

*Sygn. akt VII AGa 1846/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 24 stycznia 2019 r.*

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

*Przewodniczący: SSA Magdalena Sajur - Kordula (spr.)*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński*

*SO del. Agnieszka Grzybczak-Stachyra*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2019 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa W. L. (1) i G. L.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję*

*na skutek apelacji powodów*

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

*z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt XVII AmA 66/16*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:*

*1) w punkcie pierwszym uchyla decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 sierpnia 2016 roku nr (...);*

*2) w punkcie drugim zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz G. L. kwotę 1 457 zł (jeden tysiąc czterysta pięćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*3) w punkcie trzecim zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz W. L. (1) kwotę 1 457 zł (jeden tysiąc czterysta pięćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*II. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz G. L. kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;*

*III. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz W. L. (1) kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VII AGa 1846/18*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 19 sierpnia 2016 r. (...) r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego uznał się za praktykę ograniczającą konkurencję, porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowych dostaw maki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych, pomiędzy przedsiębiorcami:

- G. L. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) G. W. L. z siedzibą w P., oraz;
- W. L. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) W. L. (1) z siedzibą w P.;

polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy we W. przy ul. (...) na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, działania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzanie w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdził się jej zaniechanie z dniem 12 września 2011r.

Ponadto na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy

nałożył na wskazanych przedsiębiorców karę pieniężną za naruszenie zakazu określonego w art.6 ust. 1 pkt 7 wymienionej ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji, w następującej wysokości:

\*G. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) G.W. L. z siedzibą w P. - karę w wysokości 11 754,75 zł

•W. L. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) W. L. (1) z siedzibą w P. - karę w wysokości 10 732,93 zł.

Wyrokiem z dnia 13 marca 2018r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie, zasądził od powodów na rzecz pozwanego kwoty po 1440 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd I instancji oparł swe rozstrzygnięcie na podstawie następujących ustaleń i rozważań prawnych:

G. L. zamieszkała w B., prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) G.W. L. z siedzibą w (...), (...)- (...) P., w zakresie m.in. produkcji pieczywa (kod (...)10.71.Z.P). W. L. (1) zamieszkały w B. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia (...) W. L. (1) z siedzibą w (...), (...)-(...) P., w zakresie m.in. produkcji pieczywa (kod (...)10.71.Z.P).

W ramach swojej działalności, przedsiębiorcy biorą udział w przetargach na dostawę m.in. pieczywa i mąki, organizowanych w szczególności przez różne podmioty na obszarze całego kraju.

G. L. i W. L. (1) są małżeństwem. Od 2005 r. prowadzą działalność pod tym samym adresem. Oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty - stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, posiadają identyczny adres siedziby, ten sam nr telefonu i fax-u. Według oświadczenia stron, firmy posiadają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

W dniu 1 września 2011 roku władze Aresztu Śledczego we W. przy ul. (...) ogłosiły postępowanie przetargowe, w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej

125 000 EURO, na wykonywanie sukcesywnych dostaw artykułów spożywczych w okresie kolejnych 12 miesięcy od podpisania umowy. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dostawy dotyczyły takich artykułów jak: chleb mieszany, mąka pszenna, bułka tarta.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 5 ofert, wśród nich oferty złożone przez Piekarnię (...)W. L. o wartości 231.462 zł i Piekarnię (...) o wartości 241.592,40.

Po zamknięciu procedury składania ofert, Zamawiający na podstawie przyjętego kryterium oceny – „najniższa cena” dokonał w dniu 12 września 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia (...)W. L. z P..

Tego samego dnia Zamawiający wysłał ww. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu - przedsiębiorcy G. L., zaś G. L. wysłała informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia (...) z P..

Równoległe do opisanego powyżej przetargu Zakład Karny nr 1 we W. przy ul. (...) przeprowadził przetarg na dostawę chleba przez okres 12 miesięcy w ilości szacunkowej 240 000 kg . W dniu 23 sierpnia 2011 r. władze wymienionej placówki ogłosiły postępowanie przetargowe, w trybie przetargu nieograniczonego. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 8 ofert, wśród nich oferty złożone przez Piekarnię (...)W. L. o wartości 413.280 zł i Piekarnię (...) o wartości 451.080 zł.

Po zamknięciu procedury składania ofert W. L. (1) dnia 7.09.2011 r. wystąpił z wnioskiem o przesłanie informacji dotyczącej otrzymanych ofert na dostawę chleba. W odpowiedzi, dnia 8.09.2011 r. Zakład Karny przesłał zainteresowanym przedmiotową informację z zestawieniem zbiorczym złożonych ofert.

Zamawiający dokonał w dniu 14 września 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia (...)W. L. z P.. Tego samego dnia Zamawiający wysłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu G. L..

W związku z prowadzoną działalnością W. L. (1) i G. L. jednocześnie brali udział m. in. w następujących postępowaniach przetargowych, które miały miejsce w 2011 i 2012 r. :

1) W grudniu 2011 r. w Ośrodku (...) w którym złożyli następujące oferty: Piekarnia (...) o wartości **27 687,00 zł**, Piekarnia (...)W. L. o wartości **29 408,00 zł**. Dnia 20.12.2011 r. po otrzymaniu informacji od Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty przedsiębiorcy W. L. (1) w dniu 29.12.2011 r. przedsiębiorca W. L. (1) wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia (...)W. L. z P..

2) W marcu 2011 r. w Zespole Szkół (...), ul. (...) w O., w którym złożyli następujące oferty: Piekarnia (...), P. o wartości Piekarnia (...), P. o wartości **17 963,00 zł** i Piekarnia (...)W. L., P. o wartości **20 089,65 zł**. Dnia **28.03.2011 r.** po otrzymaniu informacji o wygranej w przetargu przedsiębiorca W. L. (1) nadesłał pismo do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn i z uwagą, iż zamówienie należy zlecić drugiemu oferentowi). Wobec powyższego Zamawiający dokonał zatem wyboru drugiej oferty, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia (...)W. L. z P..

3) W czerwcu 2011 r., w Centrum (...), składając oferty o następujących wartościach: Piekarnia (...), P. **45 114,98 zł**, Piekarnia (...)W. L., P. **48 658,80 zł**.

Po otrzymaniu informacji o wygranej w przetargu, dnia 27.06.2011 r. przedsiębiorca W. L. (1) wysłał informację do Zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający dokonał zatem wyboru drugiej najkorzystniejszej cenowo oferty, tj. oferty przedsiębiorcy: Piekarnia (...).W. L. z P..

1) W styczniu 2012 r. w P. Opiekuńczo-Wychowawczej typu Socjalizacyjnego w G. składając oferty o następujących wartościach: Piekarnia (...), P. **47 871,89 zł**, Piekarnia (...).W. L., P. **51 071,84 zł**. W dniu 20 stycznia 2012 r. wpłynęła rezygnacja Piekarni (...), P. na rzecz kolejnego oferenta -przedsiębiorcy G. L..

1) w październiku 2011 r. w Zakładzie Karnym Nr 1 w S. składając oferty o następujących wartościach: Piekarnia (...), P. **274 613,33 zł** i Piekarnia (...).W. L., P. **263 103,23 zł**. W dniu 24 października 2011 r. przedsiębiorca G. L. po wygraniu przetargu odstąpiła od umowy na rzecz kolejnego oferenta -przedsiębiorcy W. L. (1).

W dniu 16 lutego 2012 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe przeciwko przedsiębiorcom W. L. (1) i G. L. w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na uzgodnieniu na przez ww. przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy we W. przy ul. (...) na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, zachowania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzanie w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę.

Po wszczęciu tego postępowania miały miejsce sytuacje kiedy odstąpienie od przetargu z przyczyn organizacyjno-logistycznych przez firmę jednego z małżonków L. nie prowadziło do przejęcia zamówienia przez przedsiębiorstwo drugiego uczestnika przetargu - współmałżonka.

W. L. (1) w 2015 r. osiągnął przychód z działalności gospodarczej w wysokości 887 019,62 zł.

G. L. w 2015 r. osiągnęła przychód z działalności gospodarczej w wysokości 971 467,53 zł.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron postępowania. Sąd oddalił wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu z dokumentów dotyczących wskazanych w odwołaniu przetargów, które miały miejsce w 2012 r. na okoliczność, że odstąpienie od przetargu przez firmę prowadzoną przez jednego z współmałżonków nie prowadziło do przejścia zamówienia na firmę prowadzoną przez współmałżonka, z uwagi na to, że okoliczności na które miały być przeprowadzone te dowody nie były sporne.

Sąd I instancji uznał, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego i zarzutów o charakterze proceduralnym podniesionych w punktach 2-5 odwołań Sąd Okręgowy wskazał, że podziela utrwalone w judykaturze stanowisko, iż zasadniczo tego typu zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu.

Co do zarzutu naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to w ocenie Sądu nie zasługiwał on na uwzględnienie. Przepis ten stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Sąd I instancji wskazał, że przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy okik ze względu na pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy (art. 70<sup>1</sup> § 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. 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. Czy doszło do zmowy przetargowej można ocenić po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy.

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy należy, Sąd I instancji stwierdził, że zarówno W. L. (1) jak i G. L. prowadzą działalność gospodarczą jako osoby fizyczne w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a tym samym są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Sądu Prezes UOKiK trafnie ustalił, że porozumienie zawarto na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych, dla podmiotów (odbiorców) instytucjonalnych. Ponadto Sąd podzielił stanowisko Prezesa UOKiK, że niniejszej sprawie nie jest konieczne szczegółowe badanie stanu konkurencji na rynku właściwym, w tym ustalenie udziału w rynku uczestników porozumienia. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku nie przekraczający tzw. progu bagatelności.

Praktyka, którą pozwany uznał za naruszającą konkurencję polegała na uzgodnieniu przez przedsiębiorców G. L. i W. L. (1) takiego sposobu działania przed przystąpieniem do przetargu na dostawę pieczywa w areszcie śledczym we W., który doprowadził do zawarcia umowy z tym uczestnikiem porozumienia, który zaoferował wyższą cenę. W tym wypadku był to W. L. (1) prowadzący działalność jako Piekarnia (...), P., a do wygrania przez niego przetargu doprowadziła rezygnacja przedsiębiorcy G. L. z realizacji zamówienia.

O tym, że doszło do porozumienia opisanego w punkcie 1 decyzji zmierzającego do wpłynięcia na ostateczny wynik przetargu w ocenie Sądu świadczą następujące okoliczności:

- W. L. (1) i G. L. są małżonkami, którzy od 2005 r. prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem. Oba podmioty wykorzystują do działalności te same obiekty - stanowiące współwłasność małżeńską nieruchomości, posiadają identyczny adres siedziby, ten sam nr telefonu i fax-u. Pomiędzy stronami istnieje współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji (w aktach sprawy znajdują się fax-y adresowane do W. L. (1) -omyłkowo opieczętowane pieczęcią firmy (...).W. L.;
- strony udostępniają sobie wzory pism, szablony (przykład: identyczne co do formy i treści pisma dotyczące wyjaśnień udzielanych w trakcie przetargu prowadzonego przez Areszt Śledczy we W. w zw. z zapytaniem o powiązania obu firm, bardzo podobne w wielu miejscach co do formy i treści pisma kierowane do Prezesa Urzędu, podobne wzory pieczętek firmowych;

- przetarg, którego dotyczyła niniejsza decyzja był jednym z kilku przetargów, w którym uczestniczyło oboje przedsiębiorców, w których dochodziło do rezygnacji tego uczestnika, który wygrał przetarg na rzecz drugiego uczestnika, który złożył ofertę na wyższą cenę i był na miejscu drugim;
- rezygnacja z udziału w przetargu, którego dotyczyła niniejsza decyzja została złożona dopiero po ogłoszeniu wyniku przetargu, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu
- podobny sposób działania występował w innych wskazanych wcześniej przetargach;
- sposób postępowania G. L. w przetargach organizowanych równolegle w Areszcie Śledczym we W. i Zakładzie Karnym we W.: odstąpienie od wykonania zamówienia po wygraniu przetargu w Areszcie Śledczym we W. przedsiębiorca G. L. wysłała dnia 12 września 2011 r. Wyniki przetargu zorganizowanego przez Zakład Karny nr 1 zostały ujawnione w dniu 14 września 2011 r., zatem odstępując od umowy z Aresztem Śledczym we W., strona postępowania - G. L. nie mogła mieć wiedzy, co do ostatecznych wyników uzyskanych na przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 we W., pomimo wcześniejszego ujawnienia zestawienia ofert. Na tym etapie przedsiębiorca - nawet jeśli ma najniższą cenę - nie może być jeszcze pewny wygranej w konkursie, ponieważ np. z różnych przyczyn przetarg może być unieważniony, lub dany oferent wykluczony. Odstąpienie więc na tym etapie od realizacji zamówienia na rzecz Aresztu Śledczego we W. byłoby działaniem obciążonym ryzykiem utraty obydwu zleceń, co więcej ryzykiem zupełnie zbędnym, ponieważ zgodnie z zawiadomieniem przesłanym przez zamawiającego, umowę należało zawrzeć dopiero po upływie 18 września 2011 r. Tak więc działanie G. L. należy uznać za zachowanie, jakiego nie podjąłby racjonalnie działający przedsiębiorca, gdyby nie działał w uzgodnieniu.
- odstąpienie przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu stoi w sprzeczności z racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi, gdyż głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia. Podana przez przedsiębiorcę G.W. L., przyczyna odstąpienia od wykonania umowy nie znajduje odzwierciedlenia w faktach, ponieważ ze wskazanych dokumentów przetargowych wynika zupełnie inna kolejność zdarzeń, niż wskazuje to przedsiębiorca (tak więc najpierw nastąpiło odstąpienie od umowy - 12.09.2011 r. a potem powzięcie informacji o wygraniu przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 - 14.09.2011 r.), co czyni te wyjaśnienia niewiarygodnymi.
- dalszy udział w przetargach (po wrześniu 2011 r.) przez Piekarnię (...)W. L., pomimo iż zgodnie z jej wyjaśnieniami po wygraniu dużego zlecenia do Zakładu Karnego Nr 1, firma była maksymalnie obciążona realizacją dotychczasowych zleceń i niezdolna (bez dodatkowego zatrudnienia i nakładów) do realizacji nowych zleceń.
- sposób działania przedsiębiorcy W. L. (1) i odstąpienie przez niego od umowy dotyczącej stosunkowo niewielkiego zlecenia dostaw wyrobów piekarskich i ciastkarskich do Zespołu Szkół (...) w O., przeprowadzony w marcu 2011 r. (sygn. INT/2011), gdzie obie strony złożyły oferty na kwoty 17 963 zł i 20 089, 65 zł, po czym, gdy okazało się, że w przetargu biorą udział tylko firmy stron - tańsza oferta przedsiębiorcy: Piekarnia (...) -została wycofana na rzecz droższej. Trudno tutaj doszukiwać się przesłanek organizacyjno-ekonomicznych, czy osobistych, w sytuacji gdy obie firmy realizują jednocześnie po kilka zleceń na kwoty przynajmniej kilkakrotnie wyższe od wartości tego zamówienia.
- żaden z argumentów podniesionych przez przedsiębiorców nie pozwala na racjonalne i zgodne z prawem antymonopolowym wytłumaczenie przypadków powiązania rezygnacji jednego z nich z nawiązania stosunku kontraktowego z zawarciem umowy przez drugiego z nich w przetargach organizowanych w roku 2011. Przypadków takich zidentyfikowano 6.

Sąd I instancji wskazał, że prawidłowe są ustalenia Prezesa UOKiK, że z dniem 1 września 2011 r. doszło do zaniechania stosowania praktyki opisaney w punkcie I decyzji. Prawidłowo także Prezes ustalił, że zaniechanie praktyki było jedynie efektem realizacji celu porozumienia, a nie efektem działań zmierzających do zaprzestania

naruszania przepisów antymonopolowych. Ponadto wskazać należy, że po tym jak przedsiębiorcy dysponowali już wiedzą o wszczęciu postępowania antymonopolowego (16 lutego 2012 r.) nie dochodziło już do przypadków rezygnacji z realizacji zamówienia przez jednego z uczestników niniejszego porozumienia na rzecz drugiego, co w sposób oczywisty daje się wytłumaczyć obawą przed konsekwencjami takich działań w świetle postępowania prowadzonego przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Brak takich działań obojga przedsiębiorców po wszczęciu postępowania antymonopolowego był bezsporny, co skutkowało oddaleniem wniosków dowodowych dotyczących dokumentacji przetargowej z tamtych czasów. Sąd nie dał wiary twierdzeniom powodów o tym, że przypadki rezygnacji z realizacji zamówienia w sytuacji gdy przetarg wygrał inny podmiot świadczą o braku porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, gdyż do takich sytuacji dochodziło po wszczęciu postępowania antymonopolowego, a działania takie w oczywisty sposób budowały linię obrony przedsiębiorców w tym postępowaniu. W roku 2011 natomiast było aż 6 takich przypadków jak opisany w punkcie I niniejszej decyzji, gdy beneficjentem rezygnacji był drugi przedsiębiorca.

Powyższa analiza pozwala zdaniem Sądu uznać, że jedyną bezpośrednią i logiczną przyczyną złożenia rezygnacji z zawarcia umowy po ogłoszeniu wyników przetargu przez przedsiębiorcę G. L. był zamiar wpłynięcia na wynik przetargu i doprowadzenie do wygrania przetargu przez tego z powodów, który oferował cenę wyższą czyli W. L. (1). Działania takiego nie można niczym innym wytłumaczyć jak tylko porozumieniem w celu doprowadzenia do wygrania oferty tego z przedsiębiorców, którego oferta była wyższa. Jest to forma działania niepożądana w realiach rynkowych, ponieważ w tych realiach przetarg winna wygrywać oferta z najkorzystniejszą ceną. Analizując przyczyny dla których nie wygrywała najkorzystniejsza oferta (rezygnował oferent oferującą najkorzystniejszą ofertę) należało uznać, że z całą pewnością nie były to te racje na które wskazywała G. L. rezygnująca z wygranych przetargów, gdyż powody te były nieracjonalne i nielogiczne w okolicznościach niniejszej sprawy. Tym samym powód rezygnacji z zawarcia umowy mógł być tylko w jeden sposób wytłumaczalny tj., że przedsiębiorcy porozumieli się co do swoich działań, umożliwiając swoim zachowaniem wygraną mniej korzystnej oferty jednej z umawiających się stron porozumienia, co miało doprowadzić do zawarcia umowy z oferentem, który oferował cenę wyższą. Taka synchronizacja działań dwóch przedsiębiorców, których łączy 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.

W ocenie Sądu I instancji trafne jest stanowisko Prezesa UOKiK, że wszystkie wskazane wyżej okoliczności brane pod uwagę wspólnie świadczą o tym, iż przedsiębiorcy G. L. oraz W. L. (1) zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, zachowania przedsiębiorcy Piekarnia (...).W. L. w opisanym przetargu nie można wytłumaczyć w inny sposób, niż istnieniem zmywy przetargowej. W ocenie Sądu doszło do naruszenia przez powodów art 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Przy czym Sąd 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. Koordynacja działań przedsiębiorców w niniejszej sprawie prowadziły do antykonkurencyjnego celu i skutków. Koordynacja ta pozwoliła na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów w toku postępowania przetargowego. Cel porozumienia został zrealizowany przez wycofanie oferty pierwszego uczestnika, aby zlecenia przejęła firma drugiego. Działania te były uzgodnione, a konkurencja między nimi była pozorna, bo w opisanym wyżej konfiguracji oferta wyższa zastępowała ofertę niższą. Oznacza to, że organizatorzy przetargu zostali narażeni na wymierne straty finansowe przez konieczność wyboru droższej oferty, czym zniwelowali prokonkurencyjny cel zorganizowanego przetargu. W konsekwencji wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji, co wypełnia warunek z art. 6 ust. 1 ustawy okik. Z tych względów, w ocenie Sądu zarzut z punktu 1 odwołań nie zasługuje na uwzględnienie, a zatem zasadne było nałożenie na przedsiębiorców kary pieniężnej. Sąd uznał, że orzeczone kary są odpowiednie i podzielił stanowisko Prezesa UOKiK dotyczące przesłanek wymiaru nałożonych kar uznając je za prawidłowe.

Wskazał, że Prezes Urzędu prawidłowo uznał, iż zawarte przez G. L. i W. L. (1) porozumienie należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, jakimi są zmywy przetargowe. W związku z powyższym naruszenie to zostało zakwalifikowane do naruszeń bardzo poważnych, co wzięto pod uwagę przy ustalaniu kwoty

bazowej, stanowiącej podstawę dalszych wyliczeń, z uwzględnieniem przychodów stron osiągniętych w roku 2015, tj. w roku poprzedzającym wydanie decyzji.

W odniesieniu do G. L. jest to kwota 10 686,14 zł, a do W. L. (1) - kwota 9 757,21 zł – co stanowi 1,09% obrotów osiągniętych przez przedsiębiorców w roku 2015 (obliczonych zgodnie z art. 106 ust. 3 pkt 3 ustawy okik).

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes UOKiK prawidłowo ocenił przesłanki wymierzenia kary określone w art. 111 ustawy okik. Prawidłowo wzięto pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, a także to, że na krajowym rynku dostaw hurtowych mąki i wyrobów mącznych dla klientów instytucjonalnych nie występują żadne bariery wejścia na rynek oraz że jest to rynek bardzo konkurencyjny. Prawidłowo także uwzględniono czynnik faktycznego wprowadzenia w życie porozumienia i wymierny uszczerbek ekonomiczny po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie, ponieważ na skutek zawartej zмовы przetargowej Areszt Śledczy we W. będący jednostką Skarbu Państwa musiał wybrać ofertę, która wiązała się z koniecznością zapłaty wyższej ceny – o około 10 000 złotych. Trafnie również wzięto pod uwagę okoliczność, iż przetarg objęty postępowaniem stanowił niewielką część działalności obu przedsiębiorców. Uznał, że oceniając powyższe okoliczności Prezes UOKiK trafnie przyjął, że czynniki te wzajemnie zrównoważyły się, a zatem kwota bazowa na tym etapie ustalania kary nie uległa zmianie. Ponadto Prezes Urzędu trafnie uznał za okoliczności obciążające fakt, że działanie przedsiębiorców G. L. i W. L. (1) miało charakter umyślny, a celem ich działania była chęć osiągnięcia korzyści finansowych, co skutkowało podwyższeniem kary o 10%. Prawidłowo oceniono brak okoliczności łagodzących, takich jak bierna rola w naruszeniu, działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia. Prawidłowo także nie uwzględniono również okoliczności zaniechania praktyki, chociaż nastąpiło ono jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania, gdyż zaniechanie praktyki było jedynie efektem realizacji celu porozumienia, a nie efektem działań zmierzających do zaprzestania naruszania przepisów antymonopolowych .

Reasumując w ocenie Sądu Okręgowego ustalenie kar we wskazanych wyżej wysokościach mieściło się w zagrożeniu ustawowym i było adekwatne do stopnia naruszenia reguł konkurencji. Wskazać także należy, że ustalając wymiar kar zgodnie z brzmieniem art. 106 ust 1 ustawy okik Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił obroty z roku poprzedzającego wydanie decyzji, a nie aktualną sytuację finansową na którą powołują się powodowie.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołania w całości w oparciu o art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. wobec braku podstaw do ich uwzględnienia.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że na koszty należne Prezesowi UOKiK złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 1.440 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w związku z § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych. W odniesieniu do opłaty od odwołań Sąd odstąpił od jej pobrania na podstawie art. 102 k.p.c. z uwagi na to, że powodowie byli zwolnieni od jej uiszczenia.

Apelację od powyższego wyroku wniosła G. L., zaskarżając go w całości. Wyrokowi zarzuciła:

1. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik poprzez błędne przyjęcie, że działanie odwołującej się polegające na odstąpieniu od przetargu w Areszcie Śledczym we W. pomimo jego wygrania, wskazuje na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, oraz ma wpływ na konkurencję na rynku właściwym,
2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i newszechstronne rozważenie zebranego materiału dowodowego skutkującego błędnym przyjęciem, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego i wyprowadzenie



wniosku o zawarciu przez przedsiębiorców porozumienia określającego zasady odstępowania od przetargów, podczas gdy takiego domniemania nie da się wyprowadzić z ustalonych w niniejszej sprawie faktów,

3. naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy t.j. niezwiązanych z przetargiem w Areszcie Śledczym we W.,

4. naruszenie prawa procesowego art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania z powodu rzekomego braku podstaw do jego uwzględnienia, pomimo nierozpoznania i pominięcia zarzutów merytorycznych wskazanych w odwołaniu i wydania wyroku sprowadzającego się do dosłownego przekopiowania uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK co stanowi nierozpoznanie istoty sprawy przez Sąd I instancji,

5. błąd w ustaleniach faktycznych,

6. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd nie uwzględnił i nie ocenił dowodów przeprowadzonych w fazie postępowania administracyjnego,

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę decyzji Prezesa UOKiK i stwierdzenie, że pomiędzy odwołującą się a uczestnikiem nie zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję,

II. względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z powodu nierozpoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji,

III. zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości potrójnej stawki minimalnej.

Apelację wniósł również W. L. (1), zaskarżając wyrok w całości. Wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik poprzez błędne przyjęcie, że działanie G. L. polegające na odstąpieniu od przetargu w Areszcie Śledczym we W. pomimo jego wygrania, wskazuje na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, oraz ma wpływ na konkurencję na rynku właściwym,

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i niewszechstronne rozważenie zebranego materiału dowodowego skutkującego błędnym przyjęciem, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego i wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez przedsiębiorców porozumienia określającego zasady odstępowania od przetargów, podczas gdy takiego domniemania nie da się wyprowadzić z ustalonych w niniejszej sprawie faktów,

3. naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy t.j. niezwiązanych z przetargiem w Areszcie Śledczym we W.,

4. naruszenie prawa procesowego art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania z powodu rzekomego braku podstaw do jego uwzględnienia, pomimo nierozpoznania i pominięcia zarzutów merytorycznych wskazanych w odwołaniu i wydania wyroku sprowadzającego się do dosłownego przekopiowania uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK co stanowi nierozpoznanie istoty sprawy przez Sąd I instancji,

5. błąd w ustaleniach faktycznych,

6. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd nie uwzględnił i nie ocenił dowodów przeprowadzonych w fazie postępowania administracyjnego,

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę decyzji Prezesa UOKiK i stwierdzenie, że pomiędzy odwołującą się a uczestnikiem nie zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję,

II. względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z powodu nierozpoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji,

III. zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości potrójnej stawki minimalnej.

W odpowiedziach na obie apelacje pozwany wniósł o ich oddalenie i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje powodów okazały się uzasadnione, prowadziły do zmiany zaskarżonego wyroku i uchylenia decyzji Prezesa UOKiK z dnia 19 sierpnia 2016r. nr (...).

Uzasadnione okazały się zarzuty naruszenia przepisów postępowania cywilnego t.j. art. 233 § 1 k.p.c., art. 231 k.p.c. i art. 227 k.p.c. w zakresie braku wszechstronnej oceny dowodów oraz przyjętych domniemań faktycznych, 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).

Na wstępie wskazać należy, że Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji dotyczące kwestii powiązań rodzinnych i gospodarczych G. L. i W. L. (1) oraz przebiegu przetargu ogłoszonego przez Areszt Śledczy we W.. W szczególności prawidłowe jest ustalenie, że wpłynęło 5 ofert, wśród nich oferty złożone przez Piekarnię (...).W. L. o wartości 231.462 zł i Piekarnię (...) o wartości 241.592,40. Po zamknięciu procedury składania ofert, Zamawiający na podstawie przyjętego kryterium oceny - „najniższa cena” dokonał w dniu 12 września 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarni (...).W. L. z P.. Tego samego dnia Zamawiający wysłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu - przedsiębiorcy G. L., zaś G. L. poinformowała o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty przedsiębiorcy Piekarnia (...) z P.. Istotne jest również, że równoległe do przetargu zorganizowanego przez Areszt Śledczy we W., Zakład Karny nr 1 we W. przy ul. (...) przeprowadził przetarg na dostawę chleba przez okres 12 miesięcy w ilości szacunkowej 240 000 kg. Postępowanie przetargowe zostało ogłoszone w dniu 23 sierpnia 2011 r. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 8 ofert, wśród nich oferty złożone przez Piekarnię (...).W. L. o wartości 413.280 zł i Piekarnię (...) o wartości 451.080 zł. Po zamknięciu procedury składania ofert W. L. (1) dnia 7 września 2011 r. wystąpił z wnioskiem o przesłanie informacji dotyczącej otrzymanych ofert na dostawę chleba. W dniu 8 września 2011 r. Zakład Karny przesłał zainteresowanym przedmiotową informację z zestawieniem zbiorczym złożonych ofert. Zamawiający dokonał w dniu 14 września 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Piekarnia (...).W. L. z P.. Tego samego dnia Zamawiający wysłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu G. L..

Sąd Apelacyjny dodatkowo ustala, że G. L. i W. L. (1) w 2012r. brali udział w kolejnych przetargach, gdzie wyniki były następujące:

1. Placówka Opiekuńczo - Wychowawcza P. D. we W. - wpłynęły dwie oferty, W. L. (1) wygrał, G. L. przegrała, W. L. (1) nie zrezygnował z udziału,

2. Szkoła w J. - wpłynęły dwie oferty, W. L. (1) wygrał, G. L. przegrała, W. L. (1) nie zrezygnował z udziału,
3. Dom Dziecka w T. - wpłynęły dwie oferty, W. L. (1) wygrał, G. L. przegrała, W. L. (1) zrezygnował z udziału, G. L. również zrezygnowała z udziału,
4. Szpital w S.- wpłynęła jedna oferta, W. L. (1) wygrał, nie zrezygnował z udziału,
5. (...) W. - wpłynęły dwie oferty, W. L. (3) wygrał, G. L. przegrała, W. L. (1) nie zrezygnował z udziału,
6. Ośrodek Szkolenia Państwowej Inspekcji Pracy we W. - wpłynęła jedna oferta, W. L. (1) wygrał, nie zrezygnował z udziału,
7. Zakład Karny w K. - wpłynęła jedna oferta, W. L. (1) wygrał, nie zrezygnował z udziału,
8. Przedszkole Nr (...) w W. - wpłynęła jedna oferta, W. L. (1) wygrał i zrezygnował z udziału (dowód: pismo z dnia 6 sierpnia 2012r. k.160 - 161 akt adm.).

Odnosząc się do zebranego w sprawie materiału dowodowego wskazać należy, że Prezes UOKiK nie przedstawił dowodów bezpośrednich świadczących o zawarciu pomiędzy powodami niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik (tzw. zmowy 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.

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 (...)Bank (...) (ECLI:EU:T:2006:271). 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, wbrew ocenie Sądu I instancji, Prezes UOKiK nie zdołał udowodnić zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy powodami. Jako okoliczności świadczące o zawarciu porozumienia polegającego na uzgodnieniu działania w toku przetargu polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez G. L. i doprowadzenie do wyboru W. L. (1), pozwany wskazywał: osobiste powiązania między przedsiębiorcami, prowadzenie działalności pod tym samym adresem, posiadanie tego samego numeru telefonu i fax-u, współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji, wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami, rezygnację powódki z zawarcia umowy i analogiczne zachowanie powoda lub powódki w innych przetargach.

Wskazać należy, że 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 oraz możliwości równoczesnego wykonywania przez powódkę dwóch umów - t.j. czy w ogóle posiadała ku temu możliwości np. techniczne. 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. Prezes Urzędu całkowicie takiej analizy zaniechał.

Sąd I instancji uznając, że do zawarcia porozumienia doszło uwzględnił wskazane przez Prezesa UOKiK przypadki zachowań powodów w innych przetargach, mających miejsce zarówno przed przetargiem zorganizowanym przez Areszt Śledczy we W., jak również po nim. Wybiórczo uwzględniono jedynie sytuacje, gdy w przypadku rezygnacji z zawarcia umowy przez jednego z powodów, wybierana była oferta drugiego z nich. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika natomiast, że były przetargi, gdy rezygnacja jednego z powodów nie prowadziła do zwycięstwa drugiego z nich (k.160 - 161 akt adm.). Sąd I instancji nie uwzględnił ich, uznając, że zachowania powodów w przetargach mających miejsce po 16 lutego 2012r. było skutkiem obaw przed konsekwencjami ze strony Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż wówczas powodowie posiadali wiedzę o wszczęciu przeciwko nim postępowania antymonopolowego. Wniosek taki nie zasługuje na aprobatę, zwłaszcza w sytuacji, gdy zachowanie powodów w przetargach z 2011r., za wyjątkiem zorganizowanego przez Areszt Śledczy we W., nie spotkało się z negatywną oceną Prezesa UOKiK i postawieniem zarzutów naruszenia ustawy okik. Brak jest więc podstaw by z faktów związanych z zachowaniem powodów w innych przetargach wyprowadzić wniosek, że świadczą one o zawarciu przez powodów niedozwolonego porozumienia dotyczącego przedmiotowego przetargu.

Nie sposób zgodzić się z Sądem I instancji, że jedyną bezpośrednią i logiczną przyczyną złożenia rezygnacji z zawarcia umowy po ogłoszeniu wyników przetargu był zamiar wpłynięcia na wynik przetargu i doprowadzenie do wygrania przetargu przez W. L. (1), który oferował cenę wyższą. Sąd Okręgowy całkowicie wykluczył, że powody wskazane przez powódkę - czyli wygranie znacznie większego przetargu w tym samym czasie i niemożność wykonania obu umów, były całkowicie nieracjonalne i nielogiczne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zwycięstwo w innym przetargu stanowi uzasadnioną przyczynę rezygnacji z zawarcia umowy. Przetarg zorganizowany przez Zakład Karny nr 1 we W. dotyczył dostawy dwukrotnie większej ilości produktu. Wyniki tego przetargu były ogłoszone w dniu 14 września 2011r., czyli dwa dni po rezygnacji przez G. L. z umowy z Aresztem Śledczym we W., ale już wcześniej bo 9 września powódka otrzymała zestawienie ofert, stąd wiedziała, że jej oferta jest najkorzystniejsza. Mogła więc przypuszczać, że ten przetarg wygra. Powódka wskazała również, że rodzaj i zakres prowadzonej przez nią działalności gospodarczej nie pozwalał na realizację równocześnie dwóch umów w sposób dla niej opłacalny. 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. Rezygnacja z zawarcia umowy mogła być związana z niemożnością realizacji zamówienia w danym czasie. Podobnie mogło się zdarzyć w przypadku ekonomicznej nieopłacalności wykonania prac za zaproponowane ceny. Na pozwanym spoczywał ciężar wykazania, że umowa była dla powódki opłacalna i mogła zostać przez nią wykonana w istniejących okolicznościach faktycznych. Pozwany stosownych okoliczności nie zdołał wykazać. Pozwany nie wykluczył więc możliwości dobrowolnej rezygnacji przedsiębiorcy 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 uchylene decyzji w zakresie pkt I i wobec niespełnienia przesłanek z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik zakresie pkt II 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)

Marek Kolasiński Magdalena Sajur- Kordula Agnieszka Grzybczak-Stachyra