

*Sygn. akt VI ACa 173/16*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 7 września 2017 r.*

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

*Przewodniczący: SSA Agata Zajac*

*Sędziowie: SA Grażyna Kramarska*

*SA Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sąd. Magdalena Męczkowska*

*po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa P. S. (1)*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*z udziałem zainteresowanych: (...) sp. z o.o. w P., (...) sp. z o.o. sp. k. w P., (...) sp. z o.o. w P., Ł. R. i H. S.*

*na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 43/14*

*I. oddala apelację;*

*II. zasądza od P. S. (1) na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1.080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

*sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. sp. k. w P.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*z udziałem zainteresowanych: (...) sp. z o.o. w P., (...) sp. z o.o. w P., P. S. (1), Ł. R. i H. S.*

*na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 47/14*

*I. oddala apelację;*

**II. zasądza od (...) sp. z o.o. sp. k. w P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1.080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w P.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję**

**z udziałem zainteresowanych: (...) sp. z o.o. w P., (...) sp. z o.o. sp. k. w P., P. S. (1), Ł. R. i H. S.**

**na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 46/14**

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) sp. z o.o. w P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1.080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**sprawy z powództwa Ł. R.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję**

**z udziałem zainteresowanych: (...) sp. z o.o. w P., (...) sp. z o.o. sp. k. w P., (...) sp. z o.o. w P., P. S. (1) i H. S.**

**na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 44/14**

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od Ł. R. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1.080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w P.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję**

**z udziałem zainteresowanych: (...) sp. z o.o. sp. k. w P., (...) sp. z o.o. w P., P. S. (1), Ł. R. i H. S.**

**na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 45/14**

I. *oddala apelację;*

II. *zasądza od (...) sp. z o.o. w P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1.080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VI ACa 173/16*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 31.12.2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu):

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm., dalej: u.o.k.k.), uznał za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy zawarcie przez:

1. Ł. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł. R. Firma Handlowo-Usługowa (...) w G.,
2. P. S. (1), prowadzącego działalności gospodarczą pod nazwą (...) w L.,
3. (...) sp. z o.o. w P. (dalej: (...)),
4. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w P. (dalej: (...) sp. z o.o. sp. k.),
5. (...) sp. z o.o. w P. (dalej: (...) sp. z o.o.),

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto P., czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta P., co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny,

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 29.01.2013 r.;

II. na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. umorzył postępowanie antymonopolowe przeciwko H. S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...) Firma Handlowo-Usługowa w P., w sprawie podejrzenia zawarcia przez Ł. R., P. S. (1), (...), (...) sp. z o.o. sp. k. i (...) sp. z o.o. porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto P., czego efektem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta P., co stanowi naruszenie zakazu uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny;

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., za stosowanie zakazanej praktyki określonej w punkcie I, nałożył kary pieniężne na:

1. Ł. R. – w wysokości 3.794 zł,

2. P. S. (1) – w wysokości 3.259 zł,
3. (...) w wysokości 41.428 zł,
4. (...) sp. z o.o. – w wysokości 126.220 zł,
5. (...) sp. z o.o. sp. k. – w wysokości 3.152,00 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł P. S. (1), co do popełnionego czynu i kary pieniężnej, zarzucając:

1) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 4 pkt 5 u.o.k.k., polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że pomiędzy powodem a pozostałymi stronami postępowania zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez te podmioty warunków ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P.”, w celu podziału tego lokalnego rynku usług, poprzez nieuwzględnienie, że:

a) powód mógł korzystać z potencjału podmiotów trzecich, stosownie do brzmienia art. 26 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej: p.z.p.), a tym samym jego działania były zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nie mogły nosić znamion niedozwolonych praktyk, czy porozumień w rozumieniu ww. ustawy,

b) działania powoda miały obiektywne uzasadnienie gospodarcze, w tym przede wszystkim ekonomiczne i nie było jego celem i skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji, gdyż wybór określonej części zamówienia (VIII), na którą powód złożył ofertę, uzasadniony był przeniesieniem siedziby przedsiębiorcy (powoda), wynikającym z sytuacji rodzinnej powoda;

2) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. poprzez uznanie domniemanego naruszenia przepisów za „bardzo poważne naruszenie”, a w efekcie określenie kwoty bazowej na poziomie 1,5% przychodu i nałożenie kary pieniężnej, która jest rażąco wysoka w stosunku do okoliczności sprawy;

3) naruszenie art. 111 u.o.k.k. poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym w szczególności braku uprzedniego naruszenia przepisów ww. ustawy;

4) naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, w tym przede wszystkim art. 6-10 oraz 107 § 1 i 3 k.p.a. i art. 227-315 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez:

a) naruszenie zasady bezpośredniości w postępowaniu dowodowym,

b) niewydawanie w toku postępowania postanowień dowodowych, jak również brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione,

c) brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę decyzji w zakresie punktów I i III poprzez stwierdzenie, że nie doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję bądź uchylenie decyzji i umorzenie postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego, ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie punktu III poprzez odstąpienie w całości od nakładania kary na powoda, względnie jej znaczące obniżenie, a w każdym przypadku o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołania od powyższych decyzji wniosły spółki (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k., co do popełnionego czynu i wymiaru kary, zarzucając w poszczególnych odwołaniach:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 4 pkt 5 i 14 u.o.k.k., polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że pomiędzy (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. sp. k., (...), Ł. R. i P. S. (1) zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem do przetargu nieograniczonego, w celu podziału rynku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto P., poprzez:

a) nieuwzględnienie, że działania stron postępowania miały obiektywne uzasadnienie gospodarcze i nie było ich celem ani skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji, bowiem każda ze stron postępowania, w sposób zgodny z przepisami p.z.p., zmierzała jedynie do zmaksymalizowania swoich własnych szans na uzyskanie odpowiedniej części zamówienia,

b) błędne przyjęcie, że kilku przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej, a więc stanowiących jeden organizm gospodarczy, może być stronami porozumienia ograniczającego konkurencję (zmowy przetargowej), a w konsekwencji, że przedsiębiorcy ci nie mogą składać ofert na odrębne, nie nakładające się na siebie części zamówienia w ramach prowadzonego przez zamawiającego przetargu nieograniczonego;

2) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez uznanie domniemanego naruszenia przepisów za „bardzo poważne naruszenie”, a w efekcie określenie kwoty bazowej dla ustalenia kary pieniężnej na poziomie 1,5% przychodu i nałożenie kary pieniężnej, która jest rażąco wysoko w relacji do okoliczności sprawy;

II. naruszenie przepisów prawa proceduralnego, tj.:

1) art. 2, 7, 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencja), art. 6, 7, 8, 9, 10 i 107 § 1 i 3 k.p.a., art. 60 u.o.k.k. oraz art. 227-315 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez:

a) naruszenie zasady bezpośredniości w postępowaniu dowodowym,

b) niewydawanie w toku postępowania postanowień dowodowych, jak również brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione,

c) brak wyjaśnienia w uzasadnieniu faktycznym decyzji podstaw uznania określonych faktów za udowodnione.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powodowe spółki wniosły o zmianę decyzji w zakresie punktów I i III poprzez stwierdzenie, że nie miała miejsca praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w punkcie I sentencji decyzji, względnie orzeczenia zmieniającego decyzję w całości i umarzającego postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe, względnie o uchylenie decyzji w punktach I i III, względnie o zmianę decyzji w punkcie III poprzez odstąpienie od nałożonej kary pieniężnej lub jej znaczące obniżenie, a w każdym wypadku o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł również Ł. R., co do popełnionego czynu i wymiaru kary pieniężnej, zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie:

1) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wskutek uznania, że między powodem a pozostałymi stronami doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że przedsiębiorcy korzystali jedynie z uprawnień zagwarantowanych w p.z.p. w celu spełnienia wymogów przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);

2) art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. w zakresie wymiaru kary poprzez przyjęcie, że zarzucana zmowa przetargowa stanowiła bardzo poważne naruszenie tej ustawy;

3) art. 111 u.o.k.k. wskutek nieuwzględnienia przy wymiarze kary wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym w szczególności braku wcześniejszego ukarania powoda za naruszenie postanowień tej ustawy oraz

nierównego potraktowania powoda w stosunku do innych stron postępowania poprzez uznanie, iż w stosunku do powoda nie zachodzą okoliczności uzasadniające zmniejszenie wysokości kary poniżej kwoty bazowej (1,5% obrotu), podczas gdy pozostałym stronom kara została obniżona o 40%;

II. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności:

1) art. 6-10 i art. 107 § 1 i 3 k.p.a., art. 227-315 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez:

a) zawężenie prowadzonego postępowania dowodowego w zasadzie wyłącznie do włączenia w całości w poczet materiału dowodowego akt istotnego dla sprawy postępowania przetargowego miasta P. oraz akt postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, prowadzonego w wyniku wniesionych odwołań (sygn. (...));

b) niewydawanie w toku postępowania antymonopolowego prawidłowych postanowień dowodowych (art. 236 k.p.c.), zawierających szczegółowy opis tezy dowodowej i środka dowodowego;

c) pominięcie przy wydawaniu rozstrzygnięcia tłumaczeń złożonych przez powoda oraz innych okoliczności sprzecznych z założeniami przyjętymi w zaskarżonej decyzji (np. kwestii wzrostu cen ofert i dublowania cen w ofertach innych oferentów);

d) niewyjaśnienie w treści uzasadnienia zaskarżonej decyzji przyczyn pominięcia wskazanych powyżej okoliczności.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę decyzję w zakresie punktów I i III poprzez stwierdzenie, że nie doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję, bądź uchylenie decyzji i umorzenie postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego, ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie punktu III poprzez odstąpienie w całości od nakładania kary na powoda albo znaczące obniżenie jej wysokości, a w każdym wypadku o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W odpowiedzi na wszystkie odwołania pozwany wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów procesu.

W dniu 17.09.2015 r. doszło do połączenia spraw o sygn. akt: XVII AmA 43/14, XVII AmA 44/14, XVII AmA 45/14, XVII AmA 46/14, XVII AmA 47/14 do łącznego rozpoznania i oddzielnego rozstrzygnięcia – na podstawie art. 219 k.p.c.

Wyrokami z dnia 29.09.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawach: XVII AmA 43/14 (z powództwa P. S. (1)), XVII AmA 44/14 (z powództwa Ł. R.), XVII AmA 45/14 (z powództwa (...) sp. z o.o.), XVII AmA 46/14 (z powództwa (...)) i XVII AmA 47/14 (z powództwa (...) sp. z o.o. sp. k.), oddalił wszystkie odwołania i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił w każdej z połączonych spraw, że Ł. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa (...), i P. S. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), są przedsiębiorcami wpisanymi do rejestru działalności gospodarczej, prowadzącymi działalność gospodarczą przy wykonywaniu prac w zakresie utrzymania i konserwacji zieleni. Spółki (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k. są podmiotami wpisanymi do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Jedynym (...) spółki (...) jest H. S., (...) sp. z o.o. są H. S. i A. S. (1), komandytariuszem spółki (...) sp. z o.o. sp. k. są H. S. i A. S. (1), zaś jej komplementariuszem – spółka (...) sp. z o.o.

Zarząd Zieleni Miejskiej ogłosił w dniu 19.10.2012 r. przetarg o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”. Przedmiot zamówienia został podzielony na 10 części. Poszczególne części obejmowały następujące rejony miasta P.: rejon 1 – (...), rejon 2 – (...), rejon 3 – (...), rejon 4 – (...), rejon 5 – (...), rejon 6 – Centrum (...), rejon 7 – (...), rejon 8 – (...), rejon 9 – (...), rejon 10 – (...). Przedmiot zamówienia miał być realizowany w okresie od dnia 1.01.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. Zamawiający zastrzegł, że każdy z wykonawców (samodzielnie lub w konsorcjum) może złożyć ofertę częściową zgodnie z udzielonym zamówieniem, z zastrzeżeniem, że na nie więcej niż dwie części (rejony miasta) zamówienia,

pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Jako jedyne kryterium wyboru wykonawcy przyjęto cenę.

Ł. R. złożył ofertę na część 1 zamówienia o wartości 996.004,18 zł i na część 2 o wartości 1.122.893,04 zł, P. S. (1) złożył ofertę na część 8 o wartości 1.499.840,78 zł, spółka (...) złożyła ofertę na część 4 o wartości 935.183,93 zł i na część 5 o wartości 1.132.233,64 zł, spółka (...) sp. z o.o. złożyła ofertę na część 3 o wartości 1.508.069,88 zł i na część 6 o wartości 1.845.720 zł, natomiast spółka (...) sp. z o.o. sp. k. złożyła ofertę na część 9 o wartości 1.364.431,37 zł i na część 10 o wartości 946.354,91 zł. Te oferty zostały złożone w jednogminutowych odstępach czasu w tym samym dniu, tj. 5.12.2012 r. Pozostali uczestniczący w przetargu przedsiębiorcy złożyli oferty na poszczególne jego części: P. K. na część 3 i 7, S. G. na części 1 i 6, M. N., na części 1 i 10, G. S. na część 3, J. Z. na części 2 i 8, (...) sp. z o.o. w P. na część 4, A. L. na część 10, Zakład Usługowo-Handlowo (...) we W. E. W. (1) na części 1 i 4, (...) sp. z o.o. w S. na części 9 i 10, a (...) sp. z o.o. na części 4 i 5.

H. S., w ramach działalności przedsiębiorstwa o nazwie (...) Firma Handlowo-Usługowa w P., przygotował warunki ofert kosztorysowych do ww. przetargu na zlecenie spółek: (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k. oraz Ł. R. i P. S. (1). Wypełnione przez pracowników H. S. i pod jego nadzorem formularze ofertowe tych podmiotów cechują się identycznością co do sposobu oznaczenia pól niewypełnionych, szaty graficznej, tabel i sposobu wypełniania (rozmiar czcionki, zaciemnienie kolumn tabeli). Zbieżność ofert kosztorysowych dotyczyła przewidywanego wzrostu cen w poszczególnych latach obowiązywania. W kosztorysach ofertowych przyjęto zasadę, że wzrost cen na poszczególne rejon na dany następny rok będzie wynosić w przybliżeniu od 0% do 1%. (...) sp. z o.o. w drugim roku wykonania zamówienia miała podnieść ceny w ramach trzeciej części zamówienia o 3%, a w ramach szóstej części zamówienia o 8%. Oferty kosztorysowe tych przedsiębiorców zawierały ten sam błąd rachunkowy, polegający na nieprawidłowym obliczaniu ceny netto i podatku VAT, tj. podatek VAT został naliczony od ceny brutto. (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. i (...) posiadają ten sam adres korespondencyjny, numer faksu, spółki (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k. mają wspólny adres elektroniczny (...), zaś (...) ma adres elektroniczny (...) Ofertę w imieniu (...) podpisał prezes zarządu J. M., w imieniu (...) sp. o.o. – prezes zarządu A. S. (1), w imieniu (...) sp. z o.o. sp. k. – prezes zarządu (...) sp. z o.o. A. S. (1), a także P. S. (1) i Ł. R. jako indywidualni przedsiębiorcy.

Sąd Okręgowy wskazał, że H. S. posiadał adres do korespondencji (...) i jako właściciel przedsiębiorstwa (...), w celu potwierdzenia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia udzielił referencji oraz udostępnił swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadań w ramach ogłoszonego przetargu, jeżeli zamawiający dokona wyboru ofert: (...), (...) sp. z o.o. sp. k. i Ł. R., nie zobowiązując się do uczestniczenia przy wykonaniu przedmiotu zamówienia. P. S. (1) wykonał na rzecz H. S. prace z zakresu konserwacji i utrzymania zieleni miejskiej w dzielnicy (...) miasta P. w latach 2010-2011 r.

Zamawiający poinformował uczestników przetargu, że jako najkorzystniejsze wybrał oferty następujących podmiotów: na części 1 – Ł. R., na część 3 – (...) sp. z o.o., na części 4 i 5 – (...), na część 6 – (...) sp. z o.o., na część 7 – (...), na część 8 – (...), na części 9 i 10 – (...) sp. z o.o. sp. k. Odwołanie od ustalonego wyniku przetargu złożyła spółka (...). Wyrokiem z dnia 15.01.2013 r., sygn. akt (...), (...) nakazała unieważnienie wyboru oferty w zakresie części 4 zamówienia i odrzucenie oferty wykonawcy (...). Natomiast zamawiający unieważnił wybór z dnia 17.12.2012 r. i odrzucił oferty złożone przez (...), Ł. R., P. S. (1), (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. sp. k., (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. w S. na części 1-6 i 9-10 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Po ponownym wyborze przetarg na część 1 wygrała oferta M. N., na część 2 – oferta J. Z. (T.), na część 3 – oferta P. K., na część 4 – oferta (...), na część 6 – oferta S. G., na część 8 – oferta J. Z. (T.), na część 10 – oferta A. L., zaś przetarg w części 5 i 10 został unieważniony z powodu braku ofert.

Postanowieniem z dnia 6.05.2013 r. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez H. S., Ł. R. i P. S. (1) porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. i zawiadomił ich, że w poczet materiału dowodowego przyjmuje zebrane materiały w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym pod sygnaturą

(...). Następnie postanowieniem z dnia 14.11.2013 r. – na podstawie art. 123 k.p.a. w zw. z art. 83 i 49 ust. 1 u.o.k.k. zmienił postanowienie z dnia 6.05.2013 r. w ten sposób, że wszczął z urzędu postępowanie w związku z podejrzeniem zawarcia przez H. S., Ł. R., P. S. (1), (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k. porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części”, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

W piśmie z dnia 2.12.2013 r. P. S. (1) podniósł, że w 2012 r. nie osiągnął przychodu z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej, zaś osiągnął przychód w wysokości objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 29.11.2013 r. Ł. R. podniósł, że osiągnął całkowity przychód w 2012 r. w wysokości 273.180,08 zł, w tym z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w kwocie 99.095,47 zł. W pismach z tego samego dnia spółka (...) sp. z o.o. stwierdziła, że osiągnęła przychód za 2012 r. w wysokości objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, z czego około 5,1% pochodziła ze świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej, spółka (...) sp. z o.o. sp. k., że w 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości 350.242,44 zł oraz że nie świadczyła we wskazanym roku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej i nie osiągnęła przychodu z tego tytułu, zaś spółka (...) wskazała, że w 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości 4.572.692,91 zł, z czego 6% całkowitego przychodu pochodziło z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej.

Postanowieniem z dnia 4.12.2013 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego kopię dokumentów zebranych w aktach odwoławczych przekazanych przez Prezesa (...) (sygn. (...)) i powiadomił uczestników postępowania o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie i prawie do zapoznania się z jego wynikami, w terminie 7 dni od daty doręczenia pisma. Z tego prawa skorzystali: Ł. R., H. S., (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd ten wskazał we wszystkich połączonych sprawach, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień ma na celu przeciwdziałanie każdemu sztucznemu, wywołanemu czynnikami pozarynkowymi wpływowi na konkurencję. Praktyka, którą pozwany uznał za ograniczającą konkurencję, w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., dotyczyła zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w związku z przystąpieniem przez uczestników porozumienia do przetargu nieograniczonego w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z „konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej na terenie miasta P. – 10 części.”. Przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty szczególną ochroną na tle ustawy antymonopolowej 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 u.o.k.k. spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy (bagatelność na rynku właściwym). Jest to jedno z najbardziej szkodliwych niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych występujących w obrocie gospodarczym.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę we wszystkich połączonych sprawach, że 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. Uzgodnienia tego typu godzą w istotę instytucji przetargu, który – z punktu widzenia rozwoju konkurencji – jest jedną z najbardziej korzystnych form wyłaniania kontrahentów. Taki sposób wyboru dostawcy pożądaných świadczeń usług gwarantuje bowiem uzyskanie przez zamawiającego towaru najwyższej jakości po najniższej możliwej cenie, której wysokość wynika z realiów danego rynku właściwego. Warunkiem zapewnienia efektywności procedury przetargowej jest zachowanie konkurencji pomiędzy oferentami. Cel przetargu może zostać zrealizowany wyłącznie wówczas, gdy dochodzi do współzawodnictwa. W sytuacji zaś, gdy oferenci podejmują ze sobą współpracę, postępowanie przetargowe nie może być efektywne. Zaistnienie zmony przetargowej prowadzi bowiem do wyboru oferty, której warunki nie zostały określone na podstawie oceny realiów rynkowych i walorów jakościowych oferowanej usługi/produktu, ale ustalone sztucznie w drodze ustaleń pomiędzy oferentami. Wyłoniona w ten sposób oferta w przeważającej ilości przypadków, będzie więc – z racji ceny nieopartej na ocenie rynku - niekorzystna dla zamawiającego. Stosowanie tej praktyki poza dotkliwymi skutkami dla zamawiającego, może wpłynąć również na szersze grono podmiotów, w tym konsumentów,



gdyż niejednokrotnie może ona prowadzić do uzyskania celowego podziału danego rynku właściwego, korzystnego dla podmiotów związanych porozumieniem, a w rezultacie do uzyskania pozycji dominującej na określonych terenach przez konkretnych przedsiębiorców, co wyłącza skuteczną konkurencję na tym obszarze.

Sąd Okręgowy zauważył we wszystkich połączonych sprawach, że wykazanie zmywy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. W przeważającej liczbie przypadków podmioty dokonujące uzgodnienia, z uwagi na świadomość bezprawności swoich działań, starają się zachować swoje działania w tajemnicy. W związku z tym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się obniżone standardy dowodowe dla tej kategorii spraw – jako dopuszczalne uznaje się dowodzenia na podstawie dowodów pośrednich (np. wyrok SN z dnia 9.08.2006 r., III SK 6/06, Legalis nr 88623). W praktyce przeprowadzenie tego typu dowodu sprowadza się do zastosowania tzw. domniemań faktycznych, tj. wywodzenia określonych faktów z innych ustalonych dowodów. Ustalenie faktu w drodze domniemania faktycznego jest możliwe, o ile spełnione są łącznie następujące przesłanki: (i) udowodnienie faktów ubocznych stanowiących logiczne przesłanki faktu głównego, (ii) zastosowanie reguł logicznego rozumowania, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, przy jednoczesnym uwzględnieniu całości okoliczności faktycznych danej sprawy. Celem wzruszenia domniemania faktycznego strona je kwestionująca musi wykazać nieprawidłowość rozumowania, które doprowadziło do ustalenia faktu domniemanego, tj. wnioskowania z faktów ubocznych o fakcie głównym. Ta nieprawidłowość może polegać na tym, że fakt przyjęty przez sąd za podstawę wnioskowania o innym fakcie nie został ustalony, albo też na tym, że fakty składające się na podstawę domniemania faktycznego nie uzasadniają, w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego, wyprowadzonego z niej wniosku.

Odnosząc to do ustalonego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy wskazał we wszystkich połączonych sprawach, że powodowie są odrębnymi przedsiębiorcami, którzy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, we własnym imieniu i na własne ryzyko, przy (...) spółki (...), (...) sp. z o.o. sp. k. i (...) sp. z o.o. wchodzi w skład grupy kapitałowej należącej do H. S., zaś pozostali dwaj powodowie to indywidualni przedsiębiorcy. Wszyscy złożyli oferty przetargowe na to samo ogłoszenie przetargowe. Bezsprzeczne było, że zgodnie z warunkami zamawiającego oferenci mogli złożyć ofertę na wykonanie nie więcej niż dwóch części przedmiotu zamówienia. Każda z części zamówienia odpowiadała wskazanemu przez zamawiającego rejonowi miasta P.. Powodowie nie kwestionowali ustaleń faktycznych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia organu antymonopolowego, tylko wynikający z tych faktów wniosek o istnieniu zakazanego porozumienia, wyprowadzony przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji. W postępowaniu administracyjnym powodowie nie podważali przydatności i wiarygodności zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również sami nie proponowali dowodów na odparcie tezy postawionej w postanowieniu o wszczęciu postępowania administracyjnego. Z inicjatywą dowodową powodowie nie wystąpili także w postępowaniu sądowym.

Tymczasem istota rozstrzygnięcia sprowadza się do oceny, czy zachowanie powodów daje podstawę do wyprowadzenia wniosku, że pomiędzy nimi doszło do zawarcia zmywy przetargowej oraz wymaga odpowiedzi na pytanie, czy zbieżność działań przedsiębiorców można obiektywnie wytłumaczyć w jakikolwiek inny sposób niż uzgodnieniem warunków składanych ofert, przy uwzględnieniu zarzutów powodów, że złożenie przez nich ofert na poszczególne części zamówienia miało obiektywne uzasadnienie wynikające z podziału rynku przez samego zamawiającego i ze względu na bliskość ich siedziby, oraz że współpraca przedsiębiorców w ramach postępowania przetargowego jest dozwolona i dopuszczalna w świetle przepisów p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego we wszystkich połączonych sprawach te twierdzenia o niezależnym przygotowaniu ofert przetargowych i wyborze rejonu przetargu pozostają w sprzeczności ze zgromadzonym materiałem dowodowym i nie zostały obiektywnie uzasadnione. Zawarcie przedmiotowego porozumienia ograniczającego konkurencję zostało stwierdzone na podstawie szeregu ustalonych w postępowaniu administracyjnym i nie kwestionowanych przez strony okoliczności faktycznych, w tym: złożenia ofert na niepokrywające się części zamówienia, takiej samej szacie graficznej składanych ofert, niemal identycznym wzroście cen w formularzach ofertowych na poszczególne lata obowiązywania umowy, występowaniu identycznych cen jednostkowych w wielu pozycjach kosztorysów i identycznych błędów w ofertach, polegających na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT, wskazaniu w ofertach tych samych osób, które miały odpowiadać za realizację zamówienia, powiązaniu istniejącym między przedsiębiorcami oraz złożeniu ofert w jednonominutowych odstępach czasu. Te ustalenia zostały potwierdzone także w postępowaniu przed (...) przez H. S. – właściciela grupy (...), który

oświadczył, że wszystkie oferty zostały sporządzone przez te same osoby pod jego nadzorem. Zawarcie porozumienia nie przeczy okoliczność, że oferty zostały złożone przez uczestników zarzucanego porozumienia na rejony najbliższe ich siedzibom, ponieważ oczywistym jest, iż miało to na celu minimalizowanie kosztów.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę we wszystkich połączonych sprawach na treść art. 26 ust. 2b p.z.p., zgodnie z którym wykonawca składając ofertę może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Powodowie (...), (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. sp. k. sami przyznali, że H. S. jako przedsiębiorca i jednocześnie stojący na czele Grupy (...) oraz pozostali uczestnicy, tj. Ł. R. i P. S. (1), współpracowali w uzgodniony przez siebie sposób przy ubieganiu się na niekolidujące ze sobą części zamówienia. H. S. jako indywidualny przedsiębiorca udzielił potencjału wiedzy i doświadczenia uczestnikom porozumienia, tyle że w zakresie przygotowania formularzy ofertowych do przetargu i – co istotniejsze – kosztorysów będących kalkulacją oferowanej ceny, a nie wiedzy i doświadczenia przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, o czym świadczy sama treść zobowiązania. Stąd też formularze ofertowe, formularze kosztorysowe uczestników porozumienia są niemal identyczne, a stojący na czele grupy A. S. (2) w ramach indywidualnego przedsiębiorstwa mógł skoordynować warunki ofert oraz wybór części zamówienia, na które uczestnicy, tj. spółki z Grupy (...) i pozostali przedsiębiorcy, składali swoje indywidualne oferty. Znając oferowane przez siebie ceny, przedsiębiorcy nie przystępowali do tych samych części zamówienia, tzn. nie konkurowali ze sobą, zwiększając w ten sposób swoje szanse na wygranie określonych części zamówienia. W świetle przepisów ustawy antymonopolowej zakazanym postępowaniem jest taka wymiana informacji gospodarczych, która ma na celu lub wywołuje skutek w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Uczestnicy porozumienia, rezygnując z konkurowania między sobą, wpłynęli na zachowanie rynkowe. Tak określonego celu działania uczestników niedozwolonego porozumienia nie niweczy okoliczność, że ostatecznie na skutek odrzucenia przez zamawiającego ofert powoda i zainteresowanych oraz wyroku (...) przetarg wygrały oferty z wyższą ceną. Ustawa antymonopolowa służy ochronie mechanizmu konkurencji, a nie partykularnych interesów spółek powiązanych ze sobą osobowo, czy też przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie w trybie przetargu. Do porozumienia doszło nie tylko pomiędzy spółkami, ale także dwoma niezależnymi przedsiębiorcami, którym wsparcia co do wykorzystania potencjału (wiedzy i doświadczenia) udzielił stojący na czele grupy H. S.. To, co powodowie uznają za dozwoloną współpracę przez udostępnienie potencjału (wiedzy i doświadczenia) przez tego przedsiębiorcę, w ocenie Sądu Okręgowego we wszystkich połączonych sprawach jest zakazanym porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Opisanymi działaniami przedsiębiorcy wymienieni w decyzji wyłączyli konkurencję między sobą, dążąc do zdominowania większej części zamówienia i ograniczyli możliwość konkurowania pozostałym wykonawcom przystępującym do przetargu. Współpraca gospodarcza między przedsiębiorcami nie jest zakazana, jednak w tym przypadku, skoro przedsiębiorcy, którym H. S. udzielił swoich zasobów, przystępowali do tego samego przetargu i oferty ich na poszczególne części zamówienia nie pokrywały się, to celem takiej współpracy była pewność, że przedsiębiorcy ci nie będą konkurowali ze spółkami z Grupy (...), co zostało wprost przyznane przez pełnomocnika (...) sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt XVII AmA 45/14 (k. 28 akt sąd.). Wykazana synchronizacja działań przedsiębiorców, tj. złożenie ofert na niepokrywające się części zamówienia, identyczna szata graficzna formularzy ofertowych, niemal identyczny wzrost cen jednostkowych w wielu pozycjach formularzy kosztorysowych, te same błędy w ofertach dotyczące cen netto i podatku VAT, powiązania gospodarcze z H. S., zlecenia przygotowania oferty pod jego nadzorem, niemal równoczesne złożenie ofert przez uczestników zarzucanego porozumienia, prowadzą do wniosku, że nie są to zdarzenia współistniejące w tym samym czasie bez określonego celu, tj. przez przypadek. Wręcz przeciwnie, zdaniem Sądu Okręgowego, świadczą o tym, że powodowie nie przygotowali ofert, szczególnie co do wyboru części przedmiotu zamówienia, w sposób samodzielny, z poszanowaniem reguł rynku konkurencyjnego. Powodowie zrezygnowali z konkurencji między sobą, ograniczając ją w stosunku do pozostałych uczestników przetargu, gdzie stan niepewności co do ilości złożonych ofert na poszczególne części zamówienia i warunków ofert istniał. Ustalone w postępowaniu administracyjnym okoliczności, brane łącznie pod uwagę, zostały prawidłowo zakwalifikowane przez pozwanego, w

świecie zasad logiki i doświadczenia życiowego, jako zawarcie porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w postępowaniu przetargowym celem dokonania podziału rynku. Porozumienie zostało zrealizowane w momencie złożenia przez jego uczestników ofert zamawiającemu, chociaż z uwagi na unieważnienie wyboru ofert nie wystąpiły jego skutki.

Sąd Okręgowy podkreślił w sprawach XVII AmA 45/14, XVII AmA 46/14 i XVII AmA 47/14, że powodowie błędnie wywodzili, że w przedmiotowej decyzji, niezgodnie z wypracowaną przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE doktryną „jednolitego organizmu gospodarczego”, uznano za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte między członkami grupy kapitałowej. W literaturze wskazuje się, że kluczowe dla określenia, czy dane podmioty stanowią jeden podmiot gospodarczy (single economic unit) są nie okoliczności strukturalne, ale behawioralne. W tej sprawie taki przypadek nie jest analizowany przede wszystkim z tego powodu, że wśród uczestników stwierdzonego porozumienia były trzy spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej należącej do H. S. oraz dwaj indywidualni przedsiębiorcy.

Oceniając nałożenie na powodów kar pieniężnych, Sąd Okręgowy stwierdził, że brak było podstaw do odstąpienia od ich nałożenia lub obniżenia ich wymiaru. Nałożone kary uwzględniają w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej. Nakładanie kar pieniężnych, względnie samo zagrożenie nimi, stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów tej ustawy przez przedsiębiorców, a także do stosowania się przez nich do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Wymiary wszystkich nałożonych kar uwzględniają dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k. Pozwany prawidłowo przyjął, że w stosunku do powodów P. S. (1), (...) sp. z o.o. sp. k. występują okoliczności, które przemawiały za jej zmniejszeniem, tj. niewielki udział w 2012 r. przychodów tych powodów z rynku właściwego (świadczenia usług związanych konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej) w ogólnym przychodzie powodów, w związku z czym kary pieniężne wyliczone na podstawie kwoty bazowej ustalonej w wysokości 1,5% przychodów zostały obniżone o 40%. Wymierzone kary stanowią jedynie 0,9% przychodów powodów oraz 9% kar maksymalnych, do nałożenia których uprawniony był Prezes UOKiK. Kary pieniężne na poziomie: 3.259 zł (w stosunku do P. S. (1)), 3.152 zł (w stosunku do (...) sp. z o.o. sp. k.), 41.428 zł (w stosunku do (...)) i 126.220 zł (w stosunku do (...) sp. z o.o.) spełniają funkcję represyjną i prewencyjną, zważywszy na to, że zмова przetargowa należy do cięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Te same wnioski Sąd Okręgowy odniósł do kary pieniężnej nałożonej na Ł. R., chociaż w przypadku tego powoda, odmiennie niż w stosunku do pozostałych uczestników porozumienia, Prezes UOKiK nie obniżył wysokości kary, ustalając, że przychody powoda z działalności polegającej na świadczeniu usług utrzymania zieleni stanowiły prawie 40% jego ogólnych przychodów, podczas gdy udział pozostałych uczestników z tego tytułu wynosił niewielki procent przychodów. Zatem w stosunku do tego powoda prawidłowo została wymierzona kara na poziomie 1,5% przychodu za 2012 r. oraz 15% kary maksymalnej, do nałożenia której uprawniony był pozwany, tj. 3.794 zł.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł powód P. S. (1), zarzucając naruszenie:

1) art. 6 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 4 pkt. 5 u.o.k.k., polegające na ich błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu oraz stwierdzeniu, że pomiędzy powodem a pozostałymi stronami postępowania zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu przez te podmioty warunków ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej na ternie miasta P.”, w celu podziału tego lokalnego rynku usług, poprzez nieuwzględnienie, iż:

a) działanie powoda składającego ofertę tylko na jedną część zamówienia miało obiektywne uzasadnienie gospodarcze, w tym przede wszystkim ekonomiczne, odzwierciedlało jego aktualny potencjał gospodarczy i nie było jego celem ani skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji,

b) korzystanie z referencji podmiotu trzeciego było dozwolone przez prawo oraz wynikało z okoliczności faktycznych, a nie zabronionych ustawowo porozumieniem między przedsiębiorcami;

2) art. 7, 11, 77 k.p.a., które miało wpływ na wynik sprawy, polegające na niewyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy przez Prezesa UOKiK oraz niewyjaśnieniu stronie przesłanek, którymi kierował się organ przy jej rozstrzygnięciu;

3) art. 111 u.o.k.k. poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym szczególności braku uprzedniego naruszenia przepisów ww. ustawy;

4) art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i art. 7 k.p.a. poprzez przyjęcie, że na powodzie ciążył obowiązek wykazania braku zmowy przetargowej, podczas gdy ten obowiązek spoczywał wyłącznie na pozwanym;

5) art. 217 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów zawnioskowanych przez stronę powodową, a wskazujących na zasadność złożenia oferty na daną i jedną część zamówienia (8) i obalających tezę o podobieństwie, czy dublowania się cen jednostkowych, stwierdzonych także u innych wykonawców jako przesłankę potwierdzająca zawarcie zmowy przetargowej przez powoda;

6) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie, tj. z pominięciem okoliczności, które nie odpowiadają koncepcji Sądu w zakresie ustaleń dotyczących stanu faktycznego, w szczególności dotyczących obiektywnego gospodarczego uzasadnienia złożenia oferty przez powoda,

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie za udowodnione, że celem współpracy powoda oraz zainteresowanych była zмова przetargowa, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji, podczas gdy działanie powoda stanowiło dozwoloną współpracę wykonawców przyczyniającą się do zwiększenia konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego, której celem i skutkiem nie było ograniczenie konkurencji,

c) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że okoliczności faktyczne sprawy są bezsporne, podczas gdy powód wyraźnie zaprzeczał okolicznościom faktycznym wskazywanym przez organ, w tym dotyczących celu współpracy powoda z zainteresowanymi oraz wpływu tej współpracy na konkurencję przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego;

7) art. 231 k.p.c. poprzez:

a) bezzasadne przyjęcie za ustalone fakty, których podstawą były fakty nieustalone przez Sąd, w szczególności, że powód i zainteresowani znali całą treść swoich ofert, w tym oferowaną cenę,

b) zastosowanie domniemania faktycznego dla ustalenia skutków współpracy powoda z zainteresowanymi w zakresie wpływu na ograniczenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego, podczas gdy nie było podstaw do zastosowania takiego domniemania;

8) art. 235 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego i oparcie ustaleń faktycznych na materiale dowodowym zebranym w sprawie przed (...), sygn. akt (...).

Z uwagi na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy, zmieniającego Decyzję Prezesa UOKiK w zakresie punktów I i III oraz stwierdzającego, że w niniejszej sprawie nie miała miejsce praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w punkcie I Decyzji, i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i Sądowi I instancji, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Apelacje od powyższego wyroku w całości wnieśli powodowie (...) sp. z o.o. sp. k., (...) sp. z o.o., zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 6 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 4 pkt 5 i 14 u.o.k.k., polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że pomiędzy powodami zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję, poprzez:

a) nieuwzględnienie, że działania stron postępowania miały obiektywne uzasadnienie gospodarcze i nie było ich celem ani skutkiem chociażby potencjalne ograniczenie konkurencji, bowiem każda ze stron postępowania, w sposób zgodny z przepisami p.z.p., zmierzała jedynie do zmaksymalizowania swoich własnych szans na uzyskanie odpowiedniej części zamówienia,

b) błędne przyjęcie, że kilku przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej, a więc stanowiących jeden organizm gospodarczy, może być stronami porozumienia ograniczającego konkurencję (zmowy przetargowej), a w konsekwencji, że przedsiębiorcy ci nie mogą składać ofert na odrębne, nienakładające się na siebie części zamówienia w ramach prowadzonego przez zamawiającego przetargu nieograniczonego;

2) art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. poprzez uznanie domniemanego naruszenia przepisów tej ustawy za „bardzo poważne naruszenie”, a w efekcie określenie kwoty bazowej dla ustalenia kary pieniężnej na poziomie 1,5% przychodu i nałożenie kary pieniężnej, która jest rażąco wysoka w relacji do okoliczności sprawy;

II. przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 2, 7, 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 Konwencji poprzez przyjęcie, że to na powódzie spoczywał ciężar udowodnienia braku naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej, podczas gdy zarówno na etapie postępowania przed organem, jak i w postępowaniu sądowym to organ zobowiązany jest udowodnić przesłanki stanowiące o naruszeniu przepisów tej ustawy;

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie, tj. z pominięciem okoliczności, które nie odpowiadają koncepcji Sądu w zakresie ustaleń dotyczących stanu faktycznego, w szczególności dotyczących obiektywnego gospodarczego uzasadnienia złożenia poszczególnych ofert przez powodów,

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie za udowodnione, że celem współpracy powodów była zmowa przetargowa, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji, podczas gdy działanie powoda stanowiło dozwoloną współpracę wykonawców przyczyniającą się do zwiększenia konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego, której celem i skutkiem nie było ograniczenie konkurencji,

c) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że okoliczności faktyczne sprawy są bezsporne, podczas gdy powód wyraźnie zaprzeczał okolicznościom faktycznym wskazywanym przez organ, w tym dotyczących celu współpracy powoda z zainteresowanymi oraz wpływu tej współpracy na konkurencję przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego;

3) art. 231 k.p.c. poprzez:

a) bezzasadne, tj. bez żadnych dowodów w tym zakresie, przyjęcie za ustalone okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy taki wniosek nie mógł zostać wyprowadzony z innych ustalonych okoliczności faktycznych, w szczególności że powodowie znali całą treść swoich ofert, w tym oferowaną cenę, z uwagi na podobieństwo wizualne ofert,

b) zastosowanie domniemania faktycznego dla ustalenia skutków współpracy powodów w zakresie wpływu na ograniczenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie ogłoszone przez zamawiającego, podczas gdy nie było podstaw do zastosowania takiego domniemania;

4) art. 235 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego i oparcie ustaleń faktycznych na materiale dowodowym zebranym w sprawie przed (...), sygn. akt (...).

W oparciu o powyższe zarzuty powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez wydanie orzeczenia co do istoty, zmieniającego decyzję w zakresie punktów I i III, stwierdzającego, że w niniejszej sprawie nie miała miejsca praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w punkcie I sentencji decyzji, względnie o wydanie orzeczenia zmieniającego decyzję w całości i umarzającego postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe, ewentualnie o uchylenie decyzji w zakresie punktów I i III z uwagi na jej braki polegające na niewskazaniu w jej uzasadnieniu dowodów potwierdzających zarzuty formułowane przez Prezesa UOKiK, co w połączeniu z brakiem wydania w toku postępowania antymonopolowego odpowiednich postanowień dowodowych sprawia, że Sąd pozbawiony jest możliwości rozpatrzenia sprawy, ewentualnie o zmianę decyzji w zakresie punktu III, dotyczącego nałożenia kary pieniężnej, poprzez odstąpienie od nałożenia kar pieniężnych na powodów, względnie ich znaczące obniżenie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego Sądowi I instancji z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie sprawy wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Wnieśli również o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł powód Ł. R., zarzucając:

- 1) naruszenie przepisów prawa materialnego, polegające na niewłaściwym zastosowaniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wskutek uznania, że między powodami doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w toku przeprowadzanego przez Miasto P. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, podczas, gdy te podmioty korzystały jedynie z uprawnień zagwarantowanych w przepisach p.z.p. w celu spełnienia wymogów przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz pomimo tego, że zaistniały stan rzeczy w jakikolwiek sposób nie doprowadził do ograniczenia konkurencji w tym przetargu;
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. w zakresie wymiaru kary poprzez przyjęcie, że inkryminowana zmowa przetargowa stanowiła bardzo poważne naruszenie ustawy antymonopolowej;
- 3) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 111 u.o.k.k. w wyniku nieuwzględnienia przy wymierzaniu kary wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym w szczególności braku wcześniejszego ukarania go za naruszenie postanowień ustawy antymonopolowej oraz nierównym potraktowaniu powoda w stosunku do innych zainteresowanych, poprzez uznanie, że w stosunku do powoda nie zachodzą okoliczności uzasadniające zmniejszenie wysokości kary poniżej kwoty bazowej (1,5% obrotu), podczas gdy pozostałym zainteresowanym kara została obniżona o 40%;
- 4) naruszenie przepisów prawa procesowego poprzez przyjęcie, że powoda obciążał obowiązek wykazania braku istnienia zmowy przetargowej, podczas gdy w rzeczywistości ciężar dowodu w sprawie spoczywał wyłącznie na pozwanym (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.);
- 5) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.) oraz przeprowadzenie niepoprawnego domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.) poprzez przyjęcie, że okoliczności niniejszej sprawy uzasadniają wniosek o zawarciu przez powoda i zainteresowanych zmowy przetargowej;
- 6) przekroczenie przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.) wskutek uznania, że współpraca powoda z zainteresowanymi stanowi przekroczenie dopuszczalnych form współpracy wynikających z p.z.p.;
- 7) naruszenie przepisów prawa procesowego wskutek nieprzeprowadzenia dowodu zawnioskowanego przez powoda (art. 217 w zw. z 227 k.p.c.) w postaci weryfikacji treści ofert powoda i pozostałych uczestników postępowania przetargowego w zakresie powtarzania się stawek cenowych za niektóre rodzaje usług;

8) naruszenie przepisów prawa procesowego wskutek uznania w drodze domniemania faktycznego, że powód i zainteresowani znali dane finansowe zawarte w składanych przez siebie ofertach, wskutek czego nie przystępowali do tych samych części zamówienia (art. 231 k.p.c.);

9) naruszenie przepisów prawa procesowego (zasady bezpośredniości postępowania dowodowego) wskutek oparcia poczynionych ustaleń faktycznych o materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy przed (...), sygn. akt (...) (art. 235 § 1 k.p.c.);

10) naruszenie przepisu prawa procesowego (art. 328 § 2 k.p.c.) poprzez brak wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku:

a) na jakiej podstawie Sąd uznał, że powód i zainteresowani znali ceny zawarte w składanych przez nich ofertach, wskutek czego podjęli decyzję o rezygnacji z konkurencji między sobą i złożeniu ofert na niepokrywające się części zamówienia (s. 18 uzasadnienia),

b) na jakiej podstawie Sąd zaniechał badania, czy ceny jednostkowe usług oferowanych w przetargu pokrywały się w cenami zawartymi w ofertach innych uczestników – nieobjętych zarzutem inkryminowanej zmowy przetargowej, w sytuacji, gdy ta okoliczność stanowiła jedną z przesłanek przyjętego domniemania istnienia zmowy przetargowej,

c) na jakiej podstawie Sąd ustalił zakres ingerencji H. S. w treść ofert przygotowanych przez powoda i zainteresowanych, w szczególności, czy H. S. udostępnił jedynie formularz do samodzielnego przygotowania oferty, czy też samodzielnie bądź przy udziale poszczególnych oferentów ustalał również istotne elementy oferty – w tym ceny żądane za określone pozycje ofert;

d) na czym dokładnie polegało i co konkretnie obejmowało sporządzenie ofert dla powoda i zainteresowanych przez osoby wskazane przez H. S. i pod jego nadzorem (s. 17 uzasadnienia).

Z uwagi na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zmianę zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie, że powód nie zawarł porozumienia ograniczającego konkurencję (nie był uczestnikiem zmowy przetargowej), o którym mowa w punkcie I decyzji, a w konsekwencji zniesienie kary nałożonej na powoda na podstawie punktu III decyzji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i zmianę zaskarżonej decyzji pozwanego w zakresie punktu III poprzez uchylenie nałożonej kary bądź jej istotne ograniczenie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, za obie instancje według norm przepisanych.

W odpowiedzi na wszystkie apelacje pozwany wniósł o ich oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

#### Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje powodów były niezasadne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut apelującego Ł. R. dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny. O ile uzasadnienie Sądu I instancji wymagało pogłębionej analizy, to nie sposób stwierdzić, aby nie poddawało się kontroli instancyjnej, jako że z uzasadnienia

zaskarżonego wyroku wynika, z jakich przyczyn Sąd ten oddalił powództwo, zaś ewentualne uchybienia nie miały znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób ocenia materiał dowodowy zebrany w sprawie. To, że Sąd Okręgowy pewnych elementów stanu faktycznego nie wyeksponował, mimo że wymagały one szerszego omówienia, nie oznacza naruszenia powołanego przepisu, czy dalej idącej kwestii – nierozpoznania istoty sprawy.

Wbrew twierdzeniom powodów, zarówno Prezes UOKiK (w zaskarżonej decyzji), jak i następnie SOKiK (w zaskarżonym wyroku) nie zakwalifikowali jako znowę przetargową współpracy polegającej na udzieleniu potencjału i doświadczenia innym uczestnikom przetargu. Chodziło zaś o porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., zgodnie z którym 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 (tzw. znowa przetargowa). Jednocześnie nie miało zastosowanie art. 6 ust. 2 u.o.k.k. – wyłączenie z art. 7 nie mogło mieć miejsca chociażby ze względu na treść ust. 3 tego artykułu (tożsamego z ust. 2, obowiązującym w dacie wydania decyzji; zob. też A. Jurkowska-Gomułka, w: T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 324), natomiast aby miało zastosowanie art. 8 ust. 1 u.o.k.k., przedsiębiorca musi wykazać jednoczesne wystąpienie okoliczności, o których mowa w tym przepisie (ust. 2). Takiego dowodu powodowie nie przedstawili, nie podnosili nawet tych okoliczności.

Sprawa dotyczyła porozumienia zawartego pomiędzy trzema spółkami z grupy (...) ( (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. sp. k. i (...)) oraz dwoma niezależnymi przedsiębiorcami Ł. R. i P. S. (1). To porozumienie polegało na uzgodnieniu, że ci przedsiębiorcy złożą oferty na odrębne części zamówienia w przetargu organizowanym przez Miasto P., w efekcie czego nie będą ze sobą konkurować, czyli dokonaniu podziału rynku obejmującego przedmiotowy przetarg. Nie ulega wątpliwości, że ustalenie pomiędzy przedsiębiorcami, którzy składają odrębne oferty w tym samym przetargu, na jakie części złożą oni oferty, jest przykładem znowy przetargowej. Znowa przetargowa może polegać m.in. na podziale rynku, czyli alokacji rynkowej (tzw. market allocation), która ma miejsce – jak słusznie zauważył pozwany – gdy konkurenci dzielą rynek na części i ustalają, że nie będą składać ofert np. w obrębie określonych obszarów.

Znowy przetargowe pomiędzy konkurentami, podobnie jak porozumienia cenowe i porozumienia polegające na podziale rynku, należą do najcięższych naruszeń prawa konkurencji i są zakazane bez względu na udział przedsiębiorców w rynku. Tego rodzaju porozumienia zostały uznane przez ustawodawcę za takie, których celem jest ograniczenie konkurencji i nie jest konieczne, by wywołały one na rynku negatywne skutki (zob. np. K. Kohutek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 287).

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowo ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60). W odniesieniu do zarzutów powodów naruszenia art. 235 § 1 k.p.c., w kontekście ustalonego przez Sąd Okręgowy stanu faktycznego, trzeba jednak wskazać, że zgodnie ze zdaniem pierwszym tego przepisu postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym, chyba że sprzeciwia się temu charakter dowodu albo względ na poważne niedogodności lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu. Z zasady bezpośrednio wynika obowiązek bezpośredniego przeprowadzenia dowodów, przy uwzględnieniu przewidzianych w § 1 i 2 wyjątków. Sąd powinien zatem, jeśli to tylko możliwe, osobiście „zetknąć” się z dowodami, gdyż taki sposób poznania rzeczywistości najbardziej przybliży do poznania prawdy ( E. Waśkowski , Podręcznik procesu cywilnego, Wilno 1930, s. 91). Daje to możliwość np. zadawania pytań, przeprowadzenia konfrontacji, oceny sposobu składania zeznań. Dopuszczalne odstępstwa od zasady bezpośredniości muszą brać pod uwagę przede wszystkim charakter i rodzaj dowodu (zob. wyrok SN z dnia 22.1.2002 r., V CKN 508/00, Legalis nr 304598; wyrok SA w Katowicach z dnia 23.9.2014 r., III AUA 1373/14, Legalis nr 1093103). Dopuszcza się jednak możliwość wykorzystania dokumentów zgromadzonych w innej sprawie, pod warunkiem zagwarantowania przestrzegania zasady bezpośredniości. Przeprowadzenie dowodu z akt innej sprawy wymaga ujawnienia treści poszczególnych dokumentów, mających stanowić podstawę ustaleń w



sprawie, w taki sposób, aby strony mogły ustosunkować się do treści tych dokumentów i zgłosić stosowne wnioski (zob. wyrok SN z dnia 24.8.2011 r., IV CSK 535/10, Legalis nr 443528). Ze względu jednak na zasadę bezpośredniości sąd ma obowiązek dopuścić w postępowaniu cywilnym dowód z przesłuchania świadków i stron, przesłuchanych w toku innej sprawy. Od tego obowiązku sąd cywilny powinien odstępować tylko wyjątkowo, gdy przesłuchanie tych osób jest niemożliwe lub gdy strony godzą się na niepowtarzanie przesłuchania świadków, a złożone w dochodzeniu zeznania nie budzą uzasadnionych wątpliwości co do ich mocy dowodowej (wyrok SN z dnia 22.10.1973 r., II CR 537/73, Legalis nr 17423). Jedynie dopuszczenie dowodu z protokołów zeznań świadków złożonych w innej sprawie, których przesłuchanie jest niemożliwe, nie stanowi naruszenia zasady bezpośredniości (wyrok SN z dnia 15.10.2009 r., I CSK 238/09, OSNC-ZD 2010, Nr C, poz. 68).

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, zgodzić się należało z zarzutem dotyczącym naruszenia powyższego przepisu, albowiem jednym z dowodów, na którym oparł się pozwany, a następnie SOKiK było oświadczenie H. S. złożone na posiedzeniu przed (...) w dniu 14.01.2013 r., sygn. akt (...), o treści: „(...) po ogłoszeniu przetargu na przedmiotowe zamówienie zgłosiło się do mnie 5 wykonawców celem przygotowania przez jego firmę kosztorysu na przedmiotowe zamówienie. Pracownicy mojej firmy, pod moim osobistym nadzorem, wykonali usługi dla tych 5 firm, opracowując kosztorysy i formularze ofertowe na wskazane przez nich części zamówienia. Uzgodnienia co do rejonu, którego miała dotyczyć oferta oraz sposób kalkulacji cen był uzgadniany przeze mnie z właścicielami firm zlecających zamówienie. Tym samym normalną rzeczą jest fakt szeregu podobieństw w przygotowywanych ofertach, gdyż wykonywały je te same dwie pracownice jego firmy, pod jego nadzorem. (...)” (k. 1624 akt adm.). W związku z Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z przesłuchania stron, aby wyjaśnić okoliczności wskazane w postanowieniu dowodowym, w tym w szczególności dotyczące powyższego oświadczenia. Jednocześnie Sąd Apelacyjny, pomimo uzupełnienia materiału dowodowego, nie ustalił odmiennego stanu faktycznego niż to uczynił Sąd Okręgowy, a nawet stanu faktycznego w szerszym zakresie, albowiem zeznania powodów i ich reprezentantów były pełne sprzeczności zarówno ze sobą, jak i pozostałym materiałem dowodowym, o czym będzie mowa szeroko poniżej, w związku z czym można było im dać wiarę jedynie w takim zakresie, który potwierdzał stan faktyczny już ustalony w sprawie przez Sąd I instancji.

Podstawowym zarzutem podniesionym we wszystkich apelacjach było – według skarżących – naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., co miało wynikać z faktu, że powodowie nie zawarli inkryminowanego porozumienia, a decyzje podejmowali samodzielnie.

W związku z tym należy wskazać, z uwagi na powyższe oświadczenie H. S., że według jego zeznań złożonych na rozprawie w dniu 28.08.2017 r., oświadczenie miało nie oddawać sensu jego słów wówczas wypowiedzianych (nagranie 00:13:09 i n.). Przede wszystkim miało nie być tak, aby jego pracownicy, pod jego osobistym nadzorem, wykonali usługi dla powodów, opracowując kosztorysy i formularze ofertowe na wskazane przez nich części zamówienia, gdyż miał jedynie wyrazić zgodę na wydrukowanie kosztorysów, ale nie ingerował w ich treść, nie podawał stawek, w związku z czym sformułowanie „pod moim nadzorem” miało oznaczać, że miał kontrolę nad tym, co pracownice drukują, ale bez ingerencji w treść (nagranie 00:20:38 i n.). Dodatkowo miało nie być jego wypowiedzią sformułowanie „uzgodnienia co do rejonu, którego miała dotyczyć oferta oraz sposób kalkulacji cen był uzgadniany przez niego z właścicielami firm zlecających zamówienie”. Takiego zdania miał nie wypowiedzieć i, jest to wtrącone w kontekst, a takiego zlecenia od powodów nie było (nagranie 00:20:38 i n.).

Powyższe zeznania były sprzeczne wprost z treścią powołanego oświadczenia i nie można było im dać wiary. Tak naprawdę H. S. nie był w stanie logicznie i sensownie uzasadnić z jakich przyczyn złożył oświadczenie o wskazanej treści. Całkowicie niezasadne było twierdzenie, że rozmowy dotyczyły wyłącznie referencji. Generalnie z zeznań H. S. miało wynikać, że pojawił się na posiedzeniu przed (...) tylko dlatego, że był pełnomocnikiem jednego z przedsiębiorców, a nie wnosił zastrzeżeń do tego protokołu, gdyż nie brał udziału w przetargu, nie miał w tym interesu, jego rola w tym postępowaniu przed arbitrażem była „obojętna”. Nie wiedział, co jest protokołowane (nagranie 00:24:54 i n.). Takie twierdzenia są oczywiście nielogiczne, w kontekście art. 233 § 1 k.p.c., że osoba, która od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą, wie, że sprawa dotyczy unieważnienia wyników przetargu, gdy spółki, w których jest współnikiem, zostają posądzone o zмовę przetargową, co wprost stanowi przyczynę unieważnienia przetargu,

składa wprost oświadczenia, że jego pracownice sporządzały kosztorysy i to pod jego nadzorem, mając na myśli, że chodziło tylko o wydrukowanie protokołów. Sporządzenie kosztorysu jest oczywiście czymś innym od pozwolenia na ich wydrukowanie. Gdyby faktycznie chodziło o „nadzór” nad ich wydrukowaniem, H. S. nie złożyłby oświadczenia o wykonaniu kosztorysów, a tym bardziej po dokonaniu stosownych ustaleń co do rejonu, którego miała dotyczyć oferta oraz sposób kalkulacji cen.

Co więcej, przed (...) H. S. oświadczył, że nie ujawni treści tych uzgodnień, gdyż „wiąże go w tym zakresie tajemnica handlowa” (k. 1695 akt adm.), co (...) szeroko opisała na s. 15 uzasadnienia wyroku z dnia 15.01.2013 r., sygn. akt (...). Według zeznań H. S. miało to wynikać z faktu, że ma on doświadczenie z UOKiK, gdyż w 2005 r. był ukarany, również za znowę przetargową, w związku z czym uważał, że nie należy dzielić się informacjami i o spotkaniu z panami R. i S. w sprawie referencji nie widział nawet jego brat i prezes (...), czyli pan M. (nagranie 00:29:51 i n.). Zatem z jednej strony miał nie składać oświadczenia co do dokonywania ustaleń, z drugiej zaś strony nie ujawnił ich treści powołując się na tajemnicę handlową. Poza tym skoro H. S. „miał doświadczenie” w zakresie znowów przetargowych, to oczywistym jest, że gdyby rozmowy dotyczyły wyłącznie udzielenia referencji, nie stanowiłoby to „tajemnicy handlowej”, gdyż świadczyłoby właśnie o braku porozumienia, co powinno przemawiać na korzyść spółek, w których był i jest współnikiem.

Zeznaniom H. S., że miało chodzić tylko o nadzór i wyrażenie zgody jedynie na wydrukowanie kosztorysów, przeczyły również zeznania Ł. R., chociaż miał je potwierdzić P. S. (1). Zgodnie z zeznaniami tego ostatniego przy odbiorze referencji spytał H. S., czy może mu pomóc w kwestii formularzy, ale otrzymał odpowiedź, że nie i jeżeli chce, to może podejść do pań z sekretariatu, które mogą pomóc, ale nie muszą, ale on na to przyzwala. W związku z czym powód miał udać się do sekretariatu, gdzie jedna z pań zaoferowała pomoc. Otrzymał formularz, bez żadnej gratyfikacji, tylko powiedział, że ma zgodę pana S. (nagranie 01:44:03 i n.). Natomiast z zeznań Ł. R. wynikało, że chociaż się spotkał z H. S., to nie rozmawiał z nim w tej kwestii, tylko jak zaczął przygotowywać ofertę na dwa rejony, został tydzień i miał problem z przygotowaniem formularza i kalkulacji cenowej, a znał pracownicę z firmy (...) i poszedł do niej z prośbą o pomoc. W wyniku tego miał otrzymać formularze, w które mógł wpisywać od razu gotowe ceny (nagranie 02:24:27 i n.). Wykonywał kalkulację cenową i formularz, ale podjechał do pani z (...), żeby mu to wydrukowała i sprawdziła pod względem formalnym, czy nie ma tam jakichś błędów. Wydrukowała to, sprawdziła, coś pospinała, nie naniosła zmian w tabelce ani w cenach (nagranie 02:30:50 i n.).

Widać wyraźnie, że o ile z zeznań H. S. miałyby wynikać, że jak przedsiębiorcy zgłosili się do niego, to wyraził zgodę na wydruk „w ramach nadzoru”, to Ł. R. nie miał żadnej wiedzy na ten temat, a według jego słów – bez żadnej rozmowy z H. S. miał zgłosić się do jednej z jego pracownic. Co więcej, także A. S. (1) miał nie wiedzieć, że te panie drukowały kosztorysy również dla innych osób (nagranie 01:18:52 i n.), a więc co działo się w sekretariacie obsługującym spółki, w których był prezesem. Zeznania te były więc sprzeczne, całkowicie nielogiczne i nie sposób było dać im wiary.

O tym, że zeznaniom H. S. złożonym przed Sądem Apelacyjnym nie można było dać wiary świadczy również okoliczność, że w ofertach całej piątki powodów niemal wszystkie pozycje były takie same (k. 347 i n., 413-415 t. II akt adm.). Różnice są tylko w kilku pozycjach. Przykładowo można wskazać na poz. 52 kosztorysu „Zakup worków biodegradowalnych do koszy: wszyscy powodowie wskazali cenę jednostkową brutto na 2013 r. – 0,40 zł, na 2014 r. – 0,42 zł, na 2015 r. – 0,43 zł, poz. 7 „Renowacja trawników” – w latach 2013-2015 po 5 zł, poz. 51 „Prace różne” w latach 2013-2015 po 10 zł, poza. 1 „Malowanie ławek” w 2013-2014 po 20 zł, tylko (...) 15 zł. Podobnie w czterech ofertach jest przewidziany wzrost cen na kolejny rok na poziomie do 1%, zaś tylko dla (...) sp. z o.o. w drugim roku to 3% – dla rejonu 3 i 8% – dla rejonu 6.

Dodatkowo we wszystkich ofertach powtarzał się ten sam błąd rachunkowy, polegający na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT – policzono podatek VAT od ceny brutto, a nie od ceny netto (k. 171-205, 576-593, 621-647, 672-685, 712-721, 749-766 akt adm.). Powodowie próbowali przekonywać, że wynika z faktu, iż podatek VAT zliczał ten sam program komputerowy. Tymczasem w piśmie z dnia 11.01.2013 r. Ł. R. wskazał, że błąd rachunkowy wynikał przede wszystkim z błędnego odczytania przez niego wymagań zamawiającego zawartych w punkcie 13 SIWZ, wymagania te nie były do końca dla niego jasne (k. 397 akt adm.), zaś słuchany na rozprawie zeznał, że wartość

końcówką wyliczył sam, a podatek wyliczył program w Excell'u, który wypełniał w domu (nagranie 02:30:50 i n.). Tak więc również w tym zakresie zeznania były sprzeczne z materiałem dowodowym, w związku z czym oczywistym jest, że błąd mógł zaistnieć jedynie w sytuacji, w której to pracownice H. S. wykonywały kosztorysy dla wszystkich powodów, popełniając dokładnie ten sam błąd. Co istotne, żaden z pozostałych wykonawców nie zrobił takiego błędu (wyliczenie wartości podatku VAT od kwoty brutto, a nie netto, a tym samym wyliczenie nieprawidłowej wartości świadczonych usług). Pewne różnice, które pojawiły się w poszczególnych ofertach, nie świadczą o braku współpracy powodów, ale o tym, że dwie pracownice, które sporządzały oferty dla wszystkich powodów, dla spółki (...) zastosowały w pewnym okresie wzrost cen na innym poziomie. Trzeba zauważyć, że Prezes Urzędu nie zarzucił powodom, że ustalili warunki ofert, ale że w ramach zmowy przetargowej podzielili rynek.

Nie można więc było dać wiary powyższym zeznaniom, jak również zeznaniom P. S. (1) (nagranie 01:36:54 i n.) i Ł. R. (nagranie 02:15:47 i n.), że rozmowy z H. S. dotyczyły wyłącznie kwestii referencji. Trzeba zwrócić uwagę chociażby na to, że P. S. (1) zeznał, że ofertę do zamawiającego składała jego żona z koleżanką (nagranie 02:09:28 i n.). Według zeznań Ł. R. po skompletowaniu całej oferty do zamawiającego tę ofertę zawiózł sam (nagranie 02:30:50 i n.). Dodatkowo A. S. (1) zeznał, że najprawdopodobniej któryś z kierowców spółki dostarczył oferty spółek (nagranie 01:28:16 i n.) i nie ma wiedzy, w jaki sposób zostały doręczone zamawiającemu oferty innych powodów (nagranie 01:35:51 i n.). Oznaczać by to miało, że powodowie, tj. spółki, Ł. R. i P. S. (1), złożyli oferty odrębnie. Tymczasem, jak wynika z dokumentów niekwestionowanych na żadnym etapie postępowania administracyjnego i sądowego, oferty zostały złożone u zamawiającego w tym samym czasie – zostały zaewidencjonowane w dzienniku podawczym zamawiającego w ciągu 3 minut w dniu 5.12.2012 r.: godz. 11.40 – (...), godz. 11.41 – Ł. R., godz. 11.41 – P. S. (1), godz. 11.42 – obie spółki (...) (k. 497, 1257-1259 akt adm.). Oczywiście nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby przyjęcie, że oferty składane odrębnie przez trzy podmioty (spółki liczone w tym wypadku jako jeden), zawieszane przez trzy inne osoby, jak to podkreślali powodowie, zostały złożone dokładnie w tym samym momencie, nawet jeżeli miał to być ostatni dzień złożenia ofert. Co więcej, gdyby były składane odrębnie, oferty spółek zostałyby zarejestrowane jako wpływające jedna po drugiej, jako przywiezione razem, a zostały przedzielone ofertami pozostałych powodów. Nie ulega więc wątpliwości, że wszystkie pięć ofert zostało złożonych jednocześnie, przez tę samą osobę, co świadczy o tym, że wbrew zeznaniom powodów, oferty były sporządzane przez te same osoby, tj. pracowników H. S., a następnie dostarczone jednocześnie, co jest zgodne z pozostałym materiałem dowodowym i potwierdza jego oświadczenie, że to jego pracownice, po stosownych ustaleniach, wykonały te kosztorysy, a nie oddzielnie spółki i oddzielnie pozostali powodowie.

Tak więc zeznania powodów (ich reprezentantów) były sprzeczne same ze sobą, jak i z pozostałym materiałem dowodowym. Nie można więc było im dać wiary, chociaż zgodnie podkreślali, że nie zawierali żadnego porozumienia odnośnie do ustalenia rejonów, co do których składali oferty. Warto zauważyć, że H. S. miał udzielić referencji dwóm podmiotom, aby mogły być ich konkurentami w tym samym przetargu, miał pełną wiedzę, że spółki będą uczestniczyć w przetargu, a nie interesował się, na jakie rejony ci dwaj przedsiębiorcy chcą złożyć oferty, a tylko w wypadku Ł. R. przypuszczał, że z logistycznego punktu widzenia może on nie wchodzić w konkurencję dla spółek. Innymi słowy, H. S. miał się w ogóle nie interesować i nie ustalać, czy ci dwaj przedsiębiorcy, którzy chcą uzyskać od niego pomoc w celu wygrania przetargu, nie chcą złożyć ofert na te same rejony, co spółki z grupy (...), i miało nie stanowić to dla niego żadnego problemu. Oczywistym jest, że przy przyjęciu takiego założenia działałby wbrew interesom „własnych” spółek. Dodatkowo H. S. miał pomagać potencjalnym konkurentom spółek bez żadnej gratyfikacji, bezinteresownie. Co więcej, o tych swoich działaniach miał nie informować brata, będącego prezesem zarządu obydwu spółek (...), jak i prezesa spółki (...).

Mając na względzie doświadczenie życiowe i zasady logicznego rozumowania, taki pogląd nie może się ostać, albowiem nawet niezależnie od tego, że jest sprzeczny z materiałem dowodowym, to jednocześnie narusza wskazane zasady. Tym bardziej, że jak zeznał A. S. (1), dla jego brata nie było tajemnicą, na jakie rejony spółki będą składać oferty, były spotkania co do tego, a on był udziałowcem spółek (nagranie 01:28:16 i n.). Jest to oczywiste i logiczne. Zresztą i H. S. przyznał, że w momencie spotkań z panami S. i R. wiedział, że spółki (...) będą startować w tym przetargu (nagranie 00:48:47 i n.). Niezasadne więc jest twierdzenie, że mimo tej pełnej wiedzy, że spółki będą składać ofertę w

przetargu i na jakie rejony, H. S. miał pomagać P. S. (2) i Ł. R., aby złożyli oni oferty potencjalnie na te same rejony, (...) spółki (...) po to, aby spółkom przybyli konkurenci, którzy ewentualnie pozbawiliby je zamówień publicznych. Co charakterystyczne, H. S. miał sporadycznie, w zależności od sytuacji, udzielać takiego wsparcia w innych przetargach innym firmom niż jego spółki, ale nie był w stanie powiedzieć którym i kiedy to było (nagranie 00:48:47 i n.). Brak więc było jakiegokolwiek dowodu, aby H. S. faktycznie udzielił w jakiejś innej sytuacji tego rodzaju wsparcia, co spółkom (...) k. 573-617 akt adm.) i (...) sp. z o.o. sp. k. k. 618-668 akt adm.) oraz Ł. R. i P. S. (1). Niewątpliwie nie jest to sytuacja spotykana na rynku.

Sąd I instancji słusznie zauważył, że powodowe spółki przyznały w rzeczywistości, że doszło do takich antykonkurencyjnych uzgodnień wskazując, że nieracjonalna byłaby współpraca spółek z grupy (...) z niezależnymi przedsiębiorcami (P. S. (1) i Ł. R.), gdyby strony nie miały świadomości (przed złożeniem ofert), że każdy z przedsiębiorców złoży ofertę na inne części zamówienia (s. 15 odwołań). Powodowie potwierdzili to w apelacji wskazując, że przedsiębiorcy, prowadząc rozmowy o udostępnieniu potencjału nie nawiązałyby współpracy bez wymiany informacji o swoich zamiarach, albowiem trudno oczekiwać, by grupa (...) udzielała wsparcia przedsiębiorcom, którzy chcą ubiegać się o te same części zamówienia (s. 16 apelacji). Jak słusznie podniósł pozwany, wymianę informacji pomiędzy konkurentami co do tego, na jakie części zostaną złożone przez nich oferty, nie można traktować inaczej niż jako antykonkurencyjną wymianę informacji, która może stanowić element porozumienia ograniczającego konkurencję.

Trzeba wskazać, że zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Mając na uwadze materiał dowodowy zebrany przez Sąd I instancji, jak również w postępowaniu apelacyjnym, nie budzi wątpliwości, że doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w zaskarżonej decyzji. Bez znaczenia pozostawało, że w punkcie 3 SIWZ zostało zawarte zastrzeżenie, że każdy z wykonawców może złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części 2 z 10 rejonów, a gdyby jeden wykonawca (samodzielnie lub w konsorcjum) złożył ofertę na więcej niż 2 części, oferta miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (k. 69v akt adm.). Niezależnie od intencji zamawiającego, miało to na celu zachowanie konkurencji na rynku właściwym przez wybór co najmniej 5 różnych wykonawców, przy uwzględnieniu najlepszych ofert złożonych na poszczególne rejony. Tymczasem powodowie „podzielili się rejonami”, w tym sensie, że wyłączyli konkurencję między sobą. Warto zauważyć, że z jednej strony A. S. (1) przekonywał, że nie wiedział, co dzieje się w spółce (...), bo była to „odrębna firma, było to poza nim” (nagranie 01:15:00 i n.), z drugiej zaś strony wprost przyznał, że dla spółek (...) wytypował cztery rejony, pan M. dla (...) miał wytypowane również dwa rejony i na pewno ustalili, żeby nie było kolizji pomiędzy tymi

trzema podmiotami co do rejonów, gdyż możliwość współpracy między tymi podmiotami była dozwolona (nagranie 01:03:18 i n.).

Świadczy o tym również okoliczność, że Ł. R. złożył ofertę na rejony 1 i 2, P. S. (1) – na rejon 8, (...) na rejony 4 i 5, (...) sp. z o.o. – na rejony 3 i 6, zaś (...) sp. z o.o. sp. k. – rejony 9 i 10 (k. 165-167, 573, 669, 709, 746 akt adm.). W ten sposób, nie konkurując ze sobą, powodowie złożyli oferty na 9 z 10 rejonów. Gdyby P. S. (1) z jednego rejonu nie zrezygnował, oferty powodów dotyczyłyby całego zamówienia, przy uwzględnieniu, że żadna nie stanowiłaby konkurencji dla ofert pozostałych powodów. Co prawda A. S. (1), Ł. R. i P. S. (1) przekonywali w swoich zeznaniach, że wybrali rejony, które im najbardziej pasowały ze względów logistycznych, jednak np. w odniesieniu do Ł. R. miał nie składać oferty na rejon 8 dlatego, że go nie zna, a wybrał wcale nie lepsze logistycznie rejony 1 i 2, gdyż – jak to nazwał – wymyślił, że z (...) dojedzie do(...) i będzie miał łatwy dojazd do rejonów 1 i 2 (...), a nadto mieszkał kiedyś w rejonie nr 1, tam się wychował i tam znał dosyć dobrze swoje osiedla (nagranie 02:22:16 i n.). Pomijając nawet okoliczność, że od momentu wychowywania się na osiedlu do złożenia oferty minął długi okres czasu, to rejon 8 można było poznać, a dojazd do niego nie powinien stanowić większych problemów. Nadto wskazał, że nie chciał startować na rejon 3, gdyż są „straszne korki” jak jedzie się na S., a potem przed P.. Podobnie zresztą tłumaczył P. S. (1). Nie jest to jednak argument przesądzający, skoro, jak przyznał ten powód, zaczynają pracę nawet o godz. 6:00 rano, co w oczywisty sposób pozwala na uniknięcie korków. Warto też zauważyć, że z zeznań P. S. (1) wynikało, że myślał on jeszcze o rejonie 7 (nagranie 02:06:32 i n.), a więc jedynym, który pozostał, tj. na który żaden z pozostałych powodów nie złożył swojej oferty.

Tak naprawdę, jak wynikało z niezaprzeczonych twierdzeń pozwanego (art. 230 k.p.c.), spółki (...) sp. z o.o. i (...) złożyły oferty na te rejony, w których wcześniej wykonywały te usługi, co potwierdził (w odniesieniu do spółki (...)) A. S. (1) („Najprawdopodobniej gdzieś w rejonach Ś. i S. realizowaliśmy jakieś zadania przed tym przetargiem” – nagranie 01:08:11 i n.). Ponieważ przed tym przetargiem (...) sp. z o.o. sp. k. nie uczestniczyła w przetargach Zarządu Zieleni Miejskiej, to składając ofertę na dwa kolejne rejony, w wypadku wygrania, spółki z grupy A. zapewniały sobie 60% zamówienia. Jak słusznie zauważył pozwany, zawarciu porozumienia nie przeczy fakt, że uczestnicy porozumienia złożyli oferty na rejony położone blisko ich siedziby. Przedsiębiorcy dokonując podziału rynku według kryterium geograficznego mogą bowiem uwzględniać obszar ich dotychczasowej działalności. Przeciwnie działania, tj. składanie ofert na rejony znajdujące się najdalej, a nie najbliżej siedziby przedsiębiorców narażałyby ich jedynie na dodatkowe koszty związane ze zwiększeniem kosztów dojazdu. Istotne jest, czy doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia.

Nie można zapominać, że powodowie to podmioty powiązane z H. S. – na zasadach pozostawania przez niego współnikiem w spółkach, więzów krwi z prezesem zarządu dwóch z nich, zatrudnienia Ł. R. i współpracy z P. S. (1), co wynikało szeroko z zeznań wszystkich słuchanych w sprawie osób. Całkowicie niewiarygodne były zeznania Ł. R., że przez tyle lat pracy u H. S. wiedział on tylko, że ma on (...), ale nie wiedział, że prowadzi spółki (...), chociaż „coś mu się objęło o uszy, ale była to wiedza szcztatkowa” i tylko z widzenia znał A. S. (1) i pana M., a pracownicy mówili, że to prezes (nagrania 02:24:27 i n.).

Bez znaczenia pozostawało, że przed rozstrzygnięciem przetargu A. S. (1) nie znał i nie współpracował z panami R. i S., a do wniesienia protestu po przetargu nie miał z nimi do czynienia (nagranie 01:18:52 i n.), podobnie jak to, że osobiście nie znali się Ł. R. i P. S. (1). Należy podkreślić, że w imieniu spółki nie musi działać członek zarządu, a tym bardziej nie musi być zachowana reprezentacja zgodnie z umowa spółki lub przepisami kodeksu spółek handlowych, aby doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia. Nie chodzi tu bowiem o umowę w znaczeniu cywilistycznym, ale wszelkiego rodzaju uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorcami, nawet nieformalne, co wprost wynika z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. W tym wypadku wszelkie ustalenia były dokonywane z udziałem H. S. i nie była konieczna osobista znajomość pozostałych osób słuchanych w sprawie, jak również prezesa zarządu (...).

Niezasadny był zarzut powodowych spółek, jakoby nie mogło dojść między nimi do zawarcia niedozwolonego porozumienia, gdyż należą do tej samej grupy kapitałowej (tzw. doktryna jednolitego organizmu gospodarczego), a więc oczywistym jest, że wszelkie ograniczenia miałyby charakter sztuczny, zaś konkurencja pozorna. Wystarczy tylko wskazać na sytuację, w której takie spółki ustalają wspólnie sztywną cenę zbytu produktów lub oferowanych usług. W takiej sytuacji doszłoby niewątpliwie do zawarcia kartelu w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Co więcej, Sąd

Okręgowy słusznie wskazał, że doktryna jednolitego organizmu gospodarczego nie może mieć w sprawie zastosowania, gdyż może odnosić się co najwyżej do działań i uzgodnień w ramach grupy kapitałowej, a nie uzgodnień dokonywanych z innymi przedsiębiorcami. Niewątpliwie grupa kapitałowa może zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję z inną grupą kapitałową, czy też innymi niezależnymi przedsiębiorcami.

Nie negując wywodów powodów zawartych w apelacji, do tego zagadnienia należy podejść z dozą ostrożności, nie wyłączając jednak możliwości zawarcia przez takie spółki niedozwolonego porozumienia. Zmową w ujęciu horyzontalnym jest porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji (zob. np. wyrok (...) z dnia 10.06.2016 r., KIO 858/16, Legalis nr 1501687). I chociaż art. 24 ust. 2 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy antymonopolowej, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, obowiązywał w okresie 20.02.2013 r. – 28.07.2016 r., nie oznacza to, że spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej są wyłączone spod obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie jest bowiem zasadne twierdzenie, że prawidłowa i zgodna z zasadami wynikającymi z tej ustawy, przy uwzględnieniu treści jej art. 6 ust. 1 pkt 7, jest sytuacja, w której przedsiębiorcy, którzy są ze sobą powiązani kapitałowo lub osobowo (współpracują), złożą w postępowaniu przetargowym dwie rzekomo konkurencyjne oferty. Podobnie należy ocenić sytuację, w której te spółki umawiają się ze sobą oraz innymi przedsiębiorcami, że złożoną oferty ze sobą niekonkurujące, a więc na różne części zamówienia publicznego.

Oczywiście niezasadne były zarzuty w kwestii, że ewentualnym porozumieniem nie byli objęci wszyscy przedsiębiorcy uczestniczący w przetargu. Do umowy przetargowej może dojść albo pomiędzy organizatorem przetargu a przedsiębiorcami przystępującym (lub przystępującymi) do niego (porozumienie pionowe), albo wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu (porozumienie poziome), albo w sposób mieszany, przy czym ustaleń mogą dokonać tylko niektórzy uczestnicy, wyłączając konkurencję między sobą. Podobnie ustalonego przez przedsiębiorców w ramach umowy przetargowej podziału rynku nie wyklucza w żaden sposób fakt, że porozumieniem nie byli objęci wszyscy przedsiębiorcy uczestniczący w przetargu. Takie porozumie, z jakim tu mieliśmy do czynienia, wyłącza konkurencję poprzez wyeliminowanie niepewności pomiędzy formalnie niezależnymi oraz samodzielnymi przedsiębiorcami. Prowadziło to do sytuacji, w której strony porozumienia miały pewność, że spółki z grupy (...) nie spotkają się z konkurencją ze strony Ł. R. oraz P. S. (1) i będą konkurować jedynie z innymi przedsiębiorcami, którzy mogą zgłosić swój udział w przetargu. Zatem konkurencja pomiędzy tymi podmiotami została wyłączona. Sąd Okręgowy nie przerzucił na powodów ciężaru dowodzenia zaistnienia praktyki, ale na podstawie materiału dowodowego ustalił, że doszło do naruszenia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., powołując się na dowody zebrane w toku procesu. Jak wskazano, Sąd Apelacyjny, po uzupełnieniu materiału dowodowego, nie znalazł podstaw, aby zakwestionować taką ocenę. Nie można więc mówić o naruszeniu art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. (bezzasadne było powoływanie się również na przepisy Konstytucji oraz Konwencji), podobnie jak i art. 231 k.p.c., albowiem Sąd I instancji na podstawie powołanych okoliczności wyciągnął właściwy wniosek.

Zatem zarzuty powodów w tym przedmiocie były niezasadne, co oznacza, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że pomiędzy spółkami z grupy (...) a P. S. (1) i Ł. R. doszło do zawarcia omawianego porozumienia.

Odnosząc się do zarzutów powodów w zakresie wysokości kar pieniężnych nałożonych za omawiany czyn, to zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Wytyczne w zakresie ustalenia wysokości kary pieniężnej zawiera art. 111 u.o.k.k., który nakazywał (na datę decyzji) uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia

przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Trzeba mieć na uwadze, że w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. określono jedynie górną granicę kary pieniężnej w wysokości 10% przychodów, zaś przesłanki wymieniono w art. 111 ustawy w sposób przykładowo.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.05.2014 r. (III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156), sąd orzekający w pierwszej i drugiej instancji w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w u.o.k.k., bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Sąd nie jest przy tym związany praktyką Prezesa Urzędu i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W zależności od okoliczności sprawy może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej.

Natomiast w wyroku z dnia 4.03.2014 r. (III SK 34/13, Legalis nr 994606) Sąd Najwyższy doprecyzował zasady sądowej kontroli stosowania stwierdzając, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, co do kar pieniężnych w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, sąd powinien przede wszystkim odnieść się do przesłanek przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz powołanych w odwołaniu okoliczności rzutujących, według przedsiębiorcy, na ocenę prawidłowości wysokości wymierzonej kary. Jeżeli weryfikacja zastosowanych przez organ oraz powołanych przez przedsiębiorcę przesłanek i okoliczności prowadzi sąd do konkluzji, że przesłanki te i okoliczności zastosowano prawidłowo, należy dokonać oceny nałożonej kary z punktu widzenia jej funkcji.

Przewidziane w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. kary pieniężne mają charakter fakultatywny, a zatem wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, Prezes UOKiK działa w ramach uznania administracyjnego. W tym zakresie powinien on kierować się zasadami równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 tej ustawy. W niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może uzasadniać odstępienie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę, pomimo dopuszczenia się przez niego zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. Jest tak wówczas, gdy okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej. Jednak przyjęć należy, że odstępienie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymierzenie kary nawet w symbolicznej wysokości stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w znaczącej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki dla sfery interesów konsumentów. W niniejszej sprawie nie sposób mówić o zaistnieniu okoliczności świadczących o możliwości odstąpienia od nałożenia na powoda kary pieniężnej, a więc abyśmy mieli do czynienia z wyjątkową sytuacją w rozumieniu wskazanego przepisu.

Za utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego należy uznać pogląd, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej należy stosować określone gwarancje dla strony właściwe prawu karnemu (zob. wyroki SN: z dnia 14.04.2010 r. III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r. III SK 5/10, Lex nr 622205 i z dnia 21.04.2011 r., III SK 45/10, Lex nr 901645). W orzecznictwie wskazuje się, że kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (zob. np. wyroki SN: z dnia 14.01.2010 r., III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r., III SK 5/10, Lex nr 622205, z dnia 21.09.2010 r., III SK 8/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 52, z dnia 4.11.2010 r., III SK 21/10, Lex nr 737390 i z dnia 5.01.2011 r., III SK 32/10, ZNSA 2011, nr 3, s. 121). Kara administracyjna nie stanowi odpłaty za popełniony czyn, lecz ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego (zob. wyrok TK z dnia 31.03.2008 r., SK 75/06, OTK-A 2008, nr 2, poz. 30). Sankcje

administracyjne służą prewencji, zniechęcając do naruszenia obowiązków oraz skłaniając ukaranego do zapobieżenia powtórnemu naruszeniu obowiązków w przyszłości (zob. wyrok TK z dnia 14.10.2009 r., Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134). Sąd bierze więc pod uwagę prawo przedsiębiorcy do obrony analogicznie do sądu karnego, przed którym oskarżyciel, aby uzyskać sądowe potwierdzenie oskarżenia, musi zwłaszcza wykazać bezzasadność wyjaśnień oskarżonego (zob. wyrok SN z dnia 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 53).

Zatem ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa art. 106-108 u.o.k.k., należy wziąć pod uwagę również stopień społecznej szkodliwości czynu, przy ocenie którego, zgodnie z art. 115 § 2 k.k., bierze się pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Jest to zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, zaś dominujące znacznie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono dwie przesłanki strony podmiotowej, to jest postać zamiaru i motywację sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 25.06.2008 r., V KK 1/08, R-OSNKW 2008, poz. 1325). Należy zaś uwzględnić wszystkie kryteria oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, ponieważ ma to być ocena całościowa, uwzględniająca całokształt okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k. (zob. wyrok SN z dnia 5.12.2012 r., III KK 66/12, Lex nr 1243049). Niemniej w orzecznictwie wskazuje się, że chociaż o stopniu społecznej szkodliwości mają decydować wyłącznie okoliczności związane z czynem, to podstawowe znaczenie mają rodzaj i charakter naruszonego przez oskarżonego dobra chronionego prawem, rozmiar wyrządzonej i grożącej szkody oraz zamiar i motywacja sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 11.04.2011 r., IV KK 382/10, Lex nr 846390). Z kolei okoliczności popełnienia czynu, o których mowa w art. 115 § 2 k.k., to czas i miejsce popełnienia czynu oraz kontekst sytuacyjny zachowania się sprawcy (zob. postanowienie SN z dnia 1.04.2009 r., V KK 378/08, Lex nr 507961).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy trzeba wskazać, jak była o tym mowa, że ustawodawca zaliczył zmowy przetargowe do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy antymonopolowej ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów. Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego, takich jak zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określane mianem „winy”, jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary (zob. powołany wcześniej wyrok SN z dnia 21.04.2011 r., III SK 45/10). Zawierając omawiane porozumienie, powodowie byli świadomi, że nie będą konkurować między sobą, gdyż nie będą składać ofert konkurujących ze sobą. Czyn został popełniony umyślnie.

Dla ustalenia, czy zaistniała kwestionowana praktyka i nałożenia kary pieniężnej nie jest zatem konieczne ustalenie, że którykolwiek z konsumentów został poszkodowany wskutek stosowanej przez przedsiębiorcę praktyki. Wystarczająca jest choćby potencjalna możliwość wystąpienia negatywnych skutków praktyki wobec nieograniczonej liczby konsumentów (art. 1 ust. 2 u.o.k.k.). Jednak skutek ma znaczenia dla określenia kary pieniężnej we właściwej wysokości.

Warto jednak mieć na uwadze, że w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. określono jedynie górną granicę kary pieniężnej w wysokości 10% przychodów, zaś przesłanki wymieniono w art. 111 ustawy w sposób przykładowo. W okolicznościach faktycznych sprawy uzasadnione może być obniżenie tej kary w wyniku odniesienia jej do przychodu ze sprzedaży towarów objętych niedozwoloną praktyką, przy czym nie chodzi tu o automatyzm, a uwzględnić należy realizację przez karę różnych funkcji (zob. np. wyroki SN: z dnia 4.03.2014 r., III SK 34/13, Legalis nr 994606 i z dnia 15.05.2014 r., III SK 44/13, Legalis nr 864667).

W odniesieniu do kar pieniężnych Prezes UOKiK przyjął, że kwota bazowa kary za zawarcie porozumienia w formie zmowy przetargowej kształtuje się na poziomie od 1% do 3% przychodu przedsiębiorcy za rok poprzedzający. Kalkulując wysokość kwoty bazowej, pozwany uwzględnił specyfikę rynku oraz działań przedsiębiorcy, w tym fakt, że, porozumienie nie wywołało bezpośrednio innych skutków poza ograniczeniem konkurencji pomiędzy uczestnikami porozumienia. Ustalona ostatecznie wysokość kwoty bazowej na poziomie 1,5% przychodu przedsiębiorców



odpowiada zarówno nagannemu charakterowi praktyki, jak również uwzględnia specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorców, w tym umyślność działania. Mając na uwadze okoliczności sprawy, zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, że kwota ta została ustalona prawidłowo.

Jeśli chodzi o karę nałożoną na P. S. (1), wyniosła ona 3.259 zł, a więc była stosunkowo niewysoka. Prezes Urzędu ustalił, że powód osiągnął w 2012 r. przychód w kwocie 362.066,68 zł, a więc maksymalna wysokość kary pieniężnej wynosiła 36.206,66 zł. W tym wypadku pozwany dodatkowo obniżył kwotę bazową o 40%, z uwagi na niewielki udział przychodów z rynku właściwego w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Zarzut powoda sprowadzał się do tego, że pozwany miał nie uwzględnić wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść powoda, w tym szczególności braku uprzedniego naruszenia przepisów ww. ustawy, nie rozwijając jednak szerzej tego zarzutu. Wbrew twierdzeniom powoda, przy nakładaniu kary pieniężnej Prezes UOKiK wziął pod uwagę brak uprzedniego naruszenia ustawy antymonopolowej przez P. S. (1). Jak jednak słusznie zauważył pozwany, wszyscy przedsiębiorcy mają obowiązek przestrzegania obowiązującego prawa, a więc nie sposób mówić, aby wcześniejszy brak naruszenia przepisów ustawy stanowił okoliczność łagodzącą – to uprzednie naruszenie przepisów ustawy stanowi okoliczność obciążającą przemawiającą za podwyższeniem kary pieniężnej. Brak więc było podstaw, aby odstąpić od nałożenia kary na powoda, ewentualnie obniżyć jej wysokość, gdyż wymierzona kara uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k., spełniając funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Jeśli chodzi o karę nałożoną na (...) sp. z o.o. sp. k., wyniosła ona 3.152,00 zł, a więc była również stosunkowo niewysoka. W piśmie z dnia 29.11.2013 r. spółka wskazała, że w 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości 350.242,44 zł oraz że nie świadczyła we wskazanym roku usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej i nie osiągnęła przychodu z tego tytułu (k. 1369-1371 akt adm.). Zatem kara pieniężna mogła wynieść maksymalnie 35.024,24 zł. W tym wypadku pozwany również dodatkowo obniżył kwotę bazową o 40%, z uwagi na niewielki udział przychodów z rynku właściwego w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Brak więc było podstaw, aby odstąpić od nałożenia kary na powoda, ewentualnie obniżyć jej wysokość, gdyż wymierzona kara uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k., spełniając funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Jeśli chodzi o karę nałożoną na (...), wyniosła ona 41.428 zł. W piśmie z dnia 29.11.2013 r. spółka wskazała, że w 2012 r. osiągnęła przychód ze sprzedaży w wysokości 4.572.692,91 zł, z czego 6% całkowitego przychodu pochodziło z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej (k. 1372-1377 akt adm.). Zatem kara pieniężna mogła wynieść maksymalnie 457.269,29 zł. W tym wypadku pozwany również dodatkowo obniżył kwotę bazową o 40%, z uwagi na niewielki udział przychodów z rynku właściwego w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Brak więc było podstaw, aby odstąpić od nałożenia kary na powoda, ewentualnie obniżyć jej wysokość, gdyż wymierzona kara uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k., spełniając funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Jeśli chodzi o karę nałożoną na Ł. R., wyniosła ona 3.794 zł, a więc była również stosunkowo niewysoka. W piśmie z dnia 29.11.2013 r. Ł. R. podniósł, że osiągnął całkowity przychód w 2012 r. w wysokości 273.180,08 zł, w tym z tytułu świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej w kwocie 99.095,47 zł, a więc 36,27% całości przychodu (k. 1352-1364 akt adm.). Zatem kara pieniężna mogła wynieść maksymalnie 27.318,01 zł. Analogicznie jak w wypadku powoda P. S. (1), wcześniejszy brak naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej nie stanowił okoliczności łagodzącej – to uprzednie naruszenie przepisów ustawy stanowi okoliczność obciążającą przemawiającą za podwyższeniem kary pieniężnej.

W tym wypadku pozwany nie obniżył kwoty bazowej o 40%, z uwagi na niewielki udział przychodów z rynku właściwego w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Zarzut powoda w tym przedmiocie nie był zasadny. Niemal 40% przychodów tego powoda pochodził z działalności prowadzonej na rynku właściwym, na którym zawarto porozumienie, podczas gdy pozostali przedsiębiorcy nie osiągnęli z tego rynku przychodów w ogóle lub były to znikome przychody. Brak zatem podstaw do uznania, że kara we wskazanej wysokości została nałożona na przedsiębiorcę z przekroczeniem zakresu uznania administracyjnego. W konsekwencji brak było podstaw, aby odstąpić od nałożenia

kary na powoda, ewentualnie obniżyć jej wysokość, gdyż wymierzona kara uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k., spełniając funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Jeśli chodzi o karę nałożoną na (...) sp. z o.o., wyniosła ona 126.220 zł. Prezes Urzędu ustalił, że spółka osiągnęła w 2012 r. przychód w wysokości 14.024.396,30 zł, z czego około 5,1% pochodziła ze świadczenia usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej. Zatem maksymalna wysokość kary pieniężnej mogła wynieść 1.402.439,63 zł. W tym wypadku pozwany również dodatkowo obniżył kwotę bazową o 40% z uwagi na niewielki udział przychodów z rynku właściwego w ogólnym przychodzie przedsiębiorcy. Brak więc było podstaw, aby odstąpić od nałożenia kary na powoda, ewentualnie obniżyć jej wysokość, gdyż wymierzona kara uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 u.o.k.k., spełniając funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Reasumując, zaskarżony wyrok odpowiadał prawu, wszystkie apelacje były niezasadne, co skutkowało ich oddaleniem. Trzeba zauważyć, że połączenie podyktowane względami technicznymi i ekonomią procesową nie pozbawia połączonych spraw ich odrębności i nie zmienia faktu, że łączne rozpoznawane i rozstrzygane sprawy są nadal oddzielnymi sprawami. Dlatego też wyrok powinien zawierać z osobna rozstrzygnięcie co do każdej z połączonych spraw (zob. np. wyrok SN z dnia 22.9.1967 r., I CR 158/67, OSNCP 1968, nr 6, poz. 105; postanowienia SN: z dnia 23.12.2012 r., I CZ 164/11, Legalis nr 966414 i z dnia 29.1.2014 r., II UZ 69/13, Legalis nr 776834).

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 385 k.p.c., orzeczono jak w punktach I sentencji wyroku w odniesieniu do każdego z powodów.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 w zw. z § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 14 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r, poz. 1804) w zw. z § 2 rozporządzenia zmieniającego z dnia 3 października 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 1667).