

Sygn. akt VII ACa 930/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Zalewska

Sędziowie: SA Marek Kolasiński

SO (del.) Magdalena Sajur-Kordula (spr.)

Protokolant: sekretarz sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: M. D., T. D. (1)

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

oraz sprawy z powództwa T. D. (1)

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S., M. D.

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek apelacji powodów

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

z dnia 7 marca 2016 r. , sygn. akt XVII AmA 158/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w punkcie pierwszym uchyla decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 października 2014 r. nr (...) w punkcie I w zakresie dotyczącym (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. i T. D. (1) oraz w punkcie II.1, II.2;

2. w punkcie drugim zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. kwotę (...) (tysiąc trzysta siedemdziesiąt siedem) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

3. w punkcie trzecim zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz T. D. (1) kwotę 1000 (tysiąc) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. kwotę 2080 (dwa tysiące osiemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

III. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz T. D. (1) kwotę 1000 (tysiąc) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII ACa 930/17

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 17 października 2014 roku, stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w pkt I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał się za praktykę ograniczającą konkurencje, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy, zawarcie pomiędzy:

1. „(...)A. z siedzibą w S.,
2. T. D. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S.,
3. M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: ZAKŁAD (...) z siedzibą w C.,

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług związanych z bieżącym utrzymaniem - dróg: polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców, przystępujących do organizowanych w 2013 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań celem doprowadzenia do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 10 września 2013 roku.

W pkt II. decyzji na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w zakresie określonym w punkcie I, nałożył na:

1. (...)A. z siedzibą w S. karę pieniężną w wysokości 153.937 zł płatną do budżetu państwa,
2. T. D. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S. karę pieniężną w wysokości 355.985 zł płatną do budżetu państwa,
1. M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: ZAKŁAD (...) z siedzibą w C. karę pieniężną w wysokości 6.451 zł płatną do budżetu państwa.

Wyrokiem z dnia 7 marca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w pkt 1 oddalił odwołania wniesione od przedmiotowej decyzji przez (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. oraz T. D. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa P.H.U. (...) w S..

W pkt 2 wyroku zasądził od powoda (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, a w pkt 3 zasądził od powoda T. D. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa P.H.U. (...) w S. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy oparł rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach i rozważaniach prawnych:

T. D. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą: „P.H.U. (...)” z siedzibą w S. na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest dostawa

oleju opałowego, w tym do podmiotów publicznych takich jak gminy, jednostki wojskowe, szkoły itp. Przedsiębiorca nie prowadzi działalności polegającej na świadczeniu usług związanych z utrzymaniem dróg.

„ (...)A. z siedzibą w S. jest spółką wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m.in. działalność wytwórcza, handlowa i usługowa, w tym naprawa i konserwacja maszyn, roboty związane z budową dróg i autostrad oraz utrzymanie dróg. (...) dysponuje sprzętem potrzebnym do wykonywania usług polegających na utrzymaniu dróg, w tym m.in. solankami, pługami oraz posyparkami.

W dniu 20.05.2011 r. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa podjął decyzję o prywatyzacji (...) w trybie aukcji ogłoszonej publicznie. W toku ww. aukcji wybrana została oferta złożona przez T. D. (1), który na podstawie umowy ze Skarbem Państwa z dnia 21.06.2011 r. nabył pakiet 42.255 akcji zwykłych imiennych, stanowiących 74,13 % kapitału zakładowego spółki za kwotę 5.307.682 zł.

Aktualnie T. D. (1) posiada 1 akcję (...), natomiast pakiet 42.254 akcji został przekazany innej osobie fizycznej.

T. D. (1) pełnił funkcję członka rady nadzorczej (...), a zrezygnował z tej funkcji w dniu 27.06.2013 r.

Od 2011 r. funkcję prezesa zarządu (...) pełni P. D., który jest synem T. D. (1).

M. D. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD (...) z siedzibą w C. na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest budowa dróg oraz profilowanie i wałowanie dróg gruntowych.

M. D. jest żoną P. D. - prezesa zarządu (...) (pomiędzy małżonkami została zawarta umowa majątkowa małżeńska) oraz synową T. D. (1).

W dniu 3.04.2013 r. (...) oddział w P. ogłosiła przetarg na kompleksowe - całoroczne (zimowe i letnie) utrzymanie drogi ekspresowej (...) G. - P. (numer postępowania: (...))

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się przedsiębiorcy, którzy dysponowali m.in.:

- określoną wiedzą i doświadczeniem (wykonanie co najmniej 1 zadania polegającego na letnim utrzymaniu dróg na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000 zł oraz co najmniej jednego zadania polegającego na zimowym utrzymaniu dróg na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000 zł),
- odpowiednim potencjałem technicznym w postaci m.in. 6 solarek oraz 14 pługów odsnieżnych,
- doświadczonymi kierownikami utrzymania,
- środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 4.000.000 zł

W odpowiedzi na ogłoszenie przetargu do zamawiającego wpłynęło 13 ofert, w tym oferty od T. D. (1), (...) oraz M. D.. Pierwsze miejsce (jedyne kryterium stanowiła najniższa cena) zajęła oferta M. D., oferta (...) zajęła drugie miejsce, natomiast oferta T. D. (1) – czwarte miejsce.

M. D. złożyła pismem z dnia 28.06.2013 r. ofertę zawierającą cenę w wysokości 24.882.140,84 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu M. D. powołała się na:

•wiedzę i doświadczenie:

- (...) Sp. z o.o. w Ś. (dalej: (...)); oświadczenie z 8.05.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla (...) oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.) oraz

(...) (oświadczenie z 17.05.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia usług dla (...) oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013),

•potencjał techniczny:

-J. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: (...)J. P. z siedzibą w M. (dalej: (...)), która zobowiązała się użyczyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,

- (...), która zobowiązała się użyczyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

(...), która zobowiązała się użyczyć 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych,

•potencjał kadrowy użyczony przez (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W.,

- zdolność kredytową użyczoną przez (...) w postaci zdolności kredytowej do wysokości 4.500.000 zł.

Do oferty M. D. załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach na dzień 22.02.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 21.02.2012 r. (akta postępowania k. 15-51)

T. D. (1) pismem z dnia 28.06.2013 r. złożył ofertę zawierającą cenę w wysokości 28.552.697,79 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu T. D. (1) powołał się na:

- wiedzę i doświadczenie:

- (...) (oświadczenie z 25.06.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla (...) oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.),

(...) (oświadczenie z 27.06.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia usług dla (...) oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013),

•potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się użyczyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,

- (...), która zobowiązała się użyczyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

(...), która zobowiązała się użyczyć 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych

•potencjał kadrowy użyczony przez (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W..

Do oferty T. D. (1) załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 12.09.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione na dzień 15.11.2011 r.

(...) pismem z dnia 27.06.2013 r. złożyła ofertę zawierającą cenę w wysokości 26.329.187,33 zł. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu powołał się na:

•wiedzę i doświadczenie:

- (...) (oświadczenie z 8.05.2013 r. o użyczeniu doświadczenia w postaci świadczenia dwóch usług utrzymania dróg świadczonych dla (...) oddział w Z. w okresie od 23.02.2009 do 17.10.2012 r.),

(...) w postaci świadczenia usług dla (...) oddział w S. w sezonach zimowych 2010-2013,

•potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się użyć 2 pojazdy oraz 4 przyczepy sygnalizacyjne,

- (...), która zobowiązała się użyć jeden pojazd wraz z osprzętem,

-potencjał własny (...) w postaci: 6 solarek, 14 pługów odśnieżnych, 1 zamiatarkę oraz 2 samochody osobowo-towarowych,

•potencjał kadrowy (...) w postaci dwóch osób jako kierowników utrzymania - J. G. oraz J. W..

Do oferty (...) załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 26.03.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 26.03.2013 r.

Pismem z dnia 17.07.2013 r. (...) oddział w P. zwróciła się do M. D., T. D. (1) oraz (...) o wyjaśnienie, czy między ww. przedsiębiorcami występują powiązania pozwalające uznać ich za członków jednej grupy kapitałowej.

Odrębnymi pismami z tego samego dnia (...) wezwała ww. przedsiębiorców o nadesłanie zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach i zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, które to zaświadczenia spełniałyby wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zgodnie z punktem 9.3.3. i 9.3.4. SIWZ, do oferty winno zostać dołączone zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto, pismami z 17.07.2013 r. (...) oddział w P. wezwała T. D. (1), M. D. oraz (...) do przedstawienia kalkulacji zaoferowanej ceny celem wykazania, że nie stanowi ona ceny rażąco niskiej.

W odpowiedzi na pismo (...) oddział w P. T. D. (1), M. D. oraz (...) potwierdzili występujące pomiędzy przedsiębiorcami powiązania osobowe jednakże wskazali, że nie tworzą oni jednej grupy kapitałowej i prowadzą działalność gospodarczą w sposób całkowicie odrębny. T. D. (1) oraz (...) przesłały ponadto do (...) kopie protokołu walnego zgromadzenia akcjonariuszy (...) z dnia 27.06.2013 r., podczas którego T. D. (1) złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka rady nadzorczej spółki.

W związku z wezwaniem do nadesłania aktualnych zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach i niezaleganiu z opłacaniem składek przedsiębiorcy nadesłali następujące dokumenty:

- M. D. pismem z dnia 22.07.2013 r. przesłała zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków wystawione na dzień 17.05.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na dzień 24.05.2013 r.,
- T. D. (1) pismem z dnia 19.07.2013 r. przesłał zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 7.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 5.06.2013 r.,
- (...) pismem z dnia 22.07.2013 r. (błędnie datowanym na 22.03.2013 r.) przesłał zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 18.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na dzień 19.06.2013 r.

W odpowiedzi natomiast na wezwania (...) o złożenie wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny T. D. (1), M. D. oraz (...) złożyli wyjaśnienia, które zostały przygotowane w bardzo zbliżony sposób -zawierają one te same punkty (podane ponadto w tej samej kolejności), które wskazują na czynniki brane pod uwagę przy kalkulacji ceny:

- 1) częstotliwość wyjazdu brygady patrolowej,
- 2) ilość barier wymienianych w skali roku,
- 3) kwoty za ustawienie nowych barier,
- 4) kwoty za utrzymanie obiektów inżynierskich,
- 5) dozór, sprzątanie i konserwację przy pomocy brygad interwencyjnych,
- 6) utrzymanie oczyszczalni ścieków, urządzeń ochrony środowiska,
- 7) utrzymanie punktów oświetleniowych,
- 8) zorganizowanie tymczasowego obwodu utrzymania drogi,
- 9) ilość koszeń w ciągu sezonu,
- 10) sposób wykorzystania sprzętu (ilość godzin oraz udział materiałów),
- 1) wykorzystanie sprzętu wymaganego przez zamawiającego.

Pismem z dnia 23.08.2013 r. (...) Oddział w P. zwrócił się do oferentów z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Pismem z dnia 28.08.2013 r. (...) oddział w P. poinformował uczestników postępowania, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa (...) z siedzibą w D., która to oferta zajęła pierwotnie trzecie miejsce. Oferty złożone przez M. D., (...) oraz T. D. (1) (pierwotnie zajęły one odpowiednio: pierwsze, drugie oraz czwarte miejsce) zostały odrzucone, a wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania z powodu uznania przez Zamawiającego, że doszło między nimi do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu M. D., (...) oraz T. D. (1) z powodu uznania, że zawarli oni porozumienie ograniczające konkurencję została przesłana do uczestników postępowania e-mailem w dniu 29.08.2013 r.

Pismem datowanym na dzień 28.08.2013 r. (...) poinformował (...) Oddział w P., że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz zwraca się z prośbą o zwrot wadium.

W dniu 29.05.2013 r. (...) oddział w S. ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2013-2016 / trzy sezony zimowe/ w administracji (...) oddział w S. - 24 zadania”

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), (...) oddział w S. odstąpiła od wymogu opisu posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, wymogu wykazania wiedzy i doświadczenia oraz wymogu wykazania potencjału kadrowego. W ofertach wymagane było wykazanie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Na wykonanie poszczególnych zadań wpłynęło od 3 do 7 ofert, przy czym przedsiębiorcy mogli składać oferty na nieograniczoną ilość zadań.

M. D. pismem z dnia 12.07.2013 r. złożyła ofertę na zadania nr 12-14 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu M. D. powołała się na potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się do użyczenia 10 solarek oraz 20 pługów (oświadczenie z dnia 26.06.2013 r.),
- (...), która zobowiązała się do użyczenia 11 nośników do pługów i solarek (oświadczenie z 11.07.2013 r.).

Do oferty M. D. załączyła zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione na dzień 22.02.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne - 21.02.2012 r.

T. D. (1) pismem z dnia 15.07.2013 r. złożył ofertę na zadania nr 10, 12-17 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu T. D. (1) powołał się na potencjał techniczny:

- (...), która zobowiązała się do użyczenia 10 solarek oraz 20 pługów (oświadczenie z dnia 26.06.2013 r.),
- (...), która zobowiązała się do użyczenia 5 solarek, 20 pługów oraz 28 nośników do pługów i solarek (oświadczenie z 12.07.2013 r.).

Do oferty T. D. (1) załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w opłacaniu podatków wystawione na dzień 12.09.2012 r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne na dzień 15.11.2011 r.

(...) pismem z dnia 15.07.2013 r. złożyła ofertę na zadania nr 10,12-17 i 22. Celem wykazania, że przedsiębiorca spełnił warunki uczestnictwa w przetargu, poza powołaniem się na własny potencjał techniczny, Spółka powołała się na potencjał techniczny (...), która zobowiązała się do użyczenia potencjału technicznego w postaci 10 solarek i 20 pługów (oświadczenie z 26.06.2013 r.).

Do oferty (...) załączył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w opłacaniu podatków wystawione na dzień 7.08.2012 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne wystawione na dzień 7.08.2012 r.

Pismem z dnia 1.08.2013 r. (...) oddział w S. wezwała T. D. (1), M. D. oraz (...) do złożenia wyjaśnień co do ewentualnej przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

W odpowiedzi na wezwanie T. D. (1) (pismem z dnia 2.08.2013 r.) oraz (...) (pismem z dnia 5.08.2013 r.) wskazali, że pomiędzy przedsiębiorcami nie zachodzą powiązania pozwalające uznać ich za członków jednej grupy kapitałowej, albowiem są to odrębne podmioty działające samodzielnie. Przedsiębiorcy przesłali do (...) kopię protokołu walnego zgromadzenia akcjonariuszy (...) z 27.06.2013 r., podczas którego T. D. (1) złożył rezygnację z pełnionej funkcji członka rady nadzorczej.

Z uwagi na fakt, że zgodnie z punktem 8.3.3. oraz 8.3.4. SIWZ, do oferty należało dołączyć zaświadczenia z urzędu skarbowego oraz z zakładu ubezpieczeń społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, pismami z 24.07.2013 r. (...) oddział w S. wezwała T. D. (1), M. D. oraz (...) do nadesłania aktualnych zaświadczeń.

W odpowiedzi na wezwanie do nadesłania aktualnych zaświadczeń:

- M. D. pismem z 30.07.2013 r. przesłała zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione przez Urząd Skarbowy na dzień 26.02.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 24.05.2013 r.,
- (...), pismem z dnia 29.07.2013 r. przesłała zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 18.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 26.03.2013 r.,

- T. D. (1) przesłał pismem z 25.07.2013 r. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 7.06.2013 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 5.06.2013 r.

M. D. oraz (...) przesłali zaświadczenia nie spełniające wymogu aktualności określonego w SIWZ (M. D. przesłała nieaktualne zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, natomiast (...) przesłała nieaktualne zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych). Przedsiębiorcy ci dysponowali aktualnymi zaświadczeniami, które zostały przesłane wcześniej w odpowiedzi na wezwania wysłane przez (...) oddział w P. (M. D. przesłała do (...) oddział w P. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego wystawione na dzień 17.05.2013 r., natomiast (...) przesłała zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na dzień 19.06.2013 r.).

W dniu 10.09.2013 r. nastąpiło rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. W przedmiotowym postępowaniu, po dokonaniu otwarcia ofert okazało się, że w zadaniach nr 12, 13, 14 strony postępowania zajęły trzy kolejne miejsca (M. D. zajęła 1 miejsce, (...) zajęła 2 miejsce, T. D. (1) zajął 3 miejsce), natomiast w zadaniach nr 15 i 16 pierwsze miejsce zajął (...), a drugie miejsce zajął T. D. (1) a w zadaniu nr 22 - 1 miejsce zajęła M. D. a 2 miejsce zajął (...)

W rozstrzygnięciu postępowania (...) oddział w S. postanowiła wykluczyć oferty złożone przez T. D. (1), M. D. oraz (...) z powodu uznania, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci zmywy przetargowej. W związku z powyższym za najkorzystniejsze zostały uznane oferty zawierające najniższą cenę, z pominięciem ofert złożonych przez strony niniejszego postępowania.

Na wezwanie Prezesa UOKiK (...) Sp. z o.o. w Ł. wyjaśniła pismem z dnia 7.01.2014 r., że współpracowała w przeszłości z (...) w zakresie dotyczącym wzajemnego użyczenia sprzętu niezbędnego do przystąpienia do przetargów. W związku z powyższym sprzęt i doświadczenie zostało udostępnione (...) na potrzeby przetargu organizowanego przez (...) oddział w P. na zasadzie wzajemności, albowiem (...) udostępnił (...) sprzęt w przeszłości na potrzeby innego przetargu.

(...) wskazała, że nie współpracowała nigdy z M. D. oraz z T. D. (1), a wiedza i doświadczenie oraz potencjał techniczny zostały użyczone na potrzeby przetargu organizowanego przez (...) oddział w P. ww. przedsiębiorcom na prośbę P. D.. Ustalenia były dokonywane ze strony (...) z P. D.. Szczegółowe warunki współpracy z T. D. (1) lub M. D. czy (...) miały zostać ustalone w przypadku wybrania określonej oferty za najkorzystniejszą.

(...) wyjaśniła pismem z dnia 16.01.2014 r., że głównym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest zakup i sprzedaż sprzętu do utrzymania dróg. (...) użyczyła potencjału technicznego T. D. (1), (...) oraz M. D. na potrzeby przetargów organizowanych w 2013 r. przez (...) oddział w P. oraz (...) oddział w S. pod warunkiem wygrania przetargu. Ustalenie wynagrodzenia za użyczenie sprzętu miało nastąpić po podpisaniu umowy z zamawiającym.

T. D. (1) wskazał pismem z dnia 30.12.2013 r., że nie współpracował z (...), czy też (...) a uzgodnienie zasad współpracy co do wynagrodzenia za użyczenie sprzętu miało się odbyć w terminie późniejszym. Podobnie, uzgodnienie wynagrodzenia za udostępnienie potencjału technicznego z (...) miało nastąpić w terminie późniejszym.

M. D. wskazała pismem z dnia 27.01.2014 r., że ustalenia z (...) oraz (...) dotyczące wynagrodzenia miały nastąpić po wygraniu przetargu. Udostępnienie wiedzy, sprzętu i zdolności finansowych przez (...) miało natomiast nastąpić bezpłatnie i bez wynagrodzenia.

(...) wskazał pismem z dnia 31.12.2013 r., że nie współpracuje z (...), a potencjał techniczny miał zostać udostępniony na zasadzie wynajmu, lub sprzedaży po rozstrzygnięciu przetargu. Na etapie przygotowywania oferty nie uzgodniono ceny udostępnienia sprzętu. Podobnie, na etapie przygotowywania ofert nie było ustalane wynagrodzenia z tytułu udostępnienia doświadczenia oraz potencjału technicznego przez (...). (...) udostępnił T. D. (1) oraz M. D. wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny na zasadach wynajmu, lecz nie było ustalane wynagrodzenie za powyższe udostępnienie.

(...) osiągnął w 2013 r. przychód w wysokości 12.722.072,81 zł, przy czym dochód ze świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg stanowił prawie 40% przychodu przedsiębiorcy.

T. D. (1) osiągnął w 2013 r. przychód w wysokości 49.033.799,10 zł, przy czym przedsiębiorca nie osiągnął przychodów z tytułu świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg.

M. D. osiągnęła w 2013 r. przychód w wysokości 888.572,03 zł, przy czym przedsiębiorca nie osiągnął przychodów z tytułu świadczenia usług polegających na utrzymaniu dróg.

Na podstawie powyższych ustaleń Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że odwołania powodów nie są uzasadnione.

Sąd Okręgowy co do zasady 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.

Praktyka, którą pozwany uznał jako ograniczającą konkurencję, polegała na zawarciu porozumienia przez przedsiębiorców T. D. (1), M. D. oraz (...) przystępujących do przetargów publicznych organizowanych w 2013 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg, polegającego na uzgodnieniu treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań przetargowych poprzez składanie nieaktualnych zaświadczeń, co miało umożliwić przedsiębiorcom wycofanie się z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę.

Przedsiębiorcy będący konkurentami, co do zasady nie mogą koordynować swoich rynkowych zachowań - prawo konkurencji surowo traktuje większość form ograniczania rywalizacji takich przedsiębiorców i zastępowanie jej współpracą. Konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 11 ustawy okik są przedsiębiorcy, którzy w tym samym czasie występują z ofertą zakupu lub sprzedaży towarów/usług na rynku właściwym. W ustalonym stanie faktycznym bezsporne w ocenie Sądu Okręgowego było, że zarówno M. D., powód T. D. (1) jak i powód (...) są 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 wygranę przetargów do których odrębnie przystępowali. Przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy okik ze względu na pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy (art. 70¹ § 1 k.c.) przez wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Stąd też, zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu w trybie art. 7 ust. 1 ustawy okik, spod zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy okik (bagatelność na rynku właściwym) które to wyłączenie jest przewidziana dla innych form antykonkurencyjnego porozumienia. Jest to jeden z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień występujących w obrocie gospodarczym.

Sąd Okręgowy dokonał oceny prawnej faktów, którym co do zasady żaden z powodów nie zaprzeczył a jedynie zakwestionowali ich ocenę, oraz czy fakty te ujęte w całość mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy- poprzez złożenie nieaktualnych zaświadczeń - dowód naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7. ustawy okik.

Dokonując oceny zachowania przedsiębiorców Sąd pierwszej instancji zważył, że za istnieniem koordynacji ich działań przemawiają osobiste powiązania między przedsiębiorcami, treść i sposób przygotowania ofert a także zachowanie powodów i M. D. w toku postępowania przetargowego.

Sąd Okręgowy podzielił wnioski do jakich doszedł Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji, że strony zawarły porozumienie, które miało prowadzić do ograniczenia ofert przetargowych a przy sprzyjających okolicznościach spowodować, że zamawiający wybrały najdroższą ofertę z ofert złożonych przez strony postępowania. Dlatego też (...) czynił starania aby w tych samych przetargach uczestniczyli T. D. (1) i M. D. na co wskazuje treść ofert a w szczególności fakt, iż obu przedsiębiorcom składającym konkurencyjne oferty (...) udzielił własnego doświadczenia, potencjału technicznego i kadrowego, bez których niemożliwy byłby ich start w przetargu. M. D. powołała się ponadto,

składając swoją ofertę, na zdolności finansowe (...) w postaci udzielonej jej zdolności kredytowej do 4 500 000 zł a także oświadczyła, iż udzielenie jej przez (...) potencjału nastąpiło bezpłatnie. W obu postępowaniach przetargowych strony postępowania powoływały się ponadto na potencjał techniczny innych przedsiębiorców tj. (...) oraz (...), z którymi wcześniej współpracował (...). Z wyjaśnień złożonych przez (...) wynika, iż jego potencjał został udzielony pozostałym stronom na prośbę P. D. - Prezesa Zarządu (...). Sąd Okręgowy wskazał, iż nie dał wiary w tym zakresie wyjaśnieniom M. D., że negocjacje z (...) w sprawie udzielenia wsparcia prowadziła samodzielnie, bez pośrednictwa (...), gdyż przeczą temu, ocenione jako wiarygodne wyjaśnienia złożone przez tego przedsiębiorcę w postępowaniu administracyjnym.

W ocenie Sądu pierwszej instancji zachowania (...) na etapie przygotowania ofert nie da się wytłumaczyć w inny sposób niż zawarciem przez strony niedozwolonego porozumienia. Nie jest bowiem zachowaniem typowym dla przedsiębiorcy rywalizującego na rynku z innymi przedsiębiorcami o wygranie przetargu, czynienie starań aby inni przedsiębiorcy (M. D. i T. D. (1)) startowali w tym samym przetargu składając konkurencyjne oferty. Trudno wytłumaczyć względami ekonomicznymi bezpłatne udzielanie potencjału konkurentom oraz pośredniczenie w rozmowach z innymi przedsiębiorcami, którzy mieliby udzielić potencjału umożliwiającego start jego konkurentom w przetargach organizowanych przez (...). W związku z zawarciem porozumienia oferty M. D., T. D. (1) i (...) były niemalże identyczne, ponieważ powoływały się na ten sam potencjał techniczny i kadrowy a różnice dotyczyły zaofferowanej ceny.

Uzgodnienie treści ofert wiązało się, ściśle z uzgodnieniem przez strony wzajemnego zachowania w trakcie przetargów. Załączenie do ofert nieaktualnych zaświadczeń z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płaceniu podatków oraz z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek a także nieuzupełnienie tych braków na wezwanie zamawiającego bądź ich nieprawidłowe uzupełnienie, świadczy o zamierzonym przez strony manipulowaniu ofertami, tak aby doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród złożonych przez uczestników porozumienia. W postępowaniu przetargowym prowadzonym przez (...) oddział w S. nieprawidłowe uzupełnienie ofert przez M. D. i (...) i doprowadzenie przez to do wykluczenia ich ofert spowodowałyby wybranie na pięć zadań oferty T. D. (1), która łącznie (co do pięciu zadań) była wyższa od najniższych ofert złożonych przez M. D. oraz (...) o ponad 4 miliony złotych. Wskazane przez M. D. i (...) przyczyny nieprawidłowego uzupełnienia ofert na wezwanie zamawiającego, nie były dla Sądu Okręgowego przekonujące. Przedsiębiorca przystępujący do przetargu jest zainteresowany wygraniem go ponieważ spodziewa się korzyści ekonomicznych, których osiągnięcie jest celem prowadzonej działalności gospodarczej, dlatego też racjonalny przedsiębiorca decydując się na udział w przetargu bardzo starannie przygotowuje ofertę a w przypadku gdy wystąpią błędy bądź braki oferty niezwłocznie je uzupełnia. W omawianym przypadku przedsiębiorcy dysponowali aktualnymi zaświadczeniami, które składali we wcześniejszym przetargu organizowanym przez oddział w P. a zatem z łatwością mogli prawidłowo uzupełnić ofertę. Także w postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez oddział (...) w P. strony dołączyły do składanych ofert nieaktualne zaświadczenia, co zdaniem Sądu pierwszej instancji świadczy także o zamiarze realizacji porozumienia polegającego na ograniczeniu ofert przetargowych.

Złożenie przez strony w obu przetargach nieprawidłowych zaświadczeń a także nieprawidłowe uzupełnienie ofert w trakcie postępowania organizowanego przez (...) w S. nie jest wytłumaczalne w żaden inny sposób jak tylko zamiarem wpłynięcia na ostateczny wynik przetargów. Zdaniem Sądu rozpoznającego sprawę po ogłoszeniu wyniku przetargu, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu dochodziło do koordynacji ich zachowań w celu ograniczenia ofert i spowodowania aby zamawiający był zmuszony, ze względu na kryterium cenowe, do wybrania oferty najdroższej z ofert złożonych przez strony postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego zawarcie przez strony porozumienia ograniczającego konkurencję zostało stwierdzone na podstawie szeregu wskazanych wyżej okoliczności, które wzięte łącznie pod uwagę jednoznacznie wskazują, że M. D., T. D. (1) i (...) uzgodnili treść składanych ofert oraz sposób zachowania się w organizowanych przez (...) przetargach w celu doprowadzenia do wyboru tego z ww. wymienionych przedsiębiorców, który zaofferował najwyższą cenę.

Taka synchronizacja działań przedsiębiorców, których łączą relacje rodzinne i biznesowe nie może być zwykłym zbiegiem okoliczności, gdyż przypadkowość aż w takim zakresie jest nieprawdopodobna. Powyższe okoliczności pozwoliły Sądowi na ustalenie, że doszło do naruszenia przez powodów art 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Przy czym Sąd pierwszej instancji 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.

Sąd Okręgowy zważył, 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 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. Kara ta w myśl powołanego wyżej przepisu może zostać nałożona w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeśli przedsiębiorca choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 uokik.

Uwzględniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, jak tego wymaga art. 111 uokik, Sąd doszedł do przekonania, że właściwe było przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że stwierdzone porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, chociaż nie eliminowało ono konkurencji, gdyż na rynku na którym zostało zawarte nie występują znaczące bariery wejścia na rynek. Jednocześnie porozumienie nie wywarło skutku na rynku właściwym, gdyż strony niniejszego postępowania zostały wykluczone z udziału w postępowaniu przetargowym. Prawidłowe także było zakwalifikowanie działania każdego z powodów jako działania umyślnego, gdyż wobec wyeliminowania przypadkowości w działaniach powodów, oczywistym było, że porozumienie miało charakter umyślny, gdyż wymagało skoordynowanych działań każdego ze zmwiających się przedsiębiorców a powodowie uzgodnili taki sposób działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił okoliczność, iż T. D. (1) nie osiągnął w 2013r. przychodów z rynku właściwego, co spowodowało zmniejszenie wyliczonej kary nałożonej na tego przedsiębiorcę.

Dlatego ustalenie kar dla (...) na poziomie 153.937,00 zł co stanowi 1,21% przychodu uzyskanego w 2013 r. i 12,1% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik oraz dla T. D. (1) w wysokości 355.985,00 zł stanowiącej 0,73% przychodu za 2013 r. oraz 7,3 % kary maksymalnej Sąd Okręgowy uznał za adekwatne do znacznego stopnia naruszenia reguł konkurencji.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powodów w całości w oparciu o art. 479^{31a} § 1 k.p.c., wobec braku podstaw do ich uwzględnienia, natomiast o kosztach postępowania orzekł w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c. obciążając nimi w całości powodów stosownie do wyniku sporu na podstawie 98 § 3 k.p.c, zaliczając do nich koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Apelację od powyższego wyroku złożyli powodowie.

Powód (...) zaskarżył powyższe orzeczenie w części, tj. w zakresie w jakim Sąd I instancji oddalił odwołanie złożone przez powoda (...) Spółka Akcyjna (w tym zakresie część pkt 1 wyroku) oraz obciążył go kosztami postępowania (całość pkt 2 wyroku) i zarzucił mu:

I. naruszenie art. 233 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, tj. nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego w zakresie zachowania powoda, T. D. (1) oraz M. D. jako przedsiębiorców, co doprowadziło do błędów w ustaleniach faktycznych mającego wpływ

na wynik postępowania i przyjęcie, iż doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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,

I. naruszenie art 233 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, tj. nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez niewłaściwą ocenę wiarygodności i mocy dowodowej zeznań powoda oraz M. D. w zakresie powodów nieprawidłowego uzupełnienia ofert przetargowych, co doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych mającego wpływ na wynik postępowania i przyjęcie doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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,

II. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez przyjęcie iż między powodem a T. D. (1) i M. D. doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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,

III. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez przyjęcie, iż kara nałożona na powoda w wysokości 153.937 zł jest karą odpowiednią.

W związku z powyższymi zarzutami powód wniósł o:

1) uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania (...) Spółka Akcyjna w całości poprzez uchylenie Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKiK w P. nr (...) z dnia 17 października 2014 r. w przedmiocie uznania działania podmiotów za praktykę ograniczającą konkurencję oraz nałożenia na powoda kary pieniężnej,

względnie:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w części w zakresie pkt II ppkt 1 i zmniejszenie wysokości kary;

1) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód **T. D. (1)** zaskarżył natomiast przedmiotowy wyrok w części, tj. w zakresie oddalenia przez Sąd odwołania złożonego przez powoda T. D. (1) - punkt 1. wyroku oraz obciążenia go kosztami postępowania - punkt 2. wyroku.

Powyższemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego przez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i nadużycie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez niewłaściwe przyjęcie, że powód T. D. (1), (...) S.A. oraz Zakład (...) zawarli porozumienie ograniczające konkurencję,

1. naruszenie art. 106 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niesłuszne uznanie, że kara nałożona na powoda T. D. (1) jest prawidłowo ustalona i uwzględnia w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o:

1. uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania,

albo:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania powoda T. D. (1) w całości i uchylenie Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKiK w P. nr (...) z dnia 17 października 2014 r.

albo:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie pkt II ppkt 2 i zmniejszenie kary nałożonej na powoda T. D. (1);

Dodatkowo, wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda T. D. (1) zwrotu kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedziach na apelacje wniesione przez (...) oraz T. D. (2), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie apelacji powodów oraz o zasądzenie od każdego z powodów na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje powodów: (...) S.A. w S. oraz T. D. (1) okazały się uzasadnione, prowadziły do zmiany zaskarżonego wyroku i uchylenia decyzji Prezesa UOKiK w zakresie ich dotyczącym (t.j. pkt I, II.1 i II.2).

Uzasadniony okazał się zarówno zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. dotyczący braku wszechstronnej oceny dowodów, jak również - w konsekwencji - zarzut naruszenia prawa materialnego t.j. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50 poz. 331 ze zm.- dalej jako: ustawa okik), poprzez uznanie przez Sąd I instancji, że powodowie oraz zainteresowana M. D. zawarli porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, polegające na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania dróg, treści składanych ofert oraz zachowania w toku prowadzonych postępowań celem doprowadzenia do wyboru tego z w/w przedsiębiorców, który zaoferował najwyższą cenę.

W sprawie niniejszej Prezes UOKiK nie przedstawił dowodów bezpośrednich świadczących o zawarciu pomiędzy powodami a zainteresowaną niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik (tzw. umowy przetargowej).

W takiej sytuacji orzecznictwo zarówno krajowe jak i Unii Europejskiej dopuszcza możliwość posługiwania się m.in. dowodami pośrednimi oraz domniemaniami faktycznymi. Z natury rzeczy strony zawierające niedozwolone porozumienie starają się ten fakt ukryć, co powoduje, że brak jest w tym zakresie dowodów bezpośrednich. Dowody bezpośrednie to dowody z pierwszej ręki, pochodzące od uczestników spotkań i bezpośrednio wskazujące na jego uczestników, mogą one występować zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej relacji przedstawionej później. Dowody pośrednie, zwane też poszlakami, dotyczą faktu dowodowego, ubocznego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006r. (III SK 6/06, LEX nr 354144) uznał za dopuszczalne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. Podkreślenia wymaga jednak, że ciężar udowodnienia naruszenia prawa konkurencji

spoczywa na organie antymonopolowym, który formułuje zarzuty naruszenia przepisów antymonopolowych. Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku (wyrok Sądu najwyższego z dnia 24 kwietnia 1996r., I CRN 49/96, OSNCP 1996, Nr 9 poz. 124). Koniecznym jest więc udowodnienie, że zachowania przedsiębiorców nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych.

Jednocześnie, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że w mimo, że kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie ustawy okik uważane są za sankcje administracyjnoprawne, nie zaś sankcje karne, to w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji decyzji organu, powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Wymogi składające się na podwyższony standard ochrony przedsiębiorcy to np. obowiązek spoczywający na Prezesie UOKiK wykazania istnienia przesłanek nałożenia kary pieniężnej oraz obowiązek Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzenia dogłębnej analizy w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej.

Podejmując próbę ustalenia standardu dowodowego, który powinien znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie zwrócić należy uwagę na wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 września 2006 r. w sprawie D. Bank (...) (...). Wskazano w nim, że jeśli chodzi o zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję organ antymonopolowy „ma obowiązek dostarczyć dowody stwierdzonych przez nią naruszeń i dane pozwalające wykazać, w wymagany prawem sposób, istnienie okoliczności faktycznych leżących u podstaw naruszenia”, a „istnienie wątpliwości po stronie sądu musi być rozstrzygane na korzyść przedsiębiorstwa będącego adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie”. Sąd Pierwszej Instancji podniósł, że „konieczne jest, by Komisja wskazała precyzyjne i spójne dowody w celu wykazania istnienia naruszenia”, podkreślając, iż „nie każdy z dowodów dostarczonych przez Komisję musi koniecznie odpowiadać tym kryteriom w odniesieniu do każdego elementu naruszenia. Wystarczy, by zbiór wskazanych przez instytucję poszlak jako całość odpowiadał temu wymogowi”. W uzasadnieniu przedstawianego orzeczenia stwierdzono, iż „istnienie praktyki antykonkurencyjnej lub porozumienia antykonkurencyjnego może więc zostać wyprowadzone z szeregu zbieżnych zdarzeń i poszlak, które – analizowane łącznie – mogą stanowić, w braku innego spójnego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji”.

W niniejszym przypadku Prezes UOKiK nie zdołał udowodnić zawarcia porozumienia pomiędzy powodami i zainteresowaną. Jako okoliczności świadczące o zawarciu porozumienia polegającego na ograniczaniu ofert przetargowych pozwany wskazywał: osobiste powiązania między przedsiębiorcami, treść i sposób przygotowania ofert, zachowanie powodów i M. D. w toku postępowania przetargowego. Porozumienie miało bowiem obejmować umożliwienie przez (...) złożenie ofert w tych samych przetargach przez T. D. (1) i M. D., uzgodnienie treści tych ofert i uzgodnienie zachowania w toku prowadzonych przetargów (przede wszystkim załączenie nieaktualnych zaświadczeń i nieuzupełnienie braków ofert). Prezes UOKiK dokonał analizy w przypadku dwóch przetargów. Pierwszy z nich był ogłoszony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w P. w dniu 3 kwietnia 2013r. i dotyczył całorocznego utrzymania drogi ekspresowej (...) G.-P.. Termin składania ofert został początkowo wyznaczony na dzień 17 maja 2013r., następnie został przedłużony do dnia 2 lipca 2013r. W odpowiedzi na ogłoszenie wpłynęło 13 ofert. Pierwsze miejsce zajęła oferta M. D., drugie - (...), czwarte - T. D. (1). Podmioty powyższe wezwano do uzupełnienia braków ofert poprzez złożenie aktualnych zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS, które zostały przez nich nadesłane. Drugi przetarg został ogłoszony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w S. w dniu 29 maja 2013r. i dotyczył zimowego utrzymania dróg w latach 2013-2016. Termin otwarcia ofert wyznaczono pierwotnie na dzień 9 lipca 2013r., który następnie przedłużono do dnia 15 lipca 2013r. Na wykonanie poszczególnych zadań wpłynęło od 3 do 7 ofert. Wyniki powodów i zainteresowanej były następujące:

zadanie nr 10

miejsce 2 (...), miejsce 4 T. D. (1)

zadanie nr 12

miejsce 1 M. D., miejsce 2 (...), miejsce 3 T. D. (1)

zadanie nr 13

miejsce 1 M. D., miejsce 2 (...), miejsce 3 T. D. (1)

zadanie nr 14

miejsce 1 M. D., miejsce 2 (...), miejsce 3 T. D. (1)

zadanie nr 15

miejsce 1 (...), miejsce 2 T. D. (1)

zadanie nr 16

miejsce 1 (...), miejsce 2 T. D. (1)

zadanie nr 17

miejsce 3 (...), miejsce 4 T. D. (1)

zadanie nr 22

miejsce 1 M. D., miejsce 2 (...), miejsce 4 T. D. (1).

W przypadku tego przetargu wezwano T. D. (1), M. D. i (...) do nadesłania aktualnych zaświadczeń z urzędu skarbowego i ZUS, które zostały wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. M. D. nadesłała nieaktualne zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, (...) z ZUS.

W ocenie Prezesa UOKiK w przypadku obu przetargów o porozumieniu miała świadczyć niemal identyczna treść ofert - powoływanie się na to samo doświadczenie, potencjał techniczny oraz potencjał kadrowy, należący przede wszystkim do (...) oraz fakt złożenia nieaktualnych zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS. W ocenie Prezesa złożenie nieaktualnych zaświadczeń stanowiło działanie celowe i mające na celu umożliwienie ograniczenia ofert przetargowych po otwarciu ofert. Przedstawione tezy Prezesa UOKiK nie znajdują żadnego potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, nie można ponadto uznać, że nie stanowią zachowania nieadekwatnego do istniejących warunków rynkowych.

Podobieństwa ofert mogą stanowić pochodną wielu czynników. Ich źródłem może być fakt ponoszenia zbliżonych kosztów oraz dysponowania zbliżonym zasobem informacji o sytuacji na rynku. Nie jest też naganne, że powiązani relacjami osobistymi i gospodarczymi przedsiębiorcy prowadzą podobną działalność gospodarczą, ani w tym, że na pewnych płaszczyznach ściśle 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. Nie do przyjęcia byłoby stanowisko, że z faktu utrzymywania przez konkurentów bliskich relacji osobistych i gospodarczych wynika domniemanie zawarcia przez nich porozumienia ograniczającego konkurencję. Współpraca między konkurentami ma często prokonkurencyjny i sprzyjający podnoszeniu efektywności charakter. Podkreślenia wymaga, że w pewnych przypadkach odmowa nawiązania lub dalszego utrzymywania takiej współpracy stanowić może naruszenie prawa konkurencji.

Do naruszenia prawa antymonopolowego nie musi dojść nawet wtedy, gdy 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. Prezes Urzędu musi jednak wykazać, że zachowanie

uczestników danego porozumienia odbiega od postępowania, które można byłoby uznać za modelowe dla przedsiębiorców, którzy w takim porozumieniu nie uczestniczą.

W niniejszym przypadku Prezes UOKiK nie wykazał takiego odstępstwa od modelowego zachowania. Przede wszystkim nie zbadał istniejących warunków rynkowych związanych z usługą, którą przedsiębiorcy mieliby świadczyć. Aby móc je wykazać winien np. na jakim poziomie cenowym usługa byłaby dla przedsiębiorcy opłacalna oraz za jaką cenę faktycznie usługi zostały wykonane przez podmioty wygrywające.

Materiał dowodowy zebrany w toku postępowania administracyjnego pozwala na wyciągnięcie wniosku, że przedsiębiorcy nie uczestniczyli razem w innych przetargach poza kwestionowanymi dwoma oraz zajmowali się innego rodzaju działalnością gospodarczą. Wyłącznie spółka (...) specjalizowała się m.in. w działalności polegającej na utrzymaniu dróg. T. D. (3) zajmował się dostawą oleju opałowego, M. D. budową dróg i wałowaniem dróg gruntowych. W tej sytuacji, gdy podmioty te postanowiły przystąpić do przetargów związanych z zimowym i całorocznym utrzymaniem dróg, nie stanowi zachowania nieadekwatnego do sytuacji korzystanie z potencjału innych firm oraz współpraca przedsiębiorców z (...) Nie jest to w żadnym razie działanie nielegalne, zaś brak doświadczenia M. D. i T. D. (1) uzasadnia taką współpracę oraz udzielenie zarówno wiedzy, jak i potencjału technicznego i kadrowego. Okoliczność powyższa, jak również fakt, że były to jedyne przetargi, w których strony uczestniczyły wspólnie, czyni wątpliwe założenie Prezesa UOKiK, że to (...) czynił starania, aby w tych samych przetargach uczestniczyli M. D. i T. D. (1), zaś jedynym wytłumaczeniem tego zachowania jest zawarcie niedozwolonego porozumienia.

Również na aprobatę nie zasługuje teza Prezesa UOKiK, że uzgodnienie treści ofert ściśle wiązało się z uzgodnieniem zachowania w toku prowadzonych przetargów. Pozwany uznał, że treść oferty, w tym załączenie nieaktualnych zaświadczeń miało umożliwić przedsiębiorcom wycofanie się z postępowania poprzez nieuzupełnienie braków i doprowadzenie do wyboru oferty z najwyższą ceną. Prezes UOKiK twierdził, że strony składając oferty obarczone brakami otwierały sobie drogę do rezygnacji z dalszego udziału w postępowaniu przetargowym poprzez ewentualne nieuzupełnienie braków. Szczególnie wątpliwości wzbudza fakt, że w przypadku analizowanego przez Prezesa UOKiK przetargu zorganizowanego przez (...) oddział w P., strony uzupełniły braki formalne ofert i gdyby nie zostały one odrzucone przez zamawiającego (w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia), zwyciężyłaby M. D. (zajmująca pierwotnie miejsce pierwsze i oferująca najniższą cenę). W sytuacji natomiast, gdyby powodowie i zainteresowana nie uzupełnili braków - wygrałaby oferta T. B., gdyż ten przedsiębiorca zajął w tym przetargu miejsce 3 przed T. D. (1). W świetle przedstawionych faktów nie można zgodzić się z pozwanym, że uzupełnienie braków mogło wynikać zarówno z faktu, że przedsiębiorcy nie zajęli trzech pierwszych miejsc, jak też z obawy przed łatwiejszym wykryciem porozumienia przez zamawiającego (przetarg nie został podzielony na zadania, a strony były wzywane o wyjaśnienie, czy występują pomiędzy nimi powiązania pozwalające uznać ich za członków grupy kapitałowej). Skoro najwyższą cenę oferował T. D. (1) zajmujący miejsce 4, to zarówno uzupełnienie dokumentacji przetargowej, jak i jej nieuzupełnienie, nie dawało mu zwycięstwa. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że strony w tym przypadku dopuściły się manipulacji ofertami, zwłaszcza, że zgodnie z wezwaniem dopełniły formalności. Odnosząc się natomiast do przetargu zorganizowanego przez (...) oddział w S., wskazać należy, że Prezes Urzędu nie zbadał zachowania stron w szerszym kontekście t.j. nie dokonał analiz strukturalnych dotyczących liczby przetargów, w których brali udział powodowie i zainteresowana (w ilu przetargach uczestniczyli, jakie zajęli miejsca, w ilu zrezygnowali, kto zwyciężył wskutek ich rezygnacji oraz jakiej branży przetargi dotyczyły). Powszechnie zdarza się bowiem, że przedsiębiorcy startują w kilkudziesięciu lub kilkuset przetargach i nie jest możliwe, aby byli w stanie, w przypadku wyboru ich oferty, wykonać wszystkie prace. Nieuzupełnienie braków mogło być związane z niemożnością realizacji zamówienia w danym czasie. Podobnie mogło się zdarzyć w przypadku ekonomicznej nieopłacalności wykonania prac za zaproponowane ceny. Pozwany nie wykluczył więc możliwości dobrowolnej rezygnacji przedsiębiorców z dalszego uczestnictwa w przetargu, nie związanej z zawarciem niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik.

Wobec niewykazania przesłanek zawarcia porozumienia przez powodów, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. dokonał zmiany zaskarżonego wyroku, poprzez uchylenie decyzji w zakresie pkt I i wobec niespełnienia przesłanek z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy oik zakresie pkt II.1 i II.2 co do nałożenia na powodów kar pieniężnych.

W konsekwencji na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zmianie podlegało rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego 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 adwokackie z dnia 22 października 2015r. (Dz.U. z 2015r. poz. 1800)