wypadku wprowadzenia zmian w organizacji ruchu na terenie Miasta Z., przeprowadzonym przez Gminę Miasto Z. ogłoszonym w dniu 14 stycznia 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza w tym zakresie oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

18. Przetargu na utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego na drogach gminnych w R. w 2009 roku, przeprowadzonym przez Urząd Miejski w R. ogłoszonym w dniu 12 grudnia 2008 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi w zakresie 2 lub 3 ww. zadań. Najkorzystniejsza w tym zakresie oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na wadliwe uzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

19. Przetargu na zakup i dostawę znaków oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J. ogłoszonym w dniu 2 października 2008 roku. Oferty (...) i (...) okazały się jednymi z korzystniejszych pod względem finansowym ofert dla organizatora przetargu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta (...);

20. Przetargu na bieżące utrzymanie oznakowania poziomego na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd (...) w J., przeprowadzonym przez Miejski Zarząd (...) w J. ogłoszonym w dniu 23 kwietnia 2009 roku. Oferty (...) i (...) okazały się jednymi z najkorzystniejszych pod względem finansowym dla organizatora przetargu. W przetargu tym została wybrana oferta (...);

21. Przetargu na bieżące utrzymanie dróg na terenie miasta S. w zakresie oznakowania pionowego, przeprowadzonym przez Gminę S. ogłoszonym w dniu 19 września 2009 roku. Najkorzystniejsza pod względem finansowym okazała się oferta (...) i z tym przedsiębiorcą organizator zawarł umowę;

22. Przetargu na bieżące utrzymanie oznakowania pionowego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Ś., ogłoszonym w dniu 28 stycznia 2010 roku. Oferty (...) i (...) okazały się najkorzystniejszymi pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza w tym zakresie oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta (...);

23. Przetargu na odnowę oznakowania poziomego na drogach powiatowych i gminnych będących w zarządzie Prezydenta Miasta Ś., otwarcie ofert w dniu 18 czerwca 2010 roku. Oferty (...) i konsorcjum do którego należał (...) (lidera konsorcjum) okazały się najkorzystniejszymi pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza w tym zakresie oferta - oferta (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na nieuzupełnienie przez D. R. braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została oferta konsorcjum;

24. Przetargu na bieżące utrzymanie oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Miejskiego Zarządu (...) w J., ogłoszonym w dniu 4 maja 2010 roku. Jedną z korzystniejszych w tym zakresie ofert – oferta (...) nie została ostatecznie wykorzystana przez organizatora z uwagi na odmowę podpisania przez D. R. umowy. W wyniku czego wybrana została oferta konsorcjum w skład którego wchodziła (...);

25. Przetargu na oznakowanie poziome dróg na terenie miasta P. ogłoszonego w dniu 12 sierpnia 2010 r. Oferty (...) i konsorcjum do którego należał (...) (lidera konsorcjum) okazały się najkorzystniejszymi pod względem finansowym dla organizatora przetargu. Najkorzystniejsza w tym zakresie oferta - oferta konsorcjum do którego należał (...) nie została ostatecznie wybrana przez organizatorów z uwagi na niezpełnienie braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została (...).

Mając powyższe ustalenia na uwadze sąd okręgowy uznał, że wniesione odwołania zasługują na uwzględnienie. Wskazał bowiem, że nielegalne porozumienia, o których mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, muszą być, co do zasady, zawierane między podmiotami, które cieszą się niezależnością, a w konsekwencji mogą podjąć samodzielne decyzje. Brak swobody podejmowania samodzielnych decyzji gospodarczych wynikających ze wzajemnych prawnych relacji pomiędzy podmiotami powoduje, że podmioty takie nie są względem siebie konkurentami. Sytuacja taka występuje w szczególności pomiędzy podmiotami należącymi do jednej grupy kapitałowej. Tym samym porozumienia zawierane pomiędzy spółkami z grupy kapitałowej stanowią w istocie jedynie formę alokacji zadań i obowiązków pomiędzy podmioty, które stanowią jeden organizm gospodarczy (tzw. single economic unit). W tym zakresie sąd okręgowy powołał się na stanowisko doktryny i przywołał sprawę C-73/95P V. przeciwko Komisji. Jak wskazał, za jeden organizm gospodarczy należy uznać wspólników spółki cywilnej. Analogiczna relacja, w ocenie sądu okręgowego, występuje pomiędzy małżonkami pozostającymi we wspólności małżeńskiej ustawowej. Każdy z małżonków jest uprawniony do współposiadania rzeczy wchodzących w skład majątku wspólnego oraz do korzystania z nich w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez drugiego małżonka (art.34¹ k.r. i o.). Oboje małżonkowie są obowiązani współdziałać w zarządzie majątkiem wspólnym, w szczególności udzielać sobie wzajemnie informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny (art.36 § 1 k.r. i o.). Ponadto dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków należą do majątku wspólnego (art.31 § 2 pkt 2 k.r. i o.). Z tych względów małżonkowie prowadzący działalność pod odrębnymi firmami jako osoby fizyczne stanowią, w ocenie sądu okręgowego jeden organizm gospodarczy (single economic unit). Dla uznania bowiem, że w danym przypadku mamy do czynienia z kontrolą w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.k., wystarczająca jest sama możliwość wywierania decydującego wpływu. Taka zaś (wzajemną) możliwość z pewnością daje pozostawanie we wspólnocie małżeńskiej i związana z tym wspólnota praw i interesów ekonomicznych.

W świetle powyższego w ocenie sądu okręgowego brak było podstaw do uznania, że powodowie naruszyli art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezależnie od tego, czy przy składaniu ofert w poszczególnych przetargach porozumiewania się ze sobą czy też nie. Z tych względów sąd okręgowy uchylił zaskarżoną decyzję wobec braku podstaw do jej wydania (art.479^{31a} § 3 k.p.c.).

Wydany wyrok w całości zaskarżony został przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie w całości odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 6 września 2011 r.

W szczególności skarżący zarzucił sądowi okręgowemu nierozpoznanie istoty sprawy. Ponadto w apelacji zawarte zostały następujące zarzuty:

I. naruszenie prawa materialnego:

1. art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez przyjęcie, że powodowi przedsiębiorcy tworzą grupę

kapitałową w rozumieniu przepisów ustawy antymonopolowej, a tym samym jeden organizm gospodarczy (single economic unit);

2. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z przepisami ustawy z dnia 25 lutego 1964r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy przez przyjęcie, że Powodowie stanowią jeden organizm gospodarczy (single economic unit);

3. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez uznanie, że Powodowie nie są względem siebie konkurentami, a tym samym porozumienia zawierane między nimi nie są sprzeczne z prawem konkurencji,

II. naruszenie prawa procesowego:

4. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisami ustawy z dnia 25 lutego 1964r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy poprzez nieustalenie związków prawnych i ekonomicznych istniejących pomiędzy przedsiębiorcami i błędne przyjęcie, że przedsiębiorcy nie pozostają konkurentami, a zatem że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

5. art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i nieuwzględnienie w uzasadnieniu wyroku pełnych okoliczności faktycznych i prawnych, co utrudnia kontrolę instancyjną wydanego orzeczenia.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia sąd apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest zasadna w zakresie, w jakim zarzuca sądowi pierwszej instancji nierozpoznanie istoty sprawy.

Rozstrzygnięcie sądu okręgowego oparte zostało na stwierdzeniu braku istnienia pomiędzy powodami porozumienia antykonkurencyjnego. Stanowisko to sąd okręgowy uzasadnił poprzez odwołanie się do konstrukcji „single economic unit”, która, w ocenie sądu okręgowego, znajduje zastosowanie w tej sprawie z uwagi na fakt, że powodowie pozostają w związku małżeńskim i pomiędzy nimi istnieje majątkową wspólność małżeńska.

Trafnie powyższy pogląd sądu pierwszej instancji, stanowiący podstawę wydanego w tej sprawie wyroku, podważony został w apelacji.

Doktryna tzw. jednego podmiotu gospodarczego (single economic unit) wykształcona została w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. Zgodnie z nią wyłączone jest stosowanie ustanowionego w art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej zakazu antykonkurencyjnych porozumień (uzgodnionych praktyk) w stosunku do porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami zależnymi a przedsiębiorstwem dominującym wchodzącym w skład tej samej grupy kapitałowej, w ramach której przedsiębiorstwo zależne nie ma swobody decydowania o swej działalności na rynku. Wywodzi się bowiem, że podmioty tworzące faktycznie jeden podmiot gospodarczy nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE albowiem nie dysponują rzeczywistą autonomią w określaniu ich zachowań rynkowych (zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX 2014, uwaga 5 do art. 6). W literaturze wskazuje się, że kluczowe dla określenia, czy dane podmioty stanowią jeden podmiot gospodarczy (single economic unit) są nie okoliczności strukturalne, ale zbadanie okoliczności behawioralnych, a więc ustalenie, czy przedsiębiorcy dysponuje rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku, czy jedynie przyjmuje instrukcje od innego przedsiębiorcy oraz, czy przedsiębiorcy zachowują się razem na rynku jak jeden podmiot (zob. P. Semeniuk, Polskie zmony przetargowe – krytyka, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1, s. 53 i n.).

Fakt pozostawiania dwóch osób fizycznych, prowadzących działalność gospodarczą w związku małżeńskim i w efekcie w ustroju wspólności majątkowej, nie przesądza jeszcze, wbrew stanowisko sądu okręgowego, o braku samodzielności prowadzonych przez nich przedsiębiorstw, a tym samym tworzeniu przez nich jednego podmiotu gospodarczego. Dla dokonania takiego ustalenia nie wystarczy jedynie stwierdzenie występowania relacji rodzinnych pomiędzy

przedsiębiorcami. Trafnie skarżący podnosi, że brak samodzielności gospodarczej, a tym niezależnego interesu ekonomicznego każdego z przedsiębiorców, nie wynika z przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Konieczna jest w tym zakresie analiza zachowań rynkowych każdego z przedsiębiorców w kontekście występowania w stosunku do każdego z nich braku niezależnej motywacji ekonomicznej.

Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w tej sprawie, mechanizm współpracy pomiędzy powodowymi przedsiębiorcami polegał na tym, że w wybranych przetargach jeden z powodów już po otwarciu ofert przetargowych wycofywała swoją ofertę, wstępnie wybraną przez zamawiającego, ewentualnie przejawiał zachowania (działania lub zaniechania), które skutkowały wykluczeniem jego oferty z przetargu. Na skutek tych zachowań wybierana była oferta drugiego z powodów. Przy czym w poszczególnych przetargach powodowie zamieniali się rolami – w części przetargów wygrywała oferta przedsiębiorstwa (...) na skutek wycofania (wykluczenia) oferty przedsiębiorstwa (...), w innych przetargach sytuacja kształtowała się odwrotnie – oferta przedsiębiorstwa (...) była wybierana z uwagi na wycofanie wstępnie wybranej oferty (...). Tym samym, wbrew stanowisko sądu okręgowego, uznać należy, że w ramach realizowanej w ten sposób współpracy, każdy z powodów realizował swój własny interes ekonomiczny, każdy z nich posiadała własną motywację ekonomiczną. Działania powodów miały przy tym charakter niejako świadczeń wzajemnych – wycofanie się z przetargu przez jeden podmiot na rzecz drugiego skutkowało w dalszej perspektywie analogicznym zachowaniem odwrotnym po stronie drugiego z tych podmiotów. Nie można więc uznać, że jedno z przedsiębiorstw powodów było podporządkowane i zależne względem drugiego z tych przedsiębiorstw.

W efekcie niezasadne jest stanowisko sądu pierwszej instancji, który powołując się przede wszystkim na przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego uznał, że zawarte pomiędzy powodami porozumienie dotyczące zachowań przetargowych nie było objęte zakazem zawartym w art. 6 u.o.k. i k., który ma zastosowanie jedynie do przedsiębiorców od siebie niezależnych i konkurujących ze sobą na rynku.

Z tych względów sąd pierwszej instancji niezasadnie uchylił zaskarżoną decyzję prezesa UOKiK ograniczając zarazem rozpoznanie tej sprawy jedynie do kwestii „jednego podmiotu gospodarczego” i pomijając tym samym zarówno rozpoznanie zarzutów strony powodowej zawartych w złożonych odwołaniach, jak i stanowisko pozwanego. W efekcie sąd okręgowy nie rozpoznał istoty tej sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. Z tych względów na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. sąd apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji celem jej merytorycznego rozpoznania.