



Sygn. akt I NSK 84/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 19 listopada 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Łochowski (przewodniczący)  
SSN Leszek Bosek (sprawozdawca)  
SSN Krzysztof Wiak

w sprawie z powództwa I. S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych:

- 1) I. S.A. z siedzibą w W.,
- 2) I. S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W.,
- 3) D. sp. z o.o. z siedzibą w W.,
- 4) M. (dawniej K. (...)) sp. z o.o. z siedzibą w W.,
- 5) D. (...) S.A. z siedzibą w W.,

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję i nałożenie kary pieniężnej po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 19 listopada 2019 r. skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 5 października 2017 r., sygn. akt VI ACa (...)

**1. oddala skargę;**

**2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 540 (pięciuset czterdziestu) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Decyzją nr RWR (...)/2013 z 25 października 2013 r., Dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W., działając w imieniu Prezesa UOKiK na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w zw. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: u.o.k.k.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr 107, poz. 887 ze zm., dalej: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r.), w punkcie I uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych, porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami: 1. I. S.A. z siedzibą w W., 2. I. S.A. z siedzibą w W. (powód), 3. I. S.A. z siedzibą w W., 4. D. Sp. z o.o. z siedzibą w W., 5. K. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. obecnie M. Sp. z o.o., 6. D. (...) S.A. z siedzibą w W., polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie cen i zasad postępowania, w przeprowadzonym w 2011 r. przez Województwo (...) – Urząd Marszałkowski Województwa (...) postępowaniu przetargowym „Dostawa sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie pn. (...) e-Szkoła”, mające na celu doprowadzenie do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia, co stanowiło określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. praktykę ograniczającą konkurencję i stwierdził zaniechanie jej stosowania przez: I. S.A. i D. Sp. z o.o. z dniem 26 października 2011 r. oraz I. S.A., I. S.A., K. (...) Sp. z o.o. i D. (...) S.A. z dniem 15 grudnia 2011 r.. W punkcie II tej samej decyzji Dyrektor Delegatury UOKiK z tytułu stwierdzonego naruszenia nałożył na wymienionych przedsiębiorców kary pieniężne w następującej wysokości: I. S.A. z siedzibą w W. – 1.717.184 zł; I. S.A. z siedzibą w W. – 118.895 zł; I. S.A. z siedzibą w W. – 88.312 zł; D. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – 13.341 zł; K. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. obecnie M. Sp. z o.o. – 3.415 zł.

Od tej decyzji I. S.A. (powód) wniósł odwołanie, które zostało oddalone przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z 17 listopada 2015 r., XVII AmA (...).

Sąd I instancji ustalił, że 3 sierpnia 2011 r. został ogłoszony przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) przetarg na dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek. Do przetargu przystąpiły trzy utworzone w tym celu konsorcja, składające się z następujących spółek: – I. S.A. i K. (...) Sp. z o.o., – I. Sp. z o.o. i D. (...) S.A., – I. S.A. i D. Sp. z o.o.

Osobną ofertę złożył również przedsiębiorca I. S.A. (I. S.A.).

Wszystkie wymienione spółki mają swoje siedziby na terenie W.

Spółki I., I. i I. (liderzy konsorcjów) oraz D., D. (...) i K. (...) (konsorcjanci) na skutek powiązań osobowych i kapitałowych są członkami dwóch odrębnych grup kapitałowych. Na podstawie porozumień prezesów zarządów poszczególne spółki utworzyły trzy konsorcja, które 26 października 2011 r. złożyły odrębne oferty w przetargu ogłoszonym przez zamawiającego. Czwarta oferta spółki I. wpłynęła 25 października 2011 r.

26 października 2011 r., po otwarciu wszystkich czterech ofert zamawiający podał do wiadomości nazwy uczestników przetargu i informacje dotyczące treści ofert, w tym ceny proponowanej przez każdego oferenta. Ceny poszczególnych oferentów kształtowały się zaś następująco: konsorcjum I. i K. (...) – 10.449.800 zł; konsorcjum I. i D. (...) – 11.006.088,59 zł, konsorcjum I. i D. – 12.767.400 zł; Innovation Technology Group – 11.333.072,40 zł.

Następnie 9 listopada 2011 r. zamawiający wezwał trzy konsorcja do uzupełnienia braków formalnych stwierdzonych w dokumentacji przetargowej. Wszystkie konsorcja uzupełniły brakujące dokumenty, z tym, że konsorcjum I. i K. (...), którego oferta miała najtańszą cenę, uczyniło to w sposób nieprawidłowy. Skutkiem powyższego było wykluczenie przedmiotowego konsorcjum z postępowania przetargowego i wybranie przez zamawiającego oferty konsorcjum powodowej spółki I. i D. (...), którego cena była drugą pod względem wysokości, lecz niższą od cen pozostałych oferentów.

Na powyższą czynność zamawiającego I. S.A. złożyła protest, w którym wskazywała na szereg elementów dokumentacji przetargowej w jej ocenie

świadczących o działaniu przez spółki tworzące trzy konsorcja w ramach umowy przetargowej. W szczególności podniesione zostało, że nieskuteczne uzupełnienie przez konsorcjum I. – K. (...) brakujących dokumentów wskazywało na niesamodzielne działanie uczestników przetargu, ponieważ w innym, równoległym postępowaniu przetargowym obsługiwanym przez tego samego pracownika spółki I. analogiczne braki dokumentacji zostały usunięte prawidłowo.

Pismem z 8 grudnia 2011 r. zamawiający zawiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego I.. Pozostali uczestnicy postępowania przetargowego nie złożyli sprzeciwu na to oświadczenie zamawiającego, w konsekwencji czego postępowanie odwoławcze przez KIO zostało umorzone. Pismem z 15 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował konsorcja I. – D. i I. – D. (...) o odrzuceniu ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na skutek uznania, że podejmowały one działania o charakterze nieuczciwej konkurencji, podtrzymał decyzję o wykluczeniu konsorcjum I. – K. (...) i podał jako wybraną ofertę spółki I.. W zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że oferty poszczególnych konsorcjów w zakresie cen i działania podjęte w postępowaniu przetargowym były wynikiem porozumienia należących do nich przedsiębiorców, powiązanych jednocześnie w dwie grupy kapitałowe. W ocenie SOKiK wskazane ustalenia były prawidłowe, gdyż liczne okoliczności wynikające z materiału dowodowego uzasadniały domniemanie, że spółki tworzące konsorcja uczestniczyły w porozumieniu przetargowym. Sąd I instancji wskazał na takie okoliczności jak: posiadanie przez spółki należące do grupy kapitałowej jednego adresu, przedstawienie przez założone na potrzeby przetargu konsorcja gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w tym samym dniu z kolejnymi numerami porządkowymi, wzajemne udzielanie sobie referencji przez spółki będące liderami konsorcjów, przedstawienie przez liderów konsorcjów zaświadczeń ZUS wystawionych na ten sam dzień z kolejnymi lub zbliżonymi numerami, udostępnianie członkom konsorcjów własnych szablonów pism, komunikowanie się prezesów z pracownikami spółek, prowadzenie obsługi prawnej liderów przez jedną kancelarię prawną, oraz okoliczność, że trzy konsorcja złożyły oferty przetargowe tego samego dnia w odstępie 10 minut. Zdaniem SOKiK istota podjętej przez

przedsiębiorstwa należące do obu grup kapitałowych współpracy polegała na tym, że po otwarciu ofert przetargowych jedno konsorcjum podejmowało działania skutkujące wykluczeniem go z przetargu bez utraty wadium i wyborem przez zamawiającego oferty kolejnego konsorcjum złożonego z podmiotów należących do dwóch działających w porozumieniu grup kapitałowych, której cena była jednak wyższa od ceny oferty wykluczonego konsorcjum. W konsekwencji powyższych ustaleń SOKiK uznał, że celem działania powodującego wykluczenie z przetargu konsorcjum złożonego ze spółek I. i K. (...) było stworzenie sytuacji, w której zamawiający był zmuszony do wyboru przedsiębiorcy oferującego wyższą cenę. Uzasadniało to przypisanie tym przedsiębiorstwom niedozwolonej praktyki, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Za niezasadny SOKiK uznał także zarzut wadliwego określenia w decyzji rynku właściwego geograficznie i produktowo, na którym doszło do ograniczenia konkurencji. Podnosił, iż bezsporną w sprawie okolicznością było, że prowadzona przez powoda i pozostałych uczestników postępowania działalność obejmowała obszar całego kraju.

Od tego wyroku powód wniósł apelację, podnosząc w szczególności zarzuty: – naruszenia art. 88 ust. 2, 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 u.o.k.k. oraz w zw. z art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania antymonopolowego, pomimo niedopuszczalności takiego wszczęcia ze względu na upływ terminu do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję z dniem 31 grudnia 2012 r.; – naruszenia art. 10 ust 1 oraz 33 ust 6 u.o.k.k. w zw. z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur UOKiK poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż dyrektor delegatury w W. ma kompetencje do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, które ujawniły się na rynku właściwym mającym charakter krajowym bez konieczności posiadania upoważnienia, o którym mowa w art. 268a k.p.a.; – naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. przez uznanie, nawet gdyby przyjąć, że do zawarcia porozumienia doszło, to dla jego oceny nie miała znaczenia okoliczność, iż zarzucane porozumienie zostało zawarte między przedsiębiorcami z tej samej grupy kapitałowej.

Wyrokiem z 5 października 2017 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) sprostował komparycję zaskarżonego wyroku przez dopisanie po słowach: „o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję” dodatkowo „i o nałożenie kary pieniężnej” (pkt I), zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym częściowo nadając mu następującą treść: „zmienia w punkcie pierwszym zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów RWR (...)/2013 z dnia 25 października 2013 r. określenie rynku właściwego z: „ krajowego rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych” na: „lokalny rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...)” i oddala odwołanie w pozostałym zakresie” (pkt II), oddalił apelację w pozostałej części (pkt III) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego 540 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego (pkt IV).

Zwracając uwagę na rozbieżność w doktrynie co do sposobu oznaczenia momentu wszczęcia postępowania antymonopolowego, Sąd Apelacyjny opowiedział się za poglądem, zgodnie z którym art. 88 ust. 2 u.o.k.k. wskazuje moment wszczęcia postępowania przez organ antymonopolowy i jest nim dzień wydania postanowienia o jego wszczęciu. Kwestia wszczęcia postępowania antymonopolowego została przez ustawodawcę rozwiązana w sposób odrębny od postępowania administracyjnego, a zatem zgodnie z art. 83 tej ustawy przepis art. 61 § 4 k.p.a. nie ma w tym zakresie zastosowania. Przyjęcie odmiennej wykładni art. 88 ust. 2 u.o.k.k. prowadziłoby do nieakceptowalnych sytuacji, w których przykładowo różnica jednego dnia w doręczeniu korespondencji stronom tego samego postępowania, mogąca wynikać także z okoliczności całkowicie niezależnych od organu administracyjnego, doprowadziłaby do umorzenia postępowania wobec jednej z nich wskutek przedawnienia i kontynuowania wobec drugiej. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko wyrażone w zdaniu odrębnym do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 listopada 2008 r., I FPS 2/08, w którym stwierdzono, że z zasady państwa prawnego wynika, iż „na nikogo nie można nakładać obowiązku, którego wykonanie albo niewykonanie zależy od okoliczności, na które zobowiązany nie ma bezpośredniego wpływu. Takim obowiązkiem jest zachowanie terminu dokonania

czynności, którego upływ następuje w momencie nieprzewidywalnym dla zobowiązanego. Istota każdego terminu polega na tym, że zobowiązany zachowa go zawsze, gdy dokona czynności w dowolnym dniu jego biegu, w tym także w dniu ostatnim. W przypadku wiązania upływu terminu z chwilą doręczenia ostatni dzień terminu pozostaje dla zobowiązanego niewiadomą, skoro doręczenia dokonuje podmiot trzeci, czyli urząd pocztowy”. Sąd II instancji zwrócił uwagę, że także w prawie karnym dla określenia terminu przedawnienia ścigania istotna jest data wydania postępowania o wszczęciu postępowania, a nie data jego doręczenia czy też zaznajomienia oskarżonego z tym postanowieniem.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, Sąd Apelacyjny wskazał, że wszystkie strony niniejszego postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję miały swoje siedziby w W., a więc na obszarze właściwości Delegatury W., co do zasady zatem Dyrektor tej Delegatury był władny do wydania zaskarżonej decyzji. Prezes UOKiK byłby właściwy do wydania decyzji tylko wtedy, gdyby nastąpiła sytuacja przewidziana w § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r., zgodnie z którym jeżeli praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na całym lub znacznej części rynku krajowego, właściwy w tych sprawach jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Centrala w W. W ocenie Sądu II instancji w przepisie tym chodzi o rynek, na którym odczuwalne są bezpośrednio efekty zakazanego zachowania.

Organ wydający decyzję zdefiniował rynek geograficznie właściwy jako rynek krajowy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego takie określenie rynku było niezgodne z art. 6 ust 1 u.o.k.k., na co wskazuje dalsza część uzasadnienia decyzji jak i stanowisko prezentowane przez samą stronę pozwaną w toku postępowania apelacyjnego, wskazujące, że zawarte m.in. przez powoda porozumienie przetargowe zachwiało konkurencją tylko w obrębie rynku (...) (wystąpienie końcowe na rozprawie apelacyjnej). Rynkiem właściwym, na którym ujawniły się skutki niedozwolonej praktyki zastosowanej m.in. przez powodową spółkę, tj. rynkiem na którym doszło do ograniczenia konkurencji był jedynie (...) rynek hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych. W rzeczywistości jedynie zainteresowanymi udziałem w przetargu były podmioty mające swoje siedziby i aktywnie działające na terenie D., co jest dowodem pośrednim

wskazującym na to, że z ekonomicznego punktu widzenia innym przedsiębiorstwom nie opłacało się brać udziału w tym przetargu. Brak jest dowodu wskazującego na to, iż strony tego porozumienia uzgodniły stosowanie podobnej praktyki w przypadku udziału w innych przetargach organizowanych na terenie całego kraju. Dlatego też w tym zakresie Sąd II instancji zmienił decyzję Prezesa UOKiK.

Twierdzenia strony powodowej, iż rzekomo zawarte porozumienie przetargowe nie podlega ocenie z punktu widzenia art. 6 u.o.k.k. Sąd Apelacyjny uznał za oparte na błędnym założeniu, iż porozumienie to zostało zawarte pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej, tj. spółkami I., I., I. tworzącymi tzw. jednolity podmiot gospodarczy i odpowiednio sytuacja ta dotyczyła także rzekomego porozumienia pomiędzy spółkami z drugiej grupy.

Sąd Apelacyjny zauważył, że kwestia przynależności spółek I., I. oraz I. do jednej grupy kapitałowej została podniesiona dopiero w toku postępowania sądowego. Na etapie postępowania administracyjnego, każda z tych spółek zaprzeczała istnieniu wzajemnych powiązań kapitałowych, powoływała się jedynie na powiązania osobowe.

Skoro zatem spółki nie były świadome, bo tak należy zinterpretować ich stanowisko w postępowaniu administracyjnym, łączących ich powiązań kapitałowych, to nie sposób jest mówić, iż stanowiły jeden podmiot gospodarczy, w ramach którego działające jednostki zależne nie dysponują autonomią gospodarczą w stosunku do jednostki dominującej, nie mają pełnej swobody decyzyjnej w zakresie kształtowania swoich zachowań rynkowych.

Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę na zachowanie spółki I., a konkretnie jej pracownika P. B., polegające na wadliwym uzupełnieniu dokumentacji przetargowej i braku nawet złożenia w tym zakresie zamawiającemu jakichkolwiek wyjaśnień, co odbiegało od modelu racjonalnie działającego przedsiębiorcy, tym bardziej, iż miało miejsce już po otwarciu ofert, kiedy z dużym prawdopodobieństwem należało przyjąć, że to właśnie konsorcjum składające się ze spółki I. oraz K. (...) wygra przetarg jako podmiot oferujący najniższą cenę za zamówioną usługę. Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem zaistniałego stanu rzeczy było w ocenie Sądu II instancji zawarcie porozumienia stwierdzonego



zaskarżoną decyzją, którego realizacja miała doprowadzić do wyboru oferty jednego z pozostałych konsorcjów utworzonych przez podmioty należące do tych samych dwóch grup kapitałowych, który zaoferował cenę wyższą o około 556.000 zł. Fakt następczego zatrudnienia P. B. przez powodową spółkę I., pomimo posiadania przez nią wiedzy na temat jego nieodpowiedzialnego zachowania, dodatkowo przemawia za istnieniem porozumienia.

Od tego wyroku powód wniósł skargę kasacyjną, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:
  1. art. 88 ust. 2 u.o.k.k., art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 93 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 stycznia 2015 r.) oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego, pomimo niedopuszczalności wszczęcia postępowania antymonopolowego ze względu na upływ terminu do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję;
  2. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 10 ust. 1 oraz 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z art. 4 § 1–3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż dyrektor delegatury w W. miał kompetencję do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, które ujawniły się na rynku właściwym mającym charakter krajowy, bez konieczności posiadania odrębnego aktu indywidualnego upoważnienia, o którym mowa w art. 268a k.p.a.;
  3. art. 4 pkt 9 u.o.k.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z lokalnym rynkiem hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...);
  4. art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 stycznia 2015 roku) poprzez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.
  5. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 217 § 2 i § 3 w zw. z art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 232 zdanie drugie, art. 380, art. 382, i 391 § 1 k.p.c., art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 42 ust. 2 i 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP, polegające na nieprzeprowadzeniu przez Sąd II instancji (a wcześniej także Sąd I instancji) postępowania dowodowego w zakresie ustalenia daty podpisania przez dyrektora Delegatury UOKiK w W. postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko powodowi, w sytuacji, gdy fakty te mogły mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i obrony interesów powoda, a postępowanie dowodowe w tym zakresie mogłoby doprowadzić do ustalenia, że postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko powodowi nie zostało podpisane w dacie, którą jest opatrzone;

2. naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 321 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 6 ust. 1 i 3 EKPC, art. 2 Protokołu nr 7 do EKPC oraz art. 2 i 42 Konstytucji RP, art. 47 KPP poprzez zmianę wyroku sądu pierwszej instancji i zmianę decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdzającej naruszenie oraz nakładającej karę pieniężną, polegającą na zmianie definicji rynku właściwego, na którym zarzucana praktyka miała miejsce, pomimo, że powód w apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji nie podniósł żadnych zarzutów odnośnie ustaleń sądu, a wcześniej organu, w zakresie zmienionym przez sąd drugiej instancji i nie wnosił o zmianę wyroku, ani zaskarżonej decyzji w tym zakresie, bez uprzedniego zapewnienia powodowi możliwości wypowiedzenia się w przedmiocie tej zmiany, co skutkuje nieważnością postępowania z przyczyn określonych w art. 379 pkt 5 k.p.c.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego oraz wyroku Sądu Okręgowego w W. w całości i uchylenie w całości zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK z dnia 25 października 2013 r. RWR-(...)/2013,

a w razie nieuwzględnienia tego wniosku

2. uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania;

3. ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego z poprzez zmianę wyroku Sądu Okręgowego w całości i obniżenie nałożonej

na powoda kary pieniężnej, wskazując na konieczność zrelatywizowania wysokości nałożonej kary do wysokości przychodów uzyskiwanych przez niego na obszarze pokrywającym się z obszarem województwa (...) i obejmujących sprzedaż dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania do jednostek oświatowych;

4. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym według norm przepisanych.

Postanowieniem z 16 lipca 2019 r. Sąd Najwyższy przyjął skargę kasacyjną do rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga nie ma uzasadnionych podstaw.

Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw, jednocześnie jednak bierze z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania (art. 398<sup>13</sup> k.p.c.). Analiza podstaw i wniosków skargi kasacyjnej wskazuje, że skarżący największe znaczenie przypisuje zarzutom naruszenia prawa materialnego. Uzasadnia to rozpoznanie w pierwszej kolejności zarzutów naruszenia prawa materialnego objętych pierwszą podstawą kasacyjną (art. 398<sup>3</sup> pkt 1 k.p.c.).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 88 ust. 2 u.o.k.k., art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 93 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 stycznia 2015 r.) oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez wszczęcie i prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego. Zgodnie z art. 93 u.o.k.k. w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania postanowienia UOKiK, nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok (termin upływa więc zawsze 31 grudnia roku następnego). Powód zaniechał praktyki antykonkurencyjnej z dniem 15 grudnia 2011 r., Prezes UOKiK wydał postanowienie o wszczęciu postępowania w dniu 28 grudnia 2012 r., a zostało ono doręczone powodowi w dniu

4 stycznia 2013 r. Podniesiony zarzut nie jest uzasadniony, ponieważ wszczęcie postępowania antymonopolowego następuje z chwilą wydania postanowienia rozstrzygającego o wszczęciu postępowania, a nie w dniu jego doręczenia. Za takim stanowiskiem przemawiają następujące argumenty:

Po pierwsze, art. 88 ust. 2 u.o.k.k. jest przepisem szczególnym, odrębnym od przepisów k.p.a., na które powołuje się powód, samodzielnie określającym zdarzenie przerywające bieg przedawnienia. Przepisy określające zdarzenie przerywające bieg przedawnienia muszą być interpretowane ściśle, ponieważ bezpośrednio rzutują na pewność prawa w obrocie i mają charakter bezwzględnie obowiązujący.

Po drugie, art. 88 ust. 2 u.o.k.k. wyraźnie oddziela czynność polegającą na wszczęciu postępowania („Prezes Urzędu wydaje postanowienie o wszczęciu”) od czynności powiadomienia stron o wszczęciu (Prezes Urzędu „zawiadamia o tym strony”).

Po trzecie, przyjęcie odmiennej interpretacji, wedle której postępowanie uznaje się za wszczęte z chwilą doręczenia postanowienia Prezesa UOKiK, nie służyłoby – wbrew twierdzeniom powoda – realizacji konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa. Przytoczone przez powoda na poparcie tej tezy uchwały NSA z 4 listopada 2008 r., I FPS 2/08 oraz z 3 czerwca 2013 r., I FPS 6/12 dotyczą odpowiednio fikcji milczącej interpretacji prawa podatkowego oraz przerwania biegu przedawnienia zobowiązania podatkowego, czyli konstrukcji prawnych całkowicie nieporównywalnych do konstrukcji przedawnienia postępowania w prawie konkurencji. Fikcja milczącej interpretacji prawa podatkowego polega na związaniu organu stanowiskiem podatnika w przypadku niewydania przez ten organ postanowienia w przewidzianym prawem terminie; przerwanie biegu przedawnienia zobowiązania podatkowego polega na wydłużeniu okresu ponoszenia przez podatnika odpowiedzialności skarbowej w przypadku podjęcia określonego działania przez właściwy organ; przedawnienie postępowania w prawie konkurencji polega zaś na zwolnieniu przedsiębiorcy od odpowiedzialności za naruszenie prawa po upływie określonego czasu. Między tymi trzema konstrukcjami brak jest więc podobieństwa, które uzasadniałoby stosowanie analogii z argumentacji NSA przedstawionej we wspomnianych

uchwałach na rzecz tezy o wywodzeniu skutków prawnych z faktu doręczenia określonego rozstrzygnięcia, zamiast z faktu jego wydania.

Powód odwołuje się do argumentacji konstytucyjnej w celu uwolnienia się od odpowiedzialności za naruszenie prawa poprzez rozszerzającą wykładnię konstrukcji przedawnienia postępowania przewidzianej w art. 93 u.o.k.k. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa, na którą powód się powołuje, w swej istocie wymaga, aby organy państwowe traktowały obywateli z zachowaniem minimalnych reguł uczciwości, do których należy zwłaszcza: – obowiązek stworzenia klarownych przesłanek działania organów państwowych oraz prawnych konsekwencji tych działań, – zakaz zastawiania pułapek prawnych, – zakaz tworzenia uprawnień nieurealnionych istnieniem procedur ich dochodzenia, – zakaz nagłego wycofywania się przez prawodawcę ze złożonych obietnic, – zakaz tworzenia niewykonalnych, iluzorycznych lub pozornych konstrukcji normatywnych (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 20 grudnia 1999 r., K 4/99; 14 czerwca 2000 r., P 3/00; 7 lutego 2001 r., K 27/00; 19 grudnia 2002 r., K 33/02; 21 czerwca 2011 r., P 26/10; 18 stycznia 2013 r., K 18/10. zob. też L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2014, s. 64). Brak jest podstaw do wywodzenia z zasady zaufania – jak czyni to powód w skardze kasacyjnej – „wymogu zawiadamiania o ewentualnym obowiązku zainteresowanego podmiotu, a zatem również o podstawach prowadzonego postępowania przed upływem terminu przedawnienia”. Nawet gdyby jednak takie podstawy istniały, to trudno powiedzieć, w jaki sposób „wymóg” ten miałby mieć zastosowanie do niniejszej sprawy, która dotyczy przedawnienia postępowania, a nie jakiegoś „ewentualnego obowiązku”, o którym organ regulacyjny miałby zawiadamiać powoda.

Uznawanie wydania postanowienia wszczynającego za moment wszczęcia postępowania antymonopolowego wynika z wykładni językowej art. 93 u.o.k.k. potwierdzonej utrwaloną praktyką Prezesa UOKiK, która powodowi jako profesjonalnemu podmiotowi gospodarczemu działającemu na rynku od wielu lat musiała być znana. Takie rozumienie tego przepisu nie czyni konstrukcji przedawnienia postępowania iluzorycznym ani pozornym, nie wiąże się też z żadną pułapką prawną dla powoda, nie stanowiło też dla powoda obiektywnego zaskoczenia. Brak jest więc poważnych względów przemawiających na rzecz

odstąpienia od rezultatów wykładni językowej w odniesieniu do art. 93 u.o.k.k. Wręcz przeciwnie, istnieją istotne argumenty konstytucyjne na rzecz ścisłej i literalnej wykładni konstrukcji przedawnienia w art. 93 u.o.k.k. Przedawnienie postępowania antymonopolowego w prawie konkurencji można również postrzegać w świetle zasady art. 76 Konstytucji RP, statuującego obowiązek ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi oraz art. 83 Konstytucji RP, ustanawiającego obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Wprowadzenie przedawnienia postępowania w prawie konkurencji jest pozostawione uznaniu ustawodawcy. Ustawodawca ma szeroką swobodę przy określaniu terminów przedawnienia postępowania, który do dnia 17 stycznia 2015 r. wynosił rok, a obecnie wynosi 5 lat od końca roku, w którym przedsiębiorca zaprzestał stosowania antykonkurencyjnych praktyk. Terminy te nie powinny być jednak zbyt krótkie, aby nie zachęcać przedsiębiorców do instrumentalnego traktowania konstrukcji przedawnienia i unikania odpowiedzialności za bezprawne praktyki rynkowe (analogicznie w odniesieniu do przedawnienia w prawie podatkowym – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 czerwca 2012 r., P 41/10).

Odstąpienie od wykładni językowej i przyjęcie sposobu interpretacji sugerowanego przez powoda prowadziłyby do trudnych do zaakceptowania konsekwencji w przypadku procedury toczącej się wobec kilku przedsiębiorców – postępowanie zainicjowane jednym postanowieniem miałoby różne daty wszczęcia, uzależnione od faktycznego dnia doręczenia wspomnianego postanowienia. W skrajnych przypadkach mogłoby się okazać, że wobec części przedsiębiorców postępowanie musiałoby zostać umorzone (ze względu na doręczenie postanowienia po terminie przedawnienia), a wobec pozostałej części przedsiębiorców postępowanie toczyłoby się dalej (ze względu na doręczenie postanowienia jeszcze przed terminem przedawnienia). Taka sytuacja naruszałaby zasadę równości wobec prawa oraz zasadę sprawiedliwości proceduralnej. Oprócz tego należy zauważyć, że skuteczność postanowienia organu antymonopolowego byłaby *de facto* uzależniona od staranności operatora pocztowego oraz dobrej woli przedsiębiorcy – nawet jeśli Prezes UOKiK wydałby postanowienie o wszczęciu postępowania ze znacznym (np. miesięcznym) wyprzedzeniem, nie byłoby gwarancji, że operator doręczy, a przedsiębiorca odbierze to postanowienie przed

upływem terminu przedawnienia (który, jak zostało to już kilkakrotnie zaznaczone, do dnia 17 stycznia 2015 r. wynosił zaledwie rok).

Po czwarte, postulowane przez skarżącego odpowiednie zastosowanie art. 61 § 3 i art. 110 § 1 k.p.a. do postanowienia Prezesa UOKiK jest całkowicie nieadekwatne z uwagi na konstrukcyjną odmienność tych przepisów. Art. 61 § 3 k.p.a., na który powołuje się powód, nie dotyczy rozstrzygnięcia organu władzy publicznej, lecz mówi o wszczęciu postępowania administracyjnego na żądanie strony – zgodnie z tym przepisem datą wszczęcia postępowania jest doręczenie organowi żądania strony. Tymczasem art. 88 ust. 2 u.o.k.k. dotyczy wszczęcia postępowania z urzędu, a więc zupełnie innej sytuacji. Z kolei art. 110 § 1 k.p.a. przewiduje, że organ związany jest swoją decyzją od momentu jej doręczenia lub ogłoszenia. Ponownie art. 88 ust. 2 u.o.k.k. dotyczy sytuacji odmiennej, ponieważ mówi on o postanowieniu wszczynającym postępowanie, a nie decyzji, która postępowanie kończy.

Po piąte, skarżący powołuje się także na przyjęty w orzecznictwie sądów administracyjnych pogląd, że za datę wszczęcia postępowania administracyjnego uznaje się moment «pierwszej czynności na zewnątrz» – warto jednak zauważyć, że został on sformułowany na gruncie k.p.a., który nie przewiduje konstrukcji „przedawnienia wszczęcia postępowania”, a więc w klasycznym postępowaniu administracyjnym nie występuje ryzyko opisane w trzecim argumencie podanym powyżej.

Po szóste, w doktrynie prawa konkurencji dominuje pogląd, że za moment wszczęcia postępowania należy uznać datę wydania (podpisania) postanowienia przez Prezesa UOKiK lub upoważnionego przez niego pracownika (C. Banasiński, E. Piontek, uwaga nr 4 do art. 93, w: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, LEX; K. Róziewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2011, rozdz. III, pkt 1.1.3.; M. Bernatt, uwaga z nb. 8 do art. 88, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 oraz 33 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z art. 4 § 1–3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 lipca 2009 r. w sprawie

właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż dyrektor delegatury w W. miał kompetencję do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, które ujawniły się na rynku właściwym mającym charakter krajowy, bez konieczności posiadania odrębnego aktu indywidualnego upoważnienia, o którym mowa w art. 268 a k.p.a. Zarzut ten tylko teoretycznie mógłby okazać się uzasadniony na etapie postępowania apelacyjnego, ponieważ w decyzji oraz w utrzymującym ją w mocy orzeczeniu Sądu I instancji stwierdzono zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia „na krajowym rynku hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych”, mimo że § 4 ust. 2 rozporządzenia mówi wyraźnie, iż w sprawach praktyk ograniczających konkurencję „ujawniających się na całym lub znacznej części rynku krajowego” właściwa jest Centrala Prezesa UOKiK, a nie delegatura. Sąd Apelacyjny zmienił jednak decyzję, wskazując, że porozumienie miało charakter lokalny. Do wydania takiej decyzji Delegatura UOKiK była w pełni upoważniona.

Nie jest także uzasadniony zarzut naruszenia art. 4 pkt 9 u.o.k.k. przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z lokalnym rynkiem hurtowych dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych na obszarze województwa (...). Zarzut ten nie jest uzasadniony, ponieważ sam powód w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK zarzucał, że rynek właściwy, określony przez regulatora jako krajowy, ma w istocie charakter lokalny. Zarzut świadczy o poważnej niespójności w stanowisku powoda. Prawidłowy jest natomiast wyrok Sądu Apelacyjnego w W. zmieniający wyrok Sądu I instancji oraz decyzję i przesądzający prawomocnie, że porozumienie miało wymiar lokalny (regionalny). Przekonuje bowiem zawarta w uzasadnieniu tego wyroku argumentacja, zgodnie z którą:

- zawarte m.in. przez powoda porozumienie przetargowe zachwiało konkurencją tylko w obrębie rynku (...);
- brak jest dowodu wskazującego na to, iż strony tego porozumienia uzgodniły stosowanie podobnej praktyki w przypadku udziału w innych przetargach organizowanych na terenie całego kraju;



– jedynie zainteresowanymi udziałem w przetargu były podmioty mające swoje siedziby i aktywnie działające na terenie (...), co wynikało z zakresu przedmiotowego zamówienia, które dotyczyło dostaw sprzętu komputerowego i oprogramowania dla jednostek oświatowych (...). Takie postanowienia zamówienia jak te mówiące o konieczności wykonywania napraw gwarancyjnych w miejscu eksploatacji sprzętu tworzyły rzeczywiste bariery do udziału w przetargu dla podmiotów spoza obszaru województwa (...).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 stycznia 2015 r.) poprzez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary. Kara wymierzona powodowi (88.312 zł) stanowiła zaledwie 0,18% przychodu powoda osiągniętego w 2012 r. (ponad 47 mln zł). Sąd Apelacyjny precyzyjnie i przekonująco uzasadnił, że tak określona kara jest zgodna z zasadą proporcjonalności oraz uwzględniania wszystkie normatywne kryteria wymiaru tej administracyjnej kary. W szczególności Sąd Apelacyjny uwzględnił szkodliwy społecznie i antykonkurencyjny charakter zмовы przetargowej.

Bezzasadne okazały się także zarzuty naruszenia prawa procesowego.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 217 § 2 i § 3 w zw. z art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 232 zdanie drugie, art. 380, art. 382 i 391 § 1 k.p.c., art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 42 ust. 2 i 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP, polegające na nieprzeprowadzeniu przez Sąd II instancji (a wcześniej także Sąd I instancji) postępowania dowodowego w zakresie ustalenia daty podpisania przez dyrektora Delegatury UOKiK w W. postanowienia o wszczęciu postępowania. Nie jest naruszeniem prawa procesowe przyjęcie przez Sąd Apelacyjny w realiach niniejszej sprawy, że brak było wystarczających podstaw do przeprowadzenia dowodów przeciwko dokumentowi urzędowemu. Skarżący nie podważył skutecznie twierdzenia, że data „wydania postanowienia wszczynającego postępowanie antymonopolowe wynikała bowiem z treści tego dokumentu urzędowego i w żaden sposób wiążące się z tym domniemanie faktyczne nie zostało obalone (art. 244 § 1 k.p.c.)”. Domniemanie autentyczności dokumentu urzędowego można obalać za pomocą wszelkich środków dowodowych (postanowienie Sądu Najwyższego z 23 lutego 2001 r., II CKN 392/00; T. Ereciński,

uwaga nr 2 do art. 252, w: T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, LEX). Składając wniosek dowodowy przeciwko dokumentowi urzędowemu strona powinna jednak uprawdopodobnić zarzuty co do jego nieautentyczności, np. przez wskazanie poszlak świadczących o antydatowaniu dokumentu. Powód takiego uprawdopodobnienia nie dokonał ani nawet wprost nie sformułował zarzutu nieautentyczności dokumentu.

Także zarzuty naruszenia prawa do rzetelnego procesu sądowego nie zostały stosownie uzasadnione przez powoda. Na ich poparcie powód powołał jedynie wyrok Sądu Najwyższego z 25 października 2017 r., III SK 38/16, który dotyczył zupełnie innego stanu faktycznego. Sprawa rozpoznania przez Sąd Najwyższy dotyczyła co prawda oddalenia wniosków dowodowych, ale strona tamtego postępowania nie próbowała podważyć autentyczności dokumentu urzędowego. Brak jest więc podstaw do wywodzenia z tego rozstrzygnięcia argumentów uzasadniających stanowisko powoda.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 321 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 6 ust. 1 i 3 EKPC, art. 2 Protokołu nr 7 do EKPC oraz art. 2 i 42 Konstytucji RP, art. 47 k.p.p. poprzez zmianę wyroku sądu pierwszej instancji i zmianę decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdzającej naruszenie oraz nakładającej karę pieniężną, polegającą na zmianie definicji rynku właściwego, na którym zarzucana praktyka miała miejsce, pomimo, że powód w apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji nie podniósł żadnych zarzutów odnośnie do ustaleń sądu, a wcześniej organu. Należy przypomnieć, że związanie sądu II instancji granicami zakreślonymi przez apelację oznacza niedopuszczalność takiego rozpoznania apelacji, które dotyczyłoby niezaskarżonej części orzeczenia. Natomiast same zarzuty podniesione w apelacji nie wyznaczają granic jej rozpoznania. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, sąd II instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego. Niepodniesienie w apelacji powoda zarzutu błędnego zdefiniowania rynku właściwego nie stało więc na przeszkodzie

zmianie decyzji polegającej na zmianie definicji tego rynku z krajowego na lokalny. W trakcie postępowania apelacyjnego powód miał nieograniczoną możliwość wypowiedzania się na ten temat, nie można więc powiedzieć, że zostało mu odebrane prawo do wysłuchania co do wszystkich kwestii spornych.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c. Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji. O kosztach rozstrzygnięto na podstawie art. 108 § 1 w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 2 i § 14 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2018, poz. 265).