

Sygn. akt VII ACa 872/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Stefańska

Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)

SO del. Tomasz Wojciechowski

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. R.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powódki

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

z dnia 29 października 2015 r., sygn. akt XVII AmA 61/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od D. R. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VII ACa 872/17

UZASADNIENIE

Decyzją z 6 września 2011 roku znak (...) 25/11 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako „Prezes Urzędu” lub „Prezes UOKiK”):

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 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.

Powyższa decyzja została w całości zaskarżona przez obydwójce powodów, którzy wnieśli 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 punktu 1 decyzji, wnieśli 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 Ochrony Konkurencji i Konsumentów połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia obydwaj odwołania.

Wyrokiem z 7 października 2013 roku Sąd Okręgowy, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po rozpoznaniu odwołań S. R. i D. R. uchylił zaskarżoną decyzję w całości opierając swoje rozstrzygnięcie na stwierdzeniu braku istnienia między powodami porozumienia antykonkurencyjnego.

Po rozpoznaniu apelacji od powyższego wyroku wniesionej przez pozwanego Prezesa UOKiK, wyrokiem z 23 kwietnia 2015 roku (sygn. akt VI ACa 1953/13) Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny uchylił wyrok sądu pierwszej instancji i sprawę przekazał Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania .

Wyrokiem z 29 października 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. oddalił odwołania D. R. i S. R.;

2. zasądził od D. R. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 630 (sześćset trzydzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

3. zasądził od S. R. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 630 (sześćset trzydzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

4. obciążył D. R. kwotą 500 (pięćset) złotych tytułem połowy opłaty stałej od apelacji, od której pozwany był zwolniony z mocy prawa i nakazał pobranie tej kwoty od D. R. na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie;

5. obciążył S. R. kwotą 500 (pięćset) złotych tytułem połowy opłaty stałej od apelacji, od której pozwany był zwolniony z mocy prawa i nakazał pobranie tej kwoty od S. R. na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

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

Bezsporne jest, że S. R. i D. R. byli małżonkami, pozostawali w małżeńskiej wspólności majątkowej, nie prowadzili jednak wspólnego gospodarstwa domowego. Pozostawali w faktycznej separacji i nie posiadali wspólnego miejsca zamieszkania.

Bezsporne jest, że od 2004 roku ww. przedsiębiorcy prowadzili działalność gospodarczą pod tym samym adresem i współpracują w realizacji wybranych zamówień. Posiadali przy tym odrębną bazę sprzętową, zasoby kadrowe, odrębne finanse. Ich współpraca realizowana była na etapie wykonywania konkretnego zlecenia i nie była sformalizowana. Polegała na okazjonalnym wzajemnym wykorzystywaniu bazy sprzętowej i zasobów kadrowych. Dotyczyło to w szczególności większych zleceń, w związku z realizacją których istnieje konieczność wykorzystania dodatkowego sprzętu lub pracy większej liczby osób. Koszty wykorzystania sprzętu wypożyczonego ponosił przedsiębiorca korzystający z tego sprzętu. Sposób funkcjonowania na rynku obu przedsiębiorców był bardzo zbliżony. Dokonywali oni m.in. zakupu materiałów u tych samych dostawców, u których z uwagi na podobne parametry prowadzonych działalności uzyskiwali podobne rabaty. Z uwagi na zajmowanie wspólnych pomieszczeń pod tym samym adresem, koszty utrzymania biur obu przedsiębiorców były podobne. Podobna sytuacja występowała w odniesieniu do kosztów utrzymania i korzystania ze środków trwałych. Z uwagi na zbliżony charakter oraz parametry prowadzonych działalności te same czynniki kształtowały ceny u obu przedsiębiorców, co m.in. wynikało 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 Dróg Publicznych 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 Dróg Publicznych w C., ogłoszonym 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 Wojewódzkich 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 Miejski Zarząd Dróg i (...) 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 Dróg 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 Dróg 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 Dróg Wojewódzkich 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 Dróg i Mostów 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 Dróg i Mostów 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 Dróg i Mostów 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 Dróg i Mostów 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 M. 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 Dróg i Mostów 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 Dróg i Mostów w J., przeprowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów 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 Dróg i Mostów w J., ogłoszonym w dniu 4 maja 2010 roku. Jedna 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 nieuzupełnienie braków formalnych oferty. W wyniku czego wybrana została (...).

Sąd Okręgowy wskazał, iż ustalił stan faktyczny na podstawie dokumentacji znajdującej się w aktach sądowych sprawy oraz w aktach przesłanych przez organ regulacyjny.

Sąd pierwszej instancji podniósł, iż stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób na rynku właściwym konkurencji, 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.

Sąd Okręgowy przychylił się do poglądów prawnych zawartych w decyzji pozwanego, że dla oceny danego zachowania pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji konieczna jest analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców, które muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź muszą zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.

Sąd Okręgowy wskazał, że praktyka, którą pozwany uznał za ograniczającą konkurencję, polegała na zawarciu porozumienia przez przedsiębiorców D. R. i S. R. 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 w zakresie warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w toku przetargów czynności i doprowadzanie w ten sposób do zawarcia umowy z tym uczestnikiem porozumienia, który w danym przetargu zaoferował cenę wyższą. Sąd Okręgowy stwierdził, że przedsiębiorcy będący konkurentami, co do zasady nie mogą koordynować swoich rynkowych zachowań - prawo konkurencji surowo traktuje większość form ograniczania rywalizacji takich przedsiębiorców i jej zastępowanie współpracą. (...) uznał, że D. R. i S. R. byli odrębnymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własne ryzyko, oferty przetargowe składali w tym samym czasie na te same ogłoszenia przetargowe - tym samym konkurując ze sobą o wygranie przetargów do których odrębnie przystępowali. (...) podniósł, że w postępowaniu administracyjnym zostało stwierdzone 25 przypadków, w których tego rodzaju skoordynowane działania miały miejsce i doprowadziły do uzyskania przez (...) lub (...) prawa do realizacji zamówienia.

Sąd Okręgowy podniósł, iż przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy oikik ze względu na pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy (art. 70¹ § 1 k.c.) przez wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego oraz zauważył, że zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu w trybie art. 7 ust. 1 ustawy oikik, spod zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy oikik.

(...) podniósł, że ocenie prawnej podlegają fakty, którym co do zasady żaden z powodów nie zaprzeczył, a jedynie zakwestionował ich ocenę oraz to, czy fakty te ujęte w całość mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy, dowód naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy oikik.

Dokonując oceny zachowania obu przedsiębiorców, Sąd I instancji zważył, że z całą pewnością powodowie będąc małżeństwem (choć funkcjonując w faktycznej separacji) pozostawali ze sobą w dobrych relacjach co najmniej biznesowych. (...) wskazał, że oboje przyznali, że często współpracowali ze sobą korzystając ze swojej bazy sprzętowej i z zasobów osobowych, a w przeszłości występowali w przetargach tworząc konsorcjum. Powyższe zdaniem Sądu Okręgowego wskazuje na wzajemne zaufanie przedsiębiorców względem siebie, a także na to, że mieli oni dużą możliwość wzajemnej wymiany informacji gospodarczych.

Zdaniem (...), fakt występowania w ofertach (...) i (...) wysokiego procentu takich samych cen jednostkowych i cen jednostkowych stanowiących dwukrotność ceny z drugiej oferty, bądź cen jednostkowych stanowiących ściśle określony procent odpowiednich cen jednostkowych zawartych w drugiej ofercie prowadzi do wniosku, że przygotowując swoje oferty przedsiębiorcy korzystali z tych samych cen wyjściowych, a ponadto kalkulując swoje oferty byli zorientowani w warunkach cenowych oferty drugiego z nich. O istnieniu niedozwolonej współpracy pomiędzy powodami świadczy również w przekonaniu (...) fakt, iż powodowie popełnili podobne lub takie same błędy przy składaniu dokumentów ofertowych.

W ocenie Sądu Okręgowego analiza materiału dowodowego wskazuje, że powodowie ustalali wartość składanych ofert, tak aby zapewnić sobie dwa pierwsze miejsca w rankingu ofert.

(...) stwierdził, że w toku postępowania ustalono, że w przypadku przetargów, w których występowali zarówno D. R. jak i S. R. i zajmowali kolejne miejsca według ceny, osoba zajmująca pierwsze miejsce nie uzupełniała dokumentacji albo nie wyrażała zgody na poprawę oczywistej omyłki w treści oferty, co prowadziło do odrzucenia oferty bądź też rezygnowała z podpisania umowy, co z kolei skutkowało wyborem przez zamawiającego oferty drugiego z przedsiębiorców. Rezygnacja przez powodów z wygranych przetargów wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, zdaniem (...), nie jest wytłumaczalna w żaden inny sposób, jak tylko zamiarem wpłynięcia na ostateczny wynik przetargu. Zdaniem Sądu Okręgowego, wskazuje na to między innymi okoliczność, że rezygnacja z udziału w przetargu została złożona dopiero po ogłoszeniu wyniku przetargu, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu.

Odnośnie zarzutu, że powodowie rezygnowali z podpisania umowy z zamawiającym, czy też nie uzupełniali braków ofert także w przypadku przetargów, w których nie startował jeden z małżonków, (...) stwierdził, iż nie stanowi to braku porozumienia. (...) uznał, że Prezes UOKiK wykazał, że w przypadku 19 przetargów, w których uczestniczyli oboje powodowie taka sytuacja miała miejsce, co stanowiło podstawę do ustalenia mechanizmu działania przedsiębiorców i wniosku o zawarcie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Słusznie, zdaniem (...), wywodzi Prezes UOKiK, że jeśli nawet w pewnych przypadkach rezygnacja z podpisania umowy była uzasadniona, to nie jest prawdopodobne aby w zgodzie z logiką i zdrowym rozsądkiem przyjąć, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, aby sytuacja taka wystąpiła w każdym z opisanych w decyzji przypadków. Z tych względów Sąd nie uwzględnił wniosku o dopuszczenie dowodu z dokumentacji przetargowej, powołanej w odwołaniach, gdyż zarzut zawarcia porozumienia dotyczył konkretnych wskazanych w decyzji przetargów, w których brali udział oboje powodowie.

Powyższa analiza pozwala, zdaniem Sądu Okręgowego, uznać, że jedyną bezpośrednią i logiczną przyczyną złożenia rezygnacji z zawarcia umowy po ogłoszeniu wyników przetargu przez każdego z powodów odpowiednio był zamiar wpłynięcia na wynik przetargu i doprowadzenie do wygrania przetargu przez tego z powodów, który oferował cenę wyższą.

W ocenie Sądu Okręgowego, działania powodów nie można niczym innym wytłumaczyć jak tylko porozumieniem w celu doprowadzenia do wygrania oferty tego z nich którego oferta była wyższa. Analizując przyczyny, dla których nie wygrywała najkorzystniejsza oferta (rezygnował oferent oferującą najkorzystniejszą ofertę) (...) uznał, że z całą pewnością nie były to te racje, na które wskazywali przedsiębiorcy rezygnujący z wygranych przetargów, gdyż powody te były nieracjonalne i nielogiczne w okolicznościach niniejszej sprawy. (...) stwierdził, że przedmiotowa synchronizacja działań przedsiębiorców, których łączą co najmniej dobre relacje biznesowe, w której dochodzi do rezygnacji z zawarcia umów nie może być zwykłym zbiegiem okoliczności, gdyż przypadkowość aż w takim zakresie jest nieprawdopodobna. Powyższe okoliczności pozwoliły Sądowi pierwszej instancji na ustalenie, że doszło do naruszenia przez powodów art 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. (...) zgodził się z Prezesem UOKiK, że w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji. Nie jest więc konieczne aby porozumienie wywarło skutek polegający na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że strony zawarły porozumienie, o jakim mowa w decyzji, ograniczając tym samym konkurencję.

Sąd I instancji uznał, że orzeczona wobec każdego z przedsiębiorców kara jest karą odpowiednią i podzielił stanowisko Prezesa UOKiK dotyczące przesłanek wymiaru nałożonej kary uznając je za prawidłowe. W szczególności Sąd Okręgowy podzielił pogląd, że kara, której podstawę wymierzenia stanowi art. 106 ust 1 pkt 1 uokik ma spełniać funkcje prewencyjno-wychowawcze, co oznacza, że powinna ona stanowić taką dolegliwość dla strony, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji.

Uwzględniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, jak tego wymaga art. 111 uokik, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że właściwe było przyjęcie przez Prezesa UOKiK, iż porozumienie obu powodów należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji. Prawidłowe zdaniem Sądu Okręgowego było także zakwalifikowanie porozumienia jako długotrwałego, a także jako działania umyślnego, co miało wpływ na podwyższenie kary. Sąd Okręgowy, podobnie jak Prezes UOKiK, nie dopatrył się żadnych okoliczności, które mogły wpłynąć na obniżenie wymiaru kary.

Dlatego ustalenie kary dla powódki D. R. na poziomie 129 193 zł oraz dla powoda S. R. na poziomie 122 430 zł, co mieściło się w zagrożeniu ustawowym, w ocenie Sądu I instancji należało uznać za adekwatne do znacznego stopnia naruszenia reguł konkurencji.

Od powyższego wyroku powódka D. R. wniosła apelację zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, iż pomiędzy

D. R. (...) z siedzibą w B. a S. R. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zebra 2 z siedzibą w B. istniało porozumienie ograniczające konkurencję podczas gdy analiza materiału dowodowego zgromadzonego w czasie postępowania nie daje podstaw do przyjęcia takich wniosków.

Wskazując na powyższy zarzut D. R. wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie jej odwołania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie apelacji powódki i zasądzenie od niej na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów postępowania apelacyjnego i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd I instancji dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne.

Analizę apelacji rozpocząć należy od zwrócenia uwagi na art. 386 § 6 zd. 1 kpc. Stanowi on, że ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Sąd Najwyższy w wyroku z 1 kwietnia 2015, Sygn. akt III PK 128/14, wyjaśnił, że „ocena prawna, o której mowa w art. 386 § 6 KPC „odnosi się tak do przepisów prawa materialnego, jak i przepisów prawa procesowego. Dokonując oceny prawnej, sąd drugiej instancji wyjaśnia rzeczywistą treść przepisów prawa oraz sposób ich zastosowania w rozpoznawanej sprawie. Wiążąca jest taka wykładnia zastosowanych przepisów zawarta w orzeczeniu sądu odwoławczego, której logiczną konsekwencją było uchylenie orzeczenia sądu pierwszej instancji z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Owa ocena prawna bezwzględnie wiąże sądy obydwu instancji przy ponownym rozpoznawaniu sprawy.”

Na obecnym etapie postępowania Sąd Apelacyjny jest związany ustaleniami poczynionymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt 1953/13. W wyroku tym Sąd Apelacyjny stwierdził, iż w ramach współpracy między S. R. i D. R. „każdy z powodów realizował swój własny interes ekonomiczny, każdy z nich posiadał własną motywację ekonomiczną”, a „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” (k. 181). Sąd Apelacyjny w powołanym orzeczeniu stwierdził też, że „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” (k. 182).

Sam fakt rezygnacji przez powoda z możliwości nawiązania stosunku zobowiązaniowego w drodze kontraktu nie świadczy o uczestniczeniu przez niego w porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie z dużą wstrzeźliwością podchodzi też do prób wywodzenia wniosku o uczestniczeniu przez przedsiębiorców w porozumieniu ograniczającym konkurencję z faktu istnienia podobieństw między składanymi przez nich ofertami. Podobieństwa te mogą stanowić pochodną tego, że określone podmioty ponoszą zbliżone koszty oraz dysponują zbliżonym zasobem informacji o sytuacji na rynku. Nie ma też niczego nagannego w tym, że powiązani relacjami rodzinnymi przedsiębiorcy i managerowie prowadzą bardzo podobną działalność gospodarczą, ani w tym, że na pewnych płaszczyznach współpracują. Współpraca taka przyczyniać się może do obniżenia kosztów oraz zwiększenia potencjału zaangażowanych w nią podmiotów gospodarczych i umożliwienia im podejmowania rywalizacji z większymi przedsiębiorcami. Do naruszenia prawa antymonopolowego

nie musi dochodzić nawet wtedy, gdy powiązani relacjami rodzinnymi, prowadzący zbliżoną działalność gospodarczą przedsiębiorcy współpracują przy przygotowywaniu ofert, które zamierzają złożyć w przetargach. Zarzut naruszenia prawa antymonopolowego można uznać za trafny dopiero wówczas, gdy celem lub skutkiem takiego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, przy jednoczesnym braku okoliczności wyłączających bezprawność porozumienia.

W niniejszej sprawie węzłowe znaczenie ma to, że jak wynika z tabel przedłożonych przez powodów i z decyzji, przypadków, w których w wyniku rezygnacji jednego z adresatów decyzji albo konsorcjum z udziałem jednego z nich przetarg wygrał drugi z nich albo konsorcjum z udziałem drugiego z nich było 19 (k. 37, 222). Przypadków, w których rezygnacje jednego z powodów prowadziły do wybrania ofert przedsiębiorców z nimi niepowiązanych było tylko 11 (k.50), a liczba przedsiębiorców i konsorcjów, którzy wygrali w wyniku tego przetargi wynosi aż 10 – tylko (...) sp. z o.o. wygrał więcej niż raz (3 razy – pozycje w tabeli nr 4,8, 13).

Żaden z argumentów podniesionych przez powoda lub zainteresowanego nie pozwala zidentyfikować zgodnych z prawem antymonopolowym źródeł dysproporcji pomiędzy liczbą przypadków, w których rezygnacja przez jednego z nich lub przez konsorcjum z udziałem jednego z nich z nawiązania stosunku kontraktowego prowadziła do zawarcia umowy przez drugiego z nich lub przez konsorcjum z udziałem drugiego z nich a liczbą przypadków, w których beneficjentem takiej rezygnacji były podmioty z nimi niezwiązane. Rozbieżności pomiędzy analizowanymi wartościami są zbyt duże by można było uznać je za przypadkowe. W braku wiarygodnego, zgodnego z prawem antymonopolowym wytłumaczenia dla wystąpienia wskazanych dysproporcji uzasadnione jest stwierdzenie, że jej przyczyną było zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Stopień prawdopodobieństwa trafności tego ustalenia potwierdzają dodatkowo ustalenia Prezesa Urzędu i Sądu I instancji dotyczące bliskich osobistych i gospodarczych relacji między adresatami przedmiotowej decyzji, które w braku występowania wskazanej dysproporcji, nie byłyby wystarczające do stwierdzenia, iż uczestniczyli oni w porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Wkomponowanie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w opis stanu faktycznego niniejszej sprawy prowadzi do tego, że zachowania adresatów decyzji Prezesa Urzędu mogą być ocenione jako odpowiadające ich ekonomicznym interesom, przy założeniu nieefektywności działań antymonopolowych. Nie jest błędem logicznym przyjęcie, że przedsiębiorcy zasadniczo kierują się swoim interesem gospodarczym i liczą na nieefektywność działań antymonopolowych. Chybiony jest zatem zarzut apelacji, że (...) popełnił „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, iż pomiędzy D. R. (...) a S. R. (...) istniało porozumienie ograniczające konkurencję”. Żadnych wniosków dotyczących badanej kwestii nie da się natomiast wysnuć z twierdzeń powoda, iż „zakwestionowanych przetargów było 19 na 352 w których startowała D. R.” (k. 231).

Odnosząc się do kwestii wysokości kary nałożonej przez Prezesa Urzędu, zgodzić należy się ze stwierdzeniem, że przedmiotowa praktyka należy do kategorii horyzontalnych porozumień ograniczających konkurencję, które uznawane są za szczególnie szkodliwe. Prezes Urzędu słusznie uznał, iż analizowana praktyka doprowadziła do uniemożliwienia osiągnięcia celów postępowań przetargowych, czego naturalną konsekwencją jest wystąpienie szkód; była długotrwała, gdyż trwała przynajmniej 4 lata i miała umyślny charakter. Trafność ostatniego z poczynionych ustaleń potwierdzają argumenty wskazane w niniejszym uzasadnieniu przy analizie danych dotyczących skutków rezygnacji z zawarcia umów przez adresatów zaskarżonej decyzji. Wbrew twierdzeniu powoda, z faktu zaprzestania prowadzenia działalności przez zainteresowanego nie wynika, iż kara nałożona badaną decyzją jest nadmierna. Do zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej prowadzić może wiele czynników, a powódka nie wykazała, iż kara nałożona przez Prezesa Urzędu miała tu zasadnicze znaczenie. Podkreślić należy też, że powstanie utrudnień w prowadzeniu działalności gospodarczej na skutek konieczności zapłaty kary za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję jest naturalne i akceptowalne. Kara ustalona została zatem na właściwym, zgodnym z zasadą proporcjonalności poziomie.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 479^{31a} § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 14 ust. 2 pkt 3 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015.