



Sygn. akt I NSK 110/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Łochowski (przewodniczący)

SSN Paweł Księżak (sprawozdawca)

SSN Jacek Widło

w sprawie z powództwa B. (Z.) Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., K. Spółki Akcyjnej z siedzibą w L. i Zakłady Automatyki „K.” Spółki Akcyjnej z siedzibą w R.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 8 maja 2020 r.

skargi kasacyjnej powoda

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 25 lipca 2018 r.

sygn. akt VII AGa (...)

**uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją nr (...) z 30 grudnia 2014 r., wydaną na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez Zakłady Automatyki „K.” Spółkę Akcyjną z siedzibą w R. (dalej: „K.”) i K. Spółkę Akcyjną z siedzibą w L. (dalej: K.) z B. (Z.) Polska spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (dalej: B.) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert w zorganizowanym przez P. Spółkę Akcyjną z siedzibą w W. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. – R. linii nr 8 w ramach projektu POLiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek W. – R.” i stwierdził zaniechanie jej stosowania z 2 marca 2012 r.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy, w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na:

1. B. (Z.) Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. karę pieniężną w wysokości 4.254.633,43 zł, płatną do budżetu państwa,
2. Zakłady Automatyki „K.” Spółkę Akcyjną z siedzibą w R. karę pieniężną w wysokości 2.283.596,40 zł, płatną do budżetu państwa,
3. K. Spółkę Akcyjną z siedzibą w L. karę pieniężną w wysokości 401.960,68 zł, płatną do budżetu państwa.

Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciążył kosztami postępowania antymonopolowego:

1. B. (Z.) Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. w kwocie 94,54 zł,
 2. Zakłady Automatyki „K.” Spółkę Akcyjną z siedzibą w R. w kwocie 88,84 zł,
 3. K. Spółkę Akcyjną z siedzibą w L. w kwocie 88,84 zł,
- zobowiązując ww. przedsiębiorców do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Wyrokiem z dnia 29 maja 2017 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję (pkt I), zasądając od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: na rzecz B. (Z.) Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II), na rzecz Zakład Automatyki „K.” Spółki Akcyjnej z siedzibą w R. kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III) i na rzecz K. Spółki Akcyjnej z siedzibą w L. kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt IV). Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych.

Sąd Okręgowy ustalił, że przedmiotem postępowania była ocena działań podejmowanych przez powodów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. - R. linii nr 8 w ramach projektu POLiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek W. – R.”.

W dniu 28 września 2011 r. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (dalej: P.; zamawiający) ogłosiła przetarg pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. - R. linii nr 8 w ramach projektu POLiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek W. - R.” (dalej: przetarg), wyznaczając termin składania ofert na 28 listopada 2011 r., do godz. 12:00. Jedynym kryterium wyboru ofert w niniejszym przetargu była najniższa cena. Otwarcie ofert nastąpiło tego samego dnia, tj. 28 listopada 2011 r. Przed otwarciem ofert zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 528.531.000 zł

brutto. W przetargu złożono 4 oferty, których kolejność, zaczynając od oferty z najniższą ceną, przedstawiała się następująco:

1. Konsorcjum: T. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (pełnomocnik), T. GmbH oraz T. a.s. (dalej: Konsorcjum T.) - cena w PLN brutto: 316.725.000 zł, cena w PLN netto: 257.500.000 zł;

2. Konsorcjum: „K.” (pełnomocnik) oraz K. - cena w PLN brutto: 392.993.838,78 zł, cena w PLN netto: 319.507.186 zł;

3. Q. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (dalej: Q.) - cena w PLN brutto: 409.599.417,26 zł, cena w PLN netto: 333.007.656,31 zł;

4. B. - cena w PLN brutto: 460.881.000 zł, cena w PLN netto: 374.700.000 zł.

W toku analizy przedłożonych ofert zamawiający zidentyfikował oczywiste omyłki rachunkowe w rozbiciu cenowym oferty złożonej przez B., polegające w jego opinii na błędnym zsumowaniu przez tego przedsiębiorcę indywidualnych pozycji w „Podsumowaniu ogólnym” Rozbicia Ceny Ofertowej. W związku z powyższym, zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych poprawił oczywistą omyłkę w ofercie B., o czym poinformował tego wykonawcę pismem z 25 stycznia 2012 r. Na skutek dokonanej przez P. poprawki całkowita wartość oferty B. uległa zmniejszeniu do kwoty 367.770.246 zł brutto. W związku z powyższym oferta B. stała się pod względem ceny korzystniejsza od oferty Konsorcjum „K.” i K., zajmując drugie miejsce za ofertą Konsorcjum T.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że 1 lutego 2012 r. o godz. 10:10 prezes zarządu „K.” kontaktował się telefonicznie z prezesem zarządu B.. Rozmowa dotyczyła planowanych przez B. działań w zakresie dokonanej przez P. poprawki - prezes zarządu „K.” chciał dowiedzieć się, czy B. zgodzi się z tą poprawką czy też nie. Tego samego dnia, w którym odbyła się owa rozmowa telefoniczna, pismem datowanym na 1 lutego 2012 r. B. odpowiedział na informacje o poprawkach dokonanych przez P.. Przedmiotowe pismo zostało wysłane pocztą e-mail o godz. 17:16 do członka Komisji Przetargowej, powołanej przez zamawiającego. We wspomnianym piśmie B. wyjaśnił, że celem spółki było złożenie oferty na kwotę 460.881.000 zł brutto, w związku z tym poprawka dokonana przez zamawiającego jest sprzeczna z jego intencją. B. wniósł o

odstąpienie przez zamawiającego od poprawienia rzekomej omyłki, a na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku - o odrzucenie oferty z ceną 367.770.246 zł brutto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Następnie, pismem z dnia 14 lutego 2012 r. P., działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwróciła się do wszystkich uczestników postępowania przetargowego z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, równocześnie informując, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe - z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Na powyższe wezwanie zamawiającego trzech wykonawców, tj. Konsorcjum T., Konsorcjum „K.” i K. i Q., wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużyło okres ważności wadium. Natomiast B. nie odpowiedział na pismo zamawiającego do 25 lutego 2012 r., tj. w terminie, w którym upływał poprzedni 90-dniowy termin związania ofertą. Dopiero pismem datowanym na 24 lutego 2012 r., które wpłynęło faksem do P. w dniu 27 lutego 2012 r., B. poinformował zamawiającego, że zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie w swojej odpowiedzi - pomimo informacji zawartej w piśmie P. o konieczności równoczesnego przedłużenia ważności wadium - B. zadeklarował, że w terminie do 15 marca 2012 r., kiedy to kończył się okres ważności wadium spółki, dostarczy przedłużenie gwarancji wadium na przedłużony okres związania ofertą. Z uwagi na fakt, że B. przekazał P. pismo ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie terminu oraz nie zastosował się do wymogu równoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium, zamawiający, na oczy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wykluczył B. z postępowania przetargowego. Jednocześnie, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający uznał ofertę B.a za odrzuconą.

W dniu 27 lutego 2012 r. Komisja Przetargowa, powołana przez zamawiającego, zatwierdziła wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oraz wykluczenie i odrzucenie oferty B., o czym w dniu 2 marca 2012 r. zawiadomiła wykonawców.

W dniu 9 marca 2012 r. członkowie Konsorcjum „K.” i K. wnieśli od powyższego rozstrzygnięcia przetargu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO). Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło dwóch wykonawców - Konsorcjum T. i Q.. W dniu 28 marca 2012 r. KIO wydała wyrok (sygn. akt KIO (...)), w którym uwzględniła zarzut dotyczący nieprawdziwego oświadczenia złożonego przez Konsorcjum T. oraz Q. w zakresie wymaganego przez zamawiającego zrealizowania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, zabudowania urządzeń Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowej (SSP) na 5 przejazdach kolejowych. Jednocześnie KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców Konsorcjum T. oraz Q..

Zgodnie z powyższym wyrokiem, Komisja Przetargowa dokonała ponownej oceny złożonych ofert. Z uwagi na fakt, że z postępowania zostali wykluczeni Konsorcjum T. oraz Q., a wcześniej wykluczony został B., jedyną nie podlegającą odrzuceniu ofertą w przetargu została oferta Konsorcjum „K.” i K..

Z ustaleń dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynikało również, że między przedstawicielami stron postępowania dochodziło wielokrotnie do spotkań. W szczególności, raz na kwartał, najczęściej w Sandomierzu, dochodziło do spotkań między K. S. - członkiem zarządu B., E. K. - prezesem zarządu (...) Zakładów Automatyki Spółki Akcyjnej, oraz H. S. - prezesem zarządu K. Spotkania odbywały się w różnym gronie i czasami uczestniczył w nich K. F., prezes zarządu „K.”.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny sprawy, Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, że brak było podstaw do wyprowadzenia domniemania faktycznego, jakoby powodowie zawarli pomiędzy sobą porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku dostaw systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, polegające na uzgodnieniu warunków ofert, składanych w zorganizowanym przez P. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku W. - R. linii nr 8 w ramach projektu POLiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8,

odcinek W. - R.”, a tym samym - że naruszyli zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Sąd Okręgowy zważył bowiem, że pozwany nie dysponował dowodem bezpośrednim w postaci umowy zawartej między powodami, nie wykazał też dokonania w jakiejkolwiek formie uzgodnienia pomiędzy nimi w zakresie warunków składanych ofert, w szczególności co do zakresu prac lub ceny.

Na skutek zaskarżenia wyroku Sądu pierwszej instancji przez pozwanego Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 25 lipca 2018 r. oddalił apelację (pkt I), zasądając od pozwanego na rzecz B. (Z.) Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.. K. Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji Spółki Akcyjnej z siedzibą w L. i Zakład Automatyki „K.” Spółki Akcyjnej z siedzibą w R. kwoty po 540 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego (pkt II).

Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny i przyjął jego ustalenia za własne.

Odnosząc się do zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny podkreślił, że B. konsekwentnie stał na stanowisku, iż kwota, na którą opiewała jego oferta, odpowiadała jego intencjom i była prawidłowa, a uchybienia dotyczyły jej składowych, stwierdzając jednocześnie brak podstaw by twierdzić, że popełnienie przez B. opisanego błędu powinno zostać dostrzeżone nawet przy pobieżnej, wewnętrznej analizie przedkładanych ofert.

Za trafne Sąd Apelacyjny uznał także stanowisko Sądu pierwszej instancji, zgodnie z którym dla osiągnięcia wskazanych przez pozwanego antykonkurencyjnych celów wystarczające byłoby złożenie przez B. oferty opiewającej na kwotę wyższą niż oferta jego rzekomych współkartelistów.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że stanowiska pozwanego w zakresie złożenia oferty kurtuazyjnej nie potwierdzało zachowanie B. po dokonaniu korekty jego oferty przez zamawiającego. Sprzeciw wyrażony przez B. wobec tego zabiegu uzasadniał zdaniem Sądu Apelacyjnego stwierdzenie, że cena pierwotnie wskazana odpowiadała intencjom tego przedsiębiorcy.

Sąd Apelacyjny podkreślił przy tym, że Sąd pierwszej instancji miał wszelkie podstawy do uznania wniosku dowodowego pozwanego o przeprowadzenie

dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami za spóźniony. Zdaniem Sądu Apelacyjnego upływ czasu pomiędzy uchycieniem art. 27 ust. 15a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego a złożeniem wniosku dowodowego przez pozwanego był zbyt długi by można było przyjąć, że wniosek ten nie był spóźniony lub że opóźnienie to nastąpiło bez winy powoda.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się też ze stanowiskiem, że przeprowadzenie wskazanego dowodu nie doprowadziłoby do zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Uznał, że przedmiotowy wniosek zmierzał do bardzo poważnego ograniczania konstytucyjnie i konwencyjnie gwarantowanego prawa do prywatności, a w szczególności tajemnicy komunikowania się. Podniósł, że ocena dopuszczalności jego uwzględnienia wymagałaby odwołania się w szerokim zakresie do standardów konstytucyjnych i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, podczas gdy wywód powoda problematyki tej dotyczył jedynie powierzchownie i koncentrował się na wskazaniu na fakt uchycienia art. 27 ust. 15 a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Sąd Apelacyjny zważył, że sąd rozpoznający sprawę nie mógł oprzeć się na tak ograniczonych analizach - podniósł, że z całą pewnością niezbędne byłoby umożliwienie wszystkim stronom wypowiedzenia się na ten temat i przedstawienia rozbudowanej argumentacji. W ocenie Sądu Apelacyjnego wokół kwestii sposobu prezentacji materiałów zgromadzonych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego powstałoby wiele zagadnień spornych; za prawdopodobne Sąd uznał też, że zarysowałaby się uzasadniona potrzeba zwrócenia się ze stosownym pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego. Sąd Apelacyjny podniósł także, że ostateczne rozstrzygnięcie kwestii przeprowadzenia przedmiotowego dowodu poprzedzone musiałyby zostać relatywnie długotrwałymi czynnościami procesowymi.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny nie dostrzegł innych szczególnych okoliczności, które uzasadniałyby dopuszczenie przedmiotowego spóźnionego dowodu. Wskazał, że składanie ofert kurtuazyjnych nie powinno być uznawane za szczególnie szkodliwą postać zmywy przetargowej, a biorąc pod uwagę ustalenia co do stanu faktycznego sprawy stwierdził, że hipotetyczna szkodliwość rzekomej praktyki powodów była mała.

Sąd Apelacyjny zważył przy tym, że przeciąganie postępowania narażało powodów na nieuzasadnione ryzyko prawne, co przekładało się naturalnie na utrudnienie w ich funkcjonowaniu. Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę, że w uzasadnienie zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wkomponował wiele informacji, które nie znalazłyby się w posiadaniu organów publicznych, gdyby Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego nie prowadziła przedmiotowych działań operacyjnych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe wskazywało na brak uwrażliwienia pozwanego na potrzebę realizacji konstytucyjnie i konwencyjnie gwarantowanej tajemnicy komunikowania się.

Te same względy przemawiały zdaniem Sądu Apelacyjnego przeciwko dopuszczeniu przedmiotowego dowodu na etapie postępowania apelacyjnego.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie na art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez:

i. uznanie, że wniosek dowodowy pozwanego był spóźniony, a pozwany ponosi winę za niezłożenie wniosku dowodowego we właściwym czasie, jedynie na podstawie okoliczności, że upływ czasu pomiędzy uchyleniem art. 27 ust 15a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a złożeniem wniosku dowodowego był zbyt długi, podczas gdy Sąd ma obowiązek uwzględnić przy ocenie tych przesłanek wszystkie okoliczności sprawy;

ii. uznanie, że wniosek dowodowy pozwanego był spóźniony, a uwzględnienie wniosku dowodowego pozwanego spowoduje zwłokę w rozpoznaniu sprawy, podczas gdy przez zwłokę w rozumieniu art. 207 § 6 k.p.c. nie można rozumieć przedłużenia trwania postępowania wynikającego z konieczności przeprowadzenia przez Sąd pogłębionej analizy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym ewentualną konieczność zwrócenia się przez sąd orzekający z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego;

- które to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, skutkowało bowiem błędnym ustaleniem, że nie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję;

2. zarzut naruszenia art. 232 zd. 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez niedopuszczenie z urzędu dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa

Wewnętrzny z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami, uznanego przez Sąd za spóźniony, mimo że dowód ten służył wykazaniu twierdzeń faktycznych pozwanego przytoczonych we właściwym czasie, a sprawa z zakresu ochrony konkurencji ma na celu ochronę interesu publicznego - które to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, skutkowało bowiem błędnym ustaleniem, że nie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję;

3. zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że pozwany nie udowodnił zawarcia przez powodów porozumienia ograniczającego konkurencję, ponieważ faktu zawarcia porozumienia nie dało się wywieść z poszczególnych udowodnionych faktów, podczas gdy dla uznania faktu za ustalony w drodze zastosowania domniemania faktycznego nie jest konieczne, by fakt ten wynikał odrębnie z każdego z udowodnionych już faktów, lecz fakt ustalony poprzez zastosowanie domniemania faktycznego może być wywiedziony z kilku udowodnionych już faktów (zespołu tych faktów).

Wobec powyższego, pozwany wniósł o uchylenie wyroku Sądu drugiej instancji w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania (z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego), w tym również o kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód B. (Z.) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej w całości jako pozbawionej uzasadnionych podstaw oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz B. kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód Zakłady Automatyki „K.” Spółka Akcyjna z siedzibą w R. wniósł o oddalenie kasacji wniesionej przez pozwanego oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz „K.” zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód K. Spółka Akcyjna z siedzibą w L. wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej pozwanego w całości jako nieuzasadnionej w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym oraz o zasądzenie od ozwanego na

rzecz K. kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych w maksymalnej wysokości przewidzianej w przepisach prawa, oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Sąd Najwyższy, zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna pozwanego opierała się w pierwszej kolejności na zarzucie naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. - poprzez uznanie za spóźniony wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. z załącznikami, przy jednoczesnym uznaniu, że pozwany ponosi winę za niezłożenie wniosku dowodowego we właściwym czasie oraz że uwzględnienie przedmiotowego wniosku dowodowego pozwanego spowodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy - które to uchybienie w ocenie pozwanego mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, skutkowało bowiem błędnym ustaleniem, że nie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Zarzut ten należało uznać za zasadny - a to z następujących przyczyn.

Jak wynika z akt sprawy, wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami został zgłoszony przez pozwanego w piśmie procesowym z 2 sierpnia 2016 r. - przy czym Sąd pierwszej instancji wyraził zgodę na złożenie tego pisma procesowego postanowieniem z 31 sierpnia 2016 r. Zarządzenie o wyznaczeniu pierwszego terminu rozprawy przed Sądem Okręgowym - Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (na 12 grudnia 2016 r.) zostało wydane 21 września 2016 r.

Na rozprawie 10 kwietnia 2017 r. (był to trzeci termin rozprawy) Sąd pierwszej instancji oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. - z uwagi na brak oznaczenia faktów, które miały być przedmiotem tego dowodu. Obecny na rozprawie pełnomocnik pozwanego zgłosił zastrzeżenie do protokołu w trybie 162 k.p.c.

W uzasadnieniu, zaskarżonego następnie apelacją pozwanego, wyroku z 29 maja 2017 r. Sąd pierwszej instancji stwierdził, że ten sam wniosek dowodowy

o przeprowadzenie dowodu z pism Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. był spóźniony - a pozwany nie wykazał, iż nie mógł zgłosić tego wniosku w odpowiedzi na odwołanie ani tym bardziej, że wynikało to z okoliczności przez niego niezawinionych.

Stanowisko to podzielił Sąd drugiej instancji - wskazując w uzasadnieniu zaskarżonego rozpoznawaną skargą kasacyjną wyroku, że Sąd pierwszej instancji miał wszelkie podstawy do uznania wniosku dowodowego pozwanego o przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami za spóźniony - a to z uwagi na zbyt długi upływ czasu pomiędzy uchYLENIEM art. 27 ust. 15a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu a złożeniem wniosku dowodowego przez pozwanego. Jednocześnie Sąd drugiej instancji stwierdził, że przedmiotowy wniosek zmierzał do bardzo poważnego ograniczania konstytucyjnie i konwencyjnie gwarantowanego prawa do prywatności, a w szczególności tajemnicy komunikowania się, w związku z czym ocena dopuszczalności jego uwzględnienia wymagałaby odwołania się w szerokim zakresie do standardów konstytucyjnych i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, umożliwienia wszystkim stronom wypowiedzenia się na ten temat, a może nawet zwrócenia się ze stosownym pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego - a te, w ocenie Sądu drugiej instancji relatywnie długotrwałe czynności procesowe, doprowadziłyby do zwłoki w rozpoznaniu sprawy.

Te same względy przemawiały zdaniem Sądu drugiej instancji przeciwko dopuszczeniu przedmiotowego dowodu na etapie postępowania apelacyjnego.

Z taką interpretacją art. 207 § 6 k.p.c. i przewidzianych w nim przesłanek nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z art. 207 § 6 k.p.c. - w brzmieniu obowiązującym zarówno w dniu wydania zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego, jak i wniesienia skargi kasacyjnej (przepis ten został uchylony z dniem 7 listopada 2019 r. na mocy art. 1 pkt 74 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. 2019, poz. 1469) - sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez

swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.

W świetle art. 207 § 6 k.p.c. pominięcie spóźnionych dowodów nie jest możliwe, jeżeli strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.

W realiach niniejszej sprawy nie może ulegać wątpliwości, że wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami nie mógł zostać zgłoszony przez pozwanego w odpowiedzi na odwołanie, datowanej na 31 lipca 2015 r. Wykorzystanie tego dokumentu jako dowodu w postępowaniu cywilnym stało się bowiem w ogóle dopuszczalne dopiero po wejściu w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 437), co miało miejsce 15 kwietnia 2016 r. Na mocy art. 13 wskazanej ustawy w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2015, poz. 1929 i 2023 oraz 2016, poz. 147) w art. 27 uchylono ust. 15a-15e. Art. 27 ust. 15a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu przewidywał zaś, że dowody uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej mogły być wykorzystywane tylko w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

Mimo to, Sąd drugiej instancji uznał za prawidłowe działanie Sądu pierwszej instancji, który w uzasadnieniu swego wyroku wskazał jako przyczynę pominięcia dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami okoliczność, że pozwany nie wykazał, iż nie mógł zgłosić tego wniosku w odpowiedzi na odwołanie.

Sąd drugiej instancji nie zauważył również, że Sąd pierwszej instancji podjął w odniesieniu do przedmiotowego wniosku dowodowego dwie różne decyzje procesowe, oparte na różnych przesłankach. Jak wynika z przedstawionego powyżej stanu sprawy - w zakresie odnoszącym się do wniosku pozwanego o

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami - najpierw wydano postanowienie o jego oddaleniu - z uwagi na brak oznaczenia tezy dowodowej, a następnie, w uzasadnieniu wyroku Sądu pierwszej instancji, wskazano, że wniosek ten podlegał pominięciu - jako spóźniony.

Sąd drugiej instancji, dzieląc to ostatnie stanowisko Sądu pierwszej instancji, nie uwzględnił, że określone w art. 207 § 6 k.p.c. przesłanki uzasadniające rozpoznanie spóźnionych twierdzeń lub dowodów (brak winy strony w niezgłoszeniu tych twierdzeń i dowodów w czasie właściwym, brak zwłoki w rozpoznaniu sprawy, wystąpienie innych wyjątkowych okoliczności) mają charakter rozłączny, a także, iż już wystąpienie jednej z tych przesłanek wyłącza zastosowanie rygoru pominięcia spóźnionych twierdzeń i dowodów.

Na gruncie niniejszej sprawy należy zaś zauważyć, że po pierwsze, pozwany zgłosił wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami w dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy. Jak już była o tym mowa powyżej, z przyczyn niezależnych od pozwanego niemożliwym było zgłoszenie tego wniosku w odpowiedzi na odwołanie, datowanej na 31 lipca 2015 r. - a to z uwagi na obowiązujący w tym czasie zakaz wykorzystywania dowodów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej poza postępowaniem karnym, wynikający z art. 27 ust. 15a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Brak jest także podstaw do uznania, że upływ czasu pomiędzy datą wejścia w życie ustawy, uchylającej wspomniany zakaz, a datą zgłoszenia wniosku dowodowego przez pozwanego był zbyt długi - co w ocenie Sądu drugiej instancji świadczyć miało o zawinieniu pozwanego i uzasadniało pominięcie wnioskowanego dowodu jako spóźnionego. Należy podkreślić, że żaden z przepisów ustawy procesowej nie wskazuje, jaka relacja czasowa powinna zachodzić między powzięciem przez stronę wiadomości o istnieniu konkretnego środka dowodowego a jego zgłoszeniem jako dowodu. Jednocześnie, trzeba mieć na względzie art. 217 § 1 k.p.c., obowiązujący zarówno w dniu wydania zaskarżonego wyroku, jak i wniesienia skargi kasacyjnej (przepis ten został uchylony z dniem 7 listopada 2019 r. na mocy art. 1 pkt 79 wspomnianej już ustawy z dnia 4 lipca 2019 r.

o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw), zgodnie z którym strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej. W tym świetle art. 207 § 6 k.p.c. stanowi wyjątek od ogólnej zasady, a jego stosowanie nie może być restrykcyjne i nie może skutkować wypaczeniem istoty wymiaru sprawiedliwości, lecz przede wszystkim ma zapewnić sprawność postępowania. W ocenie Sądu Najwyższego sama okoliczność, że między powstaniem możliwości wykorzystania w toczącym się między stronami procesie dowodu w postaci pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. wraz z załącznikami a zgłoszeniem wniosku dowodowego w tym zakresie przez pozwanego upłynęły niespełna cztery miesiące, nie może być automatycznie interpretowana jako uzasadnienie dla pominięcia przedmiotowego wniosku jako spóźnionego. Jednocześnie, zważywszy na wątpliwości związane z możliwością i sposobem wykorzystania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej - na które zwracał uwagę nie tylko pozwany, ale także strona powodowa (co wynika np. z pisma procesowego powoda B. z 10 listopada 2016 r., stanowiącego ustosunkowanie się do wniosku dowodowego pozwanego) czy wreszcie sam Sąd drugiej instancji - trudno oczekiwać, aby pozwany zgłosił przedmiotowy wniosek dowodowy niezwłocznie po wejściu w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, co miało miejsce w dniu 15 kwietnia 2016 r. Biorąc pod uwagę zaistniałą sytuację okołoprocesową, związaną z wprowadzeniem przez ustawodawcę do katalogu potencjalnie możliwych do wykorzystania w postępowaniu cywilnym środków dowodowych materiałów powstałych w toku kontroli operacyjnej, zrozumiałym jest argument pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że przed zgłoszeniem wniosku dowodowego zlecił sporządzenie wewnętrznych opinii prawnych co do możliwości zgłoszenia takiego wniosku dowodowego.

Niezależnie od powyższego, należy uznać, że pozwany uprawdopodobnił, iż uwzględnienie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie wniosku z pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 15 czerwca 2012 r. z załącznikami nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Odwołując się po raz kolejny do

przebiegu postępowania w sprawie zważyć należy, że przedmiotowy wniosek został złożony jeszcze przed wyznaczeniem rozprawy przed Sądem pierwszej instancji. Mając powyższe na uwadze nie może ostać się twierdzenie, na którym zdaje się opierać stanowisko Sądu drugiej instancji, że już w tamtym momencie można było zasadnie założyć, iż uwzględnienie zgłoszonego przez pozwanego wniosku zagrażać będzie sprawności postępowania. W ocenie Sądu Najwyższego w dacie zgłoszenia tego wniosku nie można było bowiem realnie oszacować, jak długo sprawa będzie rozpoznawana, brak było zatem podstaw do stwierdzenia, że jego uwzględnienie spowoduje zwłokę w jej rozpoznaniu.

Z kolei podnoszona przez Sąd drugiej instancji okoliczność, że ocena dopuszczalności uwzględnienia zgłoszonego przez pozwanego wniosku dowodowego wymagałaby odwołania się w szerokim zakresie do standardów konstytucyjnych i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a nawet mogłaby skutkować koniecznością wystąpienia z odpowiednim pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego, w żadnym razie nie może przemawiać za stwierdzeniem, iż na skutek uwzględnienia tego wniosku dojdzie do obstrukcji procesowej. Reguła wyrażona w art. 207 § 6 k.p.c. ma umożliwić sądowi możliwie najwcześniejsze zapoznanie się z ogółem istotnego materiału procesowego - nie może być zatem rozumiana w ten sposób, że w razie wystąpienia trudności w procedowaniu danego wniosku dowodowego dopuszczalnym jest jego pominięcie tylko z tej przyczyny, że sąd byłby zobowiązany przedsięwziąć określone czynności celem wyjaśnienia owych problemów, co z kolei mogłoby wpłynąć na wydłużenie postępowania. Tego rodzaju wydłużenie postępowania nie powinno być kwalifikowane jako „zwłoka w rozpoznaniu sprawy”, o której mowa w art. 207 § 6 k.p.c. Ponadto, jak zauważył sam Sąd drugiej instancji, w realiach niniejszej sprawy wspomniane trudności mogłyby się pojawić nie na etapie przeprowadzania wnioskowanego przez pozwanego dowodu, ale na etapie oceny jego dopuszczalności przez Sąd - nie jest zatem tak, że to uwzględnienie rzeczonego dowodu spowodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że strona we wniosku dowodowym nie ma obowiązku wykazywać, czy zgłoszony dowód jest w ogóle dopuszczalny - zgodnie z art. 232 k.p.c. jest bowiem obowiązana jedynie do

wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, bez konieczności analizowania problematyki dopuszczalności uwzględniania wskazanych dowodów, czego w niniejszej sprawie zdaje się wymagać od pozwanego Sąd drugiej instancji.

Już z uwagi na powyższe, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. skargę kasacyjną pozwanego należało uwzględnić, zaskarżony wyrok uchylić w całości, a sprawę przekazać Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c.).