



Sygn. akt I NSKP 4/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Janusz Niczyporuk

SSN Maria Szczepaniec

w sprawie z powództwa W. L. i G. L.

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 17 marca 2021 r.

skargi kasacyjnej pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 24 stycznia 2019 r., sygn. akt VII AGa (...)

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Decyzją z 19 sierpnia 2016 r. RWR (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”; „pozwany”) na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.; dalej: „u.o.k.k.”) w związku z art. 3 ustawy z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945) oraz stosownie do art. 33 ust.

4, 5 i 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie, zawarte na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych, pomiędzy G. L., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „L.” G.W. L. z siedzibą w P. oraz W. L., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „L.” W. L. z siedzibą w P. (dalej: „powodowie”), polegające na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy w W. na dostawy chleba, bułki tartej oraz mąki pszennej, działania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez pierwszego z ww. przedsiębiorców i doprowadzaniu w ten sposób do wyboru drugiego z ww. przedsiębiorców, który przedstawił wyższą cenę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., i stwierdził jej zaniechanie z dniem 12 września 2011 r. Ponadto, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., Prezes UOKiK nałożył z tego tytułu kary pieniężne: na G. L. w wysokości 11 754,75 zł, zaś na W. L. w wysokości 10 732,93 zł.

G. L. i W. L. wnieśli odwołania od ww. decyzji Prezesa UOKiK, zaskarżając ją w całości. Powodowie zarzucili naruszenie:

1) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez błędne przyjęcie, że ich działanie, polegające na uczestniczeniu w przetargu organizowanym w Areszcie Śledczym w W. i uzyskaniu przez powoda zamówienia na skutek odstąpienia od przetargu przez powódkę, wskazuje na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, a w szczególności zakresu prac lub ceny, oraz ma wpływ na konkurencję na rynku właściwym, tj. że jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji, podczas gdy odstąpienie od przetargu przez innego przedsiębiorcę nie może wskazywać na uzgodnienie warunków ofert, gdyż nastąpiło już po złożeniu przez odwołującego się swojej oferty, jak również nie miało wpływu na konkurencję cenową uczestników przetargu, gdyż konkurencja w przypadku przetargu publicznego realizuje się wyłącznie na etapie składania ofert przez poszczególnych przedsiębiorców biorących udział w przetargu, co nastąpiło już wcześniej;

2) art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 231 k.p.c. w związku z art. 84 u.o.k.k. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów, skutkujące błędnym przyjęciem, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na przyjęcie domniemania faktycznego i wyprowadzenie wniosku o zawarciu przez przedsiębiorców porozumienia określającego zasady odstępowania od przetargów, podczas gdy takiego domniemania nie można wyprowadzić z ustalonych w niniejszej sprawie faktów;

3) art. 227 k.p.c. związku z art. 231 k.p.c. związku z art. 84 u.o.k.k. poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie faktów niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, tj. niezwiązanych z przetargiem w Areszcie Śledczym w W.;

4) art. 7 k.p.a. związku z art. 83 u.o.k.k. poprzez niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy i wydanie zaskarżonej decyzji na podstawie stanu faktycznego ustalonego w oparciu o materiał dowodowy wyselekcjonowany przez Prezesa UOKiK w celu dopasowania do prezentowanego przez niego stanowiska w niniejszej sprawie;

5) art. 278 § 1 k.p.c. związku z art. 84 u.o.k.k. skutkujące dokonaniem błędnych ustaleń faktycznych będących podstawą wydania zaskarżonej decyzji poprzez przyjęcie, że dokumenty obu przedsiębiorców podpisywane były jednym charakterem pisma z formułą „za zgodność z oryginałem”, co świadczy, według Prezesa UOKiK, że ta sama osoba zajmuje się korespondencją obu przedsiębiorców, podczas gdy stwierdzenie tożsamości charakteru pisma wymaga wiadomości specjalnych.

Wyrokiem z 13 marca 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił oba odwołania.

Z poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych wynika, że powodowie są małżeństwem. Zamieszkują w B. i w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmują się m.in. produkcją pieczywa. G. L. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „L.” G.W. L. z siedzibą w P.. Pod tym samym adresem (od 2005 r.) W. L. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Piekarnia „L.” W. L.. Powodowie (każdy w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej) biorą udział w przetargach na dostawę m.in. pieczywa i

mąki, organizowanych przez różne podmioty na obszarze całego kraju. Powodowie wykorzystują do działalności te same obiekty (stanowiące współwłasność małżeńską), mają ten sam adres prowadzenia działalności, te same numery telefonu i fax-u. Ich firmy mają dwie odrębne linie technologiczne i zatrudniają różnych pracowników.

Sąd Okręgowy ustalił, że 1 września 2011 roku administracja Aresztu Śledczego w W. ogłosiła postępowanie przetargowe na wykonywanie sukcesywnych dostaw artykułów spożywczych. W określonym terminie do zamawiającego wpłynęło 5 ofert, wśród nich oferty złożone przez G. L. o wartości 231 462 zł i W. L. o wartości 241 592,40 zł. 12 września 2011 r. zamawiający - na podstawie przyjętego kryterium oceny w postaci najniższej ceny - dokonał wyboru oferty G. L., uznając ją za najkorzystniejszą. Tego samego dnia zamawiający wysłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu G. L.. Powódka wysłała natomiast do zamawiającego informację o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyny). Wobec powyższego zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez W. L.. Równolegle do ww. przetargu Zakład Kamy nr 1 w W. przeprowadził przetarg na dostawę chleba. W określonym terminie do zamawiającego wpłynęło 8 ofert, wśród nich oferty złożone przez G. L. o wartości 413 280 zł i W. L. o wartości 451 080 zł. Po zamknięciu procedury składania ofert, w dniu 7 września 2011 r. W. L. wystąpił z wnioskiem o przesłanie informacji dotyczącej otrzymanych przez zamawiającego ofert na dostawę chleba. 8 września 2011 r. zamawiający przesłał zainteresowanym przedmiotową informację z zestawieniem zbiorczym złożonych ofert. 14 września 2011 r. zamawiający dokonał wyboru i uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez G. L.. Tego samego dnia zamawiający wysłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do wszystkich oferentów, w tym do zwycięzcy przetargu G. L..

Sąd Okręgowy ustalił nadto, że w latach 2011-2012 w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą powodowie brali udział jeszcze w kilku postępowaniach przetargowych, w tym:

- w marcu 2011 r. - w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Zespół Szkół Mechanicznych w O.;

- w czerwcu 2011 r. - w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Centrum Terapii (...);
- w październiku 2011 r. - w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Zakład Karny Nr (...) w S. (w ramach którego W. L. złożył ofertę o wartości 274 613,33 zł, zaś G. L. ofertę o wartości 263 103,23 zł. W dniu 24 października 2011 r. G. L., po wygraniu przetargu, odstąpiła od umowy na rzecz kolejnego oferenta W. L.);
- w grudniu 2011 r. - postępowaniu przetargowym organizowanym przez Ośrodek Leczniczo Rehabilitacyjny (...) (w ramach którego W. L. złożył ofertę o wartości 27 687 zł, zaś G. L. ofertę o wartości 29 408 zł. W. L. 29 grudnia 2011 r., po otrzymaniu informacji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, wysłał informację do zamawiającego o rezygnacji z realizacji zamówienia (bez podania przyczyn). Wobec powyższego zamawiający dokonał wyboru drugiej najkorzystniejszej cenowo oferty, tj. oferty złożonej przez G. L.); oraz
- w styczniu 2012 r. - postępowaniu przetargowym organizowanym przez Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą typu Socjalizacyjnego w G..

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że po wszczęciu przeciwko powodom postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie (co nastąpiło 16 lutego 2012 r.) miały miejsce sytuacje, gdzie odstąpienie od przetargu z przyczyn organizacyjno-logistycznych przez firmę jednego z powodów nie prowadziło do przejęcia zamówienia przez przedsiębiorstwo drugiego z nich.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w świetle poczynionych ustaleń faktycznych odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego i zarzutów o charakterze proceduralnym, Sąd Okręgowy podzielił utrwalone w judykaturze stanowisko, że - co do zasady - tego typu zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do realizacji funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem tego postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem

jest spór między stronami, powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Sąd zobowiązany jest zatem do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Sąd Okręgowy wskazał, że stosownie do treści tego przepisu 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. Przy tym, zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przez porozumienie rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców oraz uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że przetarg jako obszar walki konkurencyjnej jest objęty w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów szczególną ochroną, ze względu na postulowane pozytywne efekty tego sposobu zawarcia umowy przez wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Stąd zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu na podstawie art. 7 ust. 1 u.o.k.k., spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. (bagatelność porozumienia na rynku właściwym), które to wyłączenie jest przewidziana dla niektórych innych form antykonkurencyjnych porozumień. Porozumienie przetargowe to jeden z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień występujących w obrocie gospodarczym. Dla oceny danego zachowania pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji konieczna jest analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców, które muszą być nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań, bądź muszą zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Oceny czy doszło do zmywy przetargowej można dokonać na podstawie jego przesłanek, rezultatów i całokształtu okoliczności sprawy.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia Prezesa UOKiK, że pomiędzy powodami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych. Zdaniem Sądu pierwszej instancji świadczyły o tym powiązania rodzinne i organizacyjne pomiędzy powodami. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powodowie są małżonkami, którzy od 2005 r. prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem. Oboje wykorzystują do działalności te same obiekty (stanowiące współwłasność małżeńską), ich firmy mają ten sam adres, numery telefonu i fax-u. Między powodami ma miejsce współpraca organizacyjna w zakresie obsługi korespondencji. Powodowie udostępniają sobie wzory pism i korzystają z tych samych szablonów. Sąd pierwszej instancji zwrócił jednocześnie uwagę, że przedmiotowy przetarg był jednym z kilku przetargów, w których uczestniczyli powodowie i w których dochodziło do rezygnacji jednego z nich na rzecz drugiego, który złożył ofertę na wyższą cenę i był na miejscu drugim. Sąd Okręgowy miał również na uwadze, że rezygnacja z udziału w przetargu, którego dotyczyła niniejsza decyzja, została złożona dopiero po ogłoszeniu jego wyniku, gdy kolejność ofert pod względem cenowym stała się jawna dla uczestników przetargu. Podobny sposób działania powodów występował także w innych, opisanych wyżej przetargach. Sąd Okręgowy zauważył, że powódka informację o odstąpieniu od wykonania zamówienia po wygraniu przetargu w Areszcie Śledczym w W. wysłała 12 września 2011 r., a zatem odstępując od umowy nie mogła mieć wiedzy o ostatecznym wyniku przetargu organizowanego w Zakładzie Karnym nr 1 w W., który został ujawniony dopiero 14 września 2011 r. Zdaniem Sądu pierwszej instancji tego rodzaju działanie powódki należało uznać za zachowanie, jakiego nie podjąłby racjonalnie działający przedsiębiorca, gdyby nie działał w uzgodnieniu. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Okręgowy, na tym etapie przedsiębiorca - nawet jeśli oferuje najniższą cenę - nie może być jeszcze pewny wygranej w konkursie, ponieważ np. z różnych przyczyn przetarg może zostać unieważniony lub dany oferent wykluczony. Odstąpienie więc na tym etapie od realizacji zamówienia na rzecz Aresztu Śledczego w W. byłoby działaniem obciążonym ryzykiem utraty obydwu zleceń, co więcej, ryzykiem zbędnym, ponieważ zgodnie z zawiadomieniem przesłanym przez zamawiającego umowę należało zawrzeć dopiero po 18 września 2011 r. Sąd

Okręgowy stwierdził, że odstąpienie przez przedsiębiorcę od zawarcia umowy na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu stoi w sprzeczności z racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi, gdyż głównym celem przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia. Przy tym, Sąd pierwszej instancji uznał za niewiarygodne wyjaśnienia powódki, że przyczyną odstąpienia od wykonania umowy było maksymalne obciążenie realizacją dotychczasowych zleceń i niezdolność do realizacji nowych przedsięwzięć. Zdaniem Sądu Okręgowego twierdzenia te nie znalazły odzwierciedlenia w faktach. Najpierw bowiem miało miejsce odstąpienie od umowy (12 września 2011 r.), a dopiero później powzięcie informacji o wygraniu przetargu w Zakładzie Karnym nr 1 (14 września 2011 r.). Sąd pierwszej instancji zwrócił również uwagę, że po odstąpieniu od przedmiotowego zamówienia powódka brała udział w dalszych przetargach, pomimo, iż zgodnie z jej wyjaśnieniami, po wygraniu dużego zlecenia od Zakładu Karnego Nr (...), firma była maksymalnie obciążona realizacją dotychczasowych zleceń i niezdolna (bez dodatkowego zatrudnienia i nakładów) do realizacji nowych zleceń. W ocenie Sądu Okręgowego argumenty podniesione przez powodów nie pozwalają na racjonalne i zgodne z prawem antymonopolowym wytłumaczenie przypadków powiązania rezygnacji z nawiązania stosunku kontraktowego przez jednego z nich, z zawarciem umowy przez drugiego z nich, w przetargach organizowanych w 2011 r. Tymczasem Sąd pierwszej instancji zidentyfikował 6 takich przypadków.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia Prezesa UOKiK, że z dniem 12 września 2011 r. doszło do zaniechania stosowania przez powodów spornej praktyki. Zdaniem Sądu pierwszej instancji Prezes UOKiK prawidłowo również ustalił, że zaniechanie praktyki było jedynie następstwem realizacji celu porozumienia, a nie efektem działań zmierzających do zaprzestania naruszania przepisów antymonopolowych. Po tym, jak powodowie dysponowali już wiedzą o wszczęciu postępowania antymonopolowego (16 lutego 2012 r.), nie dochodziło do przypadków rezygnacji z realizacji zamówienia przez jednego z uczestników porozumienia na rzecz drugiego, co - zdaniem Sądu pierwszej instancji - w sposób oczywisty daje się wytłumaczyć obawą przed konsekwencjami takich działań w świetle postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK.

Wskazując na powyższe, Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że jedyną, bezpośrednią i logiczną przyczyną rezygnacji z zawarcia umowy przez G. L. po ogłoszeniu wyników przetargu, był zamiar wpłynięcia na wynik przetargu i doprowadzenia do wygrania przetargu przez W. L., który oferował cenę wyższą. Zdaniem Sądu pierwszej instancji działania takiego nie można niczym innym wytłumaczyć jak tylko porozumieniem w celu doprowadzenia do wygrania oferty tego z przedsiębiorców, którego oferta była wyższa. Przedsiębiorcy porozumieli się co do swoich działań, umożliwiając swoim zachowaniem wygranę mniej korzystnej oferty jednej z umawiających się stron porozumienia. Sąd Okręgowy wskazał, że taka synchronizacja działań dwóch przedsiębiorców, których łączy co najmniej dobre relacje biznesowe, w której dochodzi do rezygnacji z zawarcia umów, nie może być zwykłym zbiegiem okoliczności, gdyż przypadkowość w takim zakresie jest nieprawdopodobna. Zdaniem Sądu pierwszej instancji wszystkie wskazane wyżej okoliczności łącznie świadczą o tym, że powodowie zawarli porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Koordynacja działań przedsiębiorców w niniejszej sprawie prowadziła do antykonkurencyjnego celu i skutku, ponieważ pozwoliła na wyeliminowanie niepewności przedsiębiorców co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów w toku postępowania przetargowego. Działania te były uzgodnione, a konkurencja między powodami była pozorna, bo w opisaney wyżej konfiguracji oferta wyższa zastępowała ofertę niższą. Oznacza to, że organizatorzy przetargu zostali narażeni na wymierne straty finansowe przez konieczność wyboru droższej oferty, czym zniwelowali prokonkurencyjny cel zorganizowanego przetargu. W konsekwencji wystąpił również skutek w postaci zakłócenia konkurencji, co wypełnia warunek z art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

G. L. oraz W. L. wnieśli apelacje od ww. wyroku Sądu Okręgowego, zaskarżając go w całości. Powodowie zarzucili:

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

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

3) naruszenie art. 227 k.p.c. w związku z art. 231 k.p.c. poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie faktów niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, tj. niezwiązanych z przetargiem w Areszcie Śledczym w W.;

4) naruszenie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. poprzez oddalenie odwołań z powodu rzekomego braku podstaw do ich uwzględnienia, pomimo nierozpoznania i pominięcia zarzutów merytorycznych wskazanych w odwołaniach i wydania wyroku sprowadzającego się do dosłownego przekopiowania uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK, co stanowi nierozpoznanie istoty sprawy przez Sąd pierwszej instancji;

5) błąd w ustaleniach faktycznych;

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

Wyrokiem z 24 stycznia 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK.

Sąd Apelacyjny, uznając obie apelacje powodów za zasadne, podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji dotyczące powiązań rodzinnych i gospodarczych powodów oraz przebiegu przetargu ogłoszonego przez Areszt Śledczy w W.. Przy tym, Sąd odwoławczy dokonał dodatkowych ustaleń obejmujących fakty, że w 2012 r. powodowie brali udział w kolejnych przetargach, tj.:

- w przetargu organizowanym w Placówce Opiekuńczo - Wychowawczej (...) w W. (w ramach którego wpłynęły dwie oferty; W. L. wygrał; G. L. przegrała; W. L. nie zrezygnował z udziału);

- w przetargu organizowanym w Szkole w Jelczu Laskowicach (w ramach którego wpłynęły dwie oferty; W. L. wygrał; G. L. przegrała; W. L. nie zrezygnował z udziału);
- w przetargu organizowanym w Domu Dziecka w T. (w ramach którego wpłynęły dwie oferty; W. L. wygrał; G. L. przegrała; powodowie zrezygnowali z udziału);
- w przetargu organizowanym w Szpitalu w S. (w ramach którego wpłynęła jedna oferta; W. L. wygrał, nie zrezygnował z udziału);
- w przetargu organizowanym w ZSZ W. (w ramach którego wpłynęły dwie oferty; W. L. wygrał; G. L. przegrała; W. L. nie zrezygnował z udziału);
- w przetargu organizowanym w Ośrodku Szkolenia Państwowej Inspekcji Pracy w W. (w ramach którego wpłynęła jedna oferta; W. L. wygrał i nie zrezygnował z udziału);
- w przetargu organizowanym w Zakładzie Karnym w K. (w ramach którego wpłynęła jedna oferta; W. L. wygrał i nie zrezygnował z udziału);
- w przetargu organizowanym w Przedszkolu Nr (...) „S.” w W. (w ramach którego wpłynęła jedna oferta; W. L. wygrał i zrezygnował z udziału).

Odnosząc się do zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że Prezes UOKiK nie przedstawił dowodów bezpośrednich świadczących o zawarciu pomiędzy powodami niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. (tzw. zmowy przetargowej). W takiej sytuacji - jak zaznaczył Sąd odwoławczy - orzecznictwo zarówno krajowe, jak i unijne, dopuszcza możliwość posługiwania się m.in. dowodami pośrednimi oraz domniemaniami faktycznymi. Przyjmuje się jednak, że fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni wówczas, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku. Konieczne jest więc udowodnienie, że zachowania przedsiębiorców nie były adekwatne do istniejących warunków rynkowych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w sprawie Prezes UOKiK nie zdołał udowodnić (nawet za pomocą domniemań faktycznych) zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy powodami. Sąd odwoławczy podniósł, że jako okoliczności świadczące o zawarciu spornego porozumienia pozwany wskazał: osobiste

powiązania między przedsiębiorcami, prowadzenie działalności pod tym samym adresem, posiadanie tego samego numeru telefonu i fax-u, współpracę organizacyjną w zakresie obsługi korespondencji, wymianę informacji pomiędzy przedsiębiorcami, rezygnację powódki z zawarcia umowy i analogiczne zachowanie powoda lub powódki w innych przetargach. Sąd Apelacyjny stwierdził jednak, że do naruszenia prawa antymonopolowego nie musi dojść nawet wtedy, gdy prowadzący zbliżony rodzaj działalności gospodarczej przedsiębiorcy współpracują przy przygotowywaniu ofert, które zamierzają złożyć w przetargach. Zarzut naruszenia prawa antymonopolowego można uznać za trafny dopiero wówczas, gdy celem lub skutkiem takiego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, przy jednoczesnym braku okoliczności wyłączających bezprawność porozumienia. Prezes Urzędu powinien jednak wykazać, że zachowanie uczestników danego porozumienia odbiega od postępowania, które można byłoby uznać za modelowe dla przedsiębiorców, którzy w takim porozumieniu nie uczestniczą. Tymczasem, według Sądu odwoławczego, w ocenianym przypadku Prezes UOKiK nie wykazał takiego odstępstwa od modelowego zachowania. Przede wszystkim organ nie zbadał istniejących warunków rynkowych związanych z usługą, którą przedsiębiorcy mieliby świadczyć oraz możliwości równoczesnego wykonywania przez powódkę dwóch umów (czy w ogóle posiadała ku temu możliwości np. techniczne). Organ zaniechał również analizy opłacalności tego rodzaju działania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, uznając, że doszło do zawarcia porozumienia, Sąd pierwszej instancji uwzględnił wybiórczo jedynie te sytuacje, gdzie w przypadku rezygnacji z zawarcia umowy przez jednego z powodów wybierana była oferta drugiego z nich. Jednakże były również przetargi, gdzie rezygnacja jednego z powodów nie prowadziła do zwycięstwa drugiego z nich. Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił ich, uznając, że zachowania powodów w przetargach mających miejsce po 16 lutego 2012 r. były skutkiem obaw przed konsekwencjami grożącymi ze strony Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż wówczas powodowie posiadali wiedzę o wszczęciu przeciwko nim postępowania antymonopolowego. Według Sądu Apelacyjnego, wniosek taki nie zasługiwał na aprobatę, zwłaszcza w sytuacji, gdy zachowanie powodów w przetargach z 2011 r.

(za wyjątkiem tego zorganizowanego przez Areszt Śledczy w W.) nie spotkało się z negatywną reakcją Prezesa UOKiK i postawieniem im zarzutów naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Brak jest więc podstaw, aby z zachowania powodów w innych przetargach wyprowadzić wniosek, że świadczą one o zawarciu przez powodów niedozwolonego porozumienia dotyczącego przedmiotowego przetargu.

Sąd odwoławczy nie podzielił jednocześnie stanowiska Sądu pierwszej instancji, że jedyną bezpośrednią i logiczną przyczyną złożenia przez powódkę rezygnacji z zawarcia umowy po ogłoszeniu wyników przetargu był zamiar wpłynięcia na jego wynik i doprowadzenia do wygrania przetargu przez W. L., który oferował cenę wyższą. Według Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy bezpodstawnie uznał, że przyczyny wskazane przez powódkę (tj. wygranie znacznie większego przetargu w tym samym czasie i niemożność wykonania obu umów) były całkowicie nieracjonalne i nielogiczne, albowiem zwycięstwo w innym przetargu stanowi uzasadnioną przyczynę rezygnacji z zawarcia umowy. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że przetarg zorganizowany przez Zakład Kamy nr 1 w W. dotyczył dostawy dwukrotnie większej ilości produktów. Wyniki tego przetargu były ogłoszone 14 września 2011 r., czyli dwa dni po rezygnacji przez G. L. z umowy z Aresztem Śledczym w W., ale już wcześniej, bo 9 września 2011 r., powódka otrzymała zestawienie ofert i stąd wiedziała, że jej oferta jest najkorzystniejsza. Mogła więc przypuszczać, że przetarg ten wygra. Powódka wskazała również, że rodzaj i zakres prowadzonej przez nią działalności gospodarczej nie pozwalał na realizację równocześnie dwóch umów w sposób dla niej opłacalny. Sąd Apelacyjny podkreślił, że to na pozwanym spoczywał ciężar wykazania, że przedmiotowa umowa była dla powódki opłacalna i mogła zostać przez nią wykonana w istniejących okolicznościach faktycznych. Pozwany okoliczności tych nie zdołał jednak wykazać, przez co nie wykluczył możliwości dobrowolnej rezygnacji powódki z dalszego uczestnictwa w przetargu, niezwiązanej z zawarciem niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Prezes UOKiK wywiódł skargę kasacyjną od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego, zaskarżając go w całości. Pozwany, w ramach podstawy naruszenia

przepisów postępowania, mogących mieć istotny wpływ na wynik sprawy, zarzucił naruszenie:

1) art. 231 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie udowodnił zawarcia przez powodów porozumienia ograniczającego konkurencję, ponieważ faktu zawarcia porozumienia nie da się wywieść z poszczególnych udowodnionych faktów, podczas gdy zgodnie z art. 231 k.p.c. dla uznania faktu za ustalony w drodze zastosowania domniemania faktycznego nie jest konieczne, aby fakt ten wynikał odrębnie z każdego z udowodnionych już faktów, lecz fakt ustalony poprzez zastosowanie domniemania faktycznego może być wywiedziony z szeregu udowodnionych (wykazanych) faktów (zespołu tych faktów), tym samym w przypadku porozumienia ograniczającego konkurencję, które obejmuje wiele zachowań podejmowanych w ramach kilku przetargów, nie jest konieczne udowodnienie naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. dla każdego z tych zachowań osobno (w tym każdego z przetargów osobno), lecz możliwe jest dowodzenie na podstawie zbioru faktów (zaistniałych w sprawie okoliczności);

2) art. 382 k.p.c. poprzez wydanie orzeczenia w oparciu o część zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, która miała uzasadniać z góry przyjęte przez Sąd Apelacyjny tezy, co w konsekwencji doprowadziło do braku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz wybiórczej oceny zgromadzonych dowodów;

3) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez ich nieprawidłowe zastosowanie, polegające na sporządzeniu pisemnego uzasadnienia nieodpowiadającego wymogom art. 328 § 2 k.p.c., a przez to niepoddającego się kontroli kasacyjnej, w szczególności niezawierającego dostatecznego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia, co uniemożliwia kontrolę przesłanek, którymi kierował się Sąd Apelacyjny, wydając zaskarżony wyrok.

Ponadto, w ramach podstawy naruszenia prawa materialnego, skarżący zarzucił naruszenie:

4) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. przez błędną jego wykładnię, polegającą na przyjęciu, że w granicach dozwolonej współpracy mieści się współpraca przy przygotowywaniu ofert przez konkurujących ze sobą w ramach danego przetargu przedsiębiorców, w tym wymiana informacji dotyczących warunków przetargu

(przetargów), do którego przedsiębiorcy ci przystępują niezależnie (a nie w ramach konsorcjum), które to zachowania nie mieszczą się w granicach wyznaczonych zakazem z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.;

5) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w związku z art. 6 k.c. przez błędną jego wykładnię, polegającą na przyjęciu, że rolą Prezesa Urzędu i Sądu jest rozważanie i analizowanie wszystkich okoliczności (nawet takich dających się wykluczyć w świetle ustalonych okoliczności sprawy i zasad doświadczenia życiowego i logiki) przedstawianych przez strony, na które nie powołują żadnych dowodów, a które uzasadniałyby zachowanie przedsiębiorców i tym samym „wyłączałyby” zastosowanie zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.;

6) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. przez błędne przyjęcie, że pomiędzy powodami nie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowych dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych, polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu publicznego przeprowadzonego we wrześniu 2011 r. przez Areszt Śledczy w W., działania polegającego na rezygnacji z zawarcia umowy przez G. L. i doprowadzanie w ten sposób do wyboru oferty W. L., który przedstawił wyższą cenę.

W oparciu o powyższe Prezes UOKiK wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego. Ewentualnie skarżący wniósł o uchylenie i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie apelacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności jako niezasadny należy ocenić zarzut obrazy art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku bez dostatecznego wyjaśnienia przez Sąd Apelacyjny podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem art. 328 § 2 k.p.c. może stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacyjną jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdy uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji nie zawiera wszystkich wymaganych

elementów lub zawiera tak kardynalne braki, że niemożliwe jest dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia, co uniemożliwia przeprowadzenie kontroli kasacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego z 8 marca 2018 r., II UK 80/17; z 11 maja 2000 r., I CKN 272/00; z 25 października 2000 r., IV CKN 142/00; z 7 lutego 2001 r., V CKN 606/00; z 28 lipca 2004 r., III CK 302/03; oraz postanowienia z 19 grudnia 2019 r., IV CSK 456/18; z 22 maja 2013 r., III CSK 293/12). Tylko bowiem wówczas stwierdzone wady mogą mieć wpływ na wynik sprawy. Przy tym, odpowiednie stosowanie przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. oznacza, że uzasadnienie orzeczenia tego sądu nie musi zawierać wszystkich elementów przewidzianych dla uzasadnienia sądu pierwszej instancji, ale powinno wskazywać ustaloną podstawę faktyczną i prawną rozstrzygnięcia. Sąd drugiej instancji obowiązany jest zamieścić w uzasadnieniu takie elementy, które ze względu na treść apelacji i zakres rozpoznania, są potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy. W orzecznictwie podnosi się jednocześnie, że zakres zastosowania art. 328 § 2 k.p.c. w postępowaniu apelacyjnym (w związku z treścią art. 391 § 1 k.p.c.) jest determinowany przebiegiem postępowania apelacyjnego oraz treścią orzeczenia sądu drugiej instancji, w powiązaniu z granicami i zarzutami apelacji. Podstawowym obowiązkiem sądu drugiej instancji jest wskazanie faktów i dowodów, na których oparł się wydając orzeczenie oraz podstawy prawnej obejmującej przytoczenie przepisów prawa regulujących sporny stosunek prawny między stronami, a także wyjaśnienie, z jakich przyczyn znajdują one zastosowanie w konkretnej sprawie i w jaki sposób wpływają na jej rozstrzygnięcie. Przedstawione wymagania odnoszą się zwłaszcza do uzasadnienia orzeczenia reformatoryjnego, którego treść powinna jasno wskazywać, z jakich przyczyn oraz na jakiej podstawie faktycznej i prawnej sąd odwoławczy orzekł odmiennie niż sąd pierwszej instancji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lipca 2020 r., II CSK 577/18).

W niniejszej sprawie uzasadnienie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego spełnia powyższe wymagania. Sąd odwoławczy odniósł się do wszystkich podniesionych w apelacjach powodów zarzutów skierowanych przeciwko podstawie faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji. Wbrew twierdzeniom skarżącego, treść uzasadnienia orzeczenia Sądu Apelacyjnego umożliwia

dokonanie kontroli kasacyjnej toku wyводу, który doprowadził Sąd odwoławczy do zakwalifikowania spornego zachowania powodów jako dozwolonego na gruncie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W pisemnych motywach Sąd drugiej instancji wyraźnie bowiem wskazał, że podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, w szczególności dotyczące powiązań rodzinnych i gospodarczych powodów oraz okoliczności dotyczących przebiegu przetargu ogłoszonego w Areszcie Śledczym w W.. Sąd Apelacyjny dokonał ponadto dodatkowych ustaleń (na okoliczność tego, że w 2012 r. powodowie brali udział jeszcze w kilku przetargach), opierając się w tym zakresie na aktach postępowania administracyjnego, co jest dopuszczalne na etapie postępowania apelacyjnego (art. 382 k.p.c.). Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd odwoławczy wyjaśnił również, dlaczego nie podzielił oceny prawnej zachowania powodów dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, wskazując, że Sąd ten, ustalając istnienie niedozwolonej zмовы przetargowej, dokonał wybiórczej oceny materiału dowodowego - skupiając się bezpodstawnie wyłącznie na przypadkach, gdzie rezygnacja jednego z powodów z postępowania przetargowego prowadziła do zwycięstwa drugiego z nich.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że pozwany nie udowodnił zawarcia przez powodów porozumienia ograniczającego konkurencję.

Domniemanie faktyczne, przewidziane art. 231 k.p.c., jest środkiem pozwalającym ustalić określony element stanu faktycznego, konstruowanym z uwzględnieniem reguł z art. 233 § 1 k.p.c. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 24 maja 2012 r., II UK 259/11). Przewidziane w przepisie art. 231 k.p.c. domniemanie faktyczne jest środkiem dowodowym stosowanym w braku bezpośrednich środków dowodowych, konstruowanym z uwzględnieniem reguł wskazanych w przepisie art. 233 § 1 k.p.c., a tym samym należy do kręgu czynności związanych z dokonywaniem ustaleń faktycznych i oceny dowodów (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2010 r., I CSK 123/10). Zastosowanie domniemania faktycznego powinno mieć miejsce wtedy, gdy brak jest bezpośrednich środków dowodowych albo istnieją znaczne utrudnienia dowodowe dla wykazania faktu, a jednocześnie ustalenie tego faktu jest możliwe przy zastosowaniu reguł logicznego

rozumowania, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. Treścią domniemania faktycznego jest uznanie za istniejący określonego faktu wynikającego z wzajemnego, logicznego związku pomiędzy innymi, ustalonymi faktami i sądami o tych faktach. Przy tym, musi ono być poprawne z punktu widzenia zasad logiki (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 21 listopada 1969 r., III PZP 24/69). W orzecznictwie podkreśla się ponadto, że prawidłowość stosowania art. 231 k.p.c. (domniemanie faktyczne) - jako że należy do domeny ustalania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia - co do zasady nie może stanowić zarzutu kasacyjnego (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2018 r., IV CSK 578/17). Jedynie w drodze wyjątku, zastosowanie domniemania przez sąd, będące wynikiem rozumowania opartego na wiedzy i doświadczeniu, podlega kontroli kasacyjnej pod względem poprawności logiczno-psychologiczno-intelektualnej. Dotyczy to kontroli co do prawidłowości faktów ustalonych poprzez dowodzenie (faktów pośrednich), a stanowiących podstawę domniemania, oraz co do wyprowadzonych z tych faktów wniosków o istnieniu (nieistnieniu) innych faktów. Rezultat tych zabiegów prowadzących do zastosowania konkretnych przepisów prawa materialnego może być zatem wzruszony, ale tylko poprzez wykazanie konkretnych nieprawidłowości lub wad wnioskowania sądu albo nieprzydatności (niestosowalności) zasad doświadczenia życiowego, które doprowadziły sąd orzekający do oparcia zaskarżonego orzeczenia m.in. na domniemaniu faktycznym (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11 marca 2010 r., I UK 325/09).

W judykaturze Sądu Najwyższego przyjmuje się, że z domniemań faktycznych sąd może skorzystać w każdej sprawie cywilnej, na rzecz każdej ze stron. Warunkiem jest, aby dla przyjętego wniosku domniemania nie istniały żadne hipotezy konkurencyjne. Dopuszczalne jest zatem stosowanie domniemań faktycznych również w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Oznacza to, że w przypadku braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia można uznać za udowodniony, jeżeli analizowanego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić inaczej niż przez uzgodnienie ich zachowań na rynku. Przy tym, istnienie porozumienia należy oceniać na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, przesłanek i rezultatów, których łączne wystąpienie wskazuje na zawarcie niedozwolonego porozumienia

(zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06; z 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08). Także w orzecznictwie unijnym prezentowane jest stanowisko, że istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów, które dopiero łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia, rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 Technische Unie BV v. Komisja, Dz.Urz. C 294). Przy tym, przyjmuje się, że wątpliwości sądu powinny być rozpatrywane na korzyść przedsiębiorstwa będącego adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie (zob. wyrok Sądu z 8 września 2016 r., T-472/13, w sprawie H. Lundbeck A/S i inni przeciwko Komisji Europejskiej).

W rozpoznawanej sprawie Sąd Najwyższy nie dopatrywał się nieprawidłowości w rozumowaniu Sądu Apelacyjnego przy ustalaniu okoliczności niniejszej sprawy. Przede wszystkim należy podkreślić, że Sąd Apelacyjny, biorąc pod uwagę standardy postępowania dowodowego w przypadku zмовы przetargowej, nie przesądził jednoznacznie, że między powodami nie doszło do zawarcia niedozwolonej zмовы przetargowej przy ubieganiu się o uzyskanie zamówienia w ramach przetargu organizowanego w Areszcie Śledczym w W., lecz ocenił jedynie, że zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy nie pozwala w sposób wystarczający na przyjęcie takiej konkluzji. Sąd Apelacyjny przy ocenie zachowania powodów z punktu widzenia naruszenia reguł konkurencji uwzględnił podnoszone przez pozwanego okoliczności (stanowiące również element ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji) dotyczące odpowiednio: powiązań organizacyjno-rodzinnych między powodami; prowadzenia działalności pod tym samym adresem; posiadania tych samych danych kontaktowych (tego samego numeru telefonu i fax-u); współpracy organizacyjnej w zakresie obsługi korespondencji; wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorcami; rezygnacji powódki z zawarcia umowy dotyczącej postępowania przetargowego w Areszcie Śledczym w W. i

analogicznego zachowania powoda lub powódki w innych przetargach. Sąd drugiej instancji podzielił bowiem ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, przyjmując je za własne.

Równocześnie, zdaniem Sądu Najwyższego, z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego istnieją uzasadnione podstawy do uznania poprawności wnioskowania Sądu Apelacyjnego, który wywiódł, że wycofanie oferty przez G. L. ze spornego postępowania przetargowego dotyczącego Aresztu Śledczego w W. mogło być wyrazem zwykłej niemożności realizacji tego zamówienia w danym czasie, a nie działaniem zmierzającym do wypaczenia wyniku tego przetargu. Sąd Apelacyjny trafnie bowiem zwrócił uwagę, że w świetle całokształtu okoliczności niniejszej sprawy nie można wykluczyć, iż wyłączną przyczyną złożenia rezygnacji przez powódkę z zawarcia umowy dotyczącej realizacji zamówienia w Areszcie Śledczym w W. były przesłanki związane z brakiem „mocy przerobowych”, zwłaszcza jeśli uwzględni się, że rezygnacja powódki miała miejsce 12 września 2011 r., a zatem już po otrzymaniu przez nią zestawienia ofert złożonych w ramach toczącego się równolegle postępowania przetargowego organizowanego w Zakładzie Karnym w W. (co miało miejsce 9 września 2011 r.). Sąd Apelacyjny słusznie tym samym dostrzegł, że w świetle zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, z chwilą otrzymania ww. zestawienia wszystkich ofert powódka mogła już przypuszczać, że ze względów cenowych jej oferta w ramach przetargu organizowanego w Zakładzie Karnym w W. zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, a tym samym mogła się spodziewać, że wygra przetarg, którego wartość zamówienia była większa od przetargu organizowanego w Areszcie Śledczym w W.. Jednocześnie z tą chwilą mogła już ocenić, że podjęcie się równoczesnej realizacji obu zamówień, w tym zamówienia objętego spornym przetargiem organizowanym w Areszcie Śledczym w W., będzie dla niej zbytnim obciążeniem, choćby ze względów technicznych (a zatem z punktu widzenia zasad racjonalnego gospodarowania - działaniem ryzykownym). Oferta złożona przez G. L. w ramach postępowania przetargowego organizowanego w Areszcie Śledczym w W. opiewała bowiem na kwotę 231 462 zł, zaś oferta złożona przez nią w ramach postępowania przetargowego ogłoszonego w Zakładzie Karnym w W. na znacznie większą kwotę 413 280 zł.

Co prawda powódka rzeczywiście w 2011 r. - już po wycofaniu oferty z przetargu organizowanego w Areszcie Śledczym w W. - brała udział w kolejnych postępowaniach przetargowych (które były ogłoszone w październiku i grudniu 2011 r.). Sąd Najwyższy dostrzega przy tym, że wartość oferty złożonej przez G. L. w ramach przetargu ogłoszonego w październiku 2011 r. jest zbliżona do wartości, na jaką opiewała jej oferta złożona w ramach objętego zarzutem postępowania przetargowego organizowanego w Areszcie Śledczym w W. (oferty złożone przez G. L. w przetargach ogłoszonych w październiku i grudniu 2011 r. opiewały odpowiednio na kwoty: 263 103,23 zł i 29 408 zł). Słusznie jednak Sąd Apelacyjny wskazał, że skoro zachowanie powodów w ramach przetargu ogłoszonego w październiku 2011 r. (podobnie zresztą jak zachowanie dotyczące postępowania przetargowego ogłoszonego w grudniu 2011 r.) nie spotkało się do chwili obecnej z negatywną oceną Prezesa UOKiK i formalnym postawieniem zarzutów naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to brak jest podstaw do uznania, aby samo stwierdzenie tego rodzaju okoliczności w stanie faktycznym niniejszej sprawy pozwalało na przypisanie powodom zarzutów udziału w niedozwolonej zмовie przetargowej. Sąd Najwyższy nie dopatrył się błędów logicznych w rozumowaniu Sądu drugiej instancji. Należy bowiem zauważyć, że Sąd Apelacyjny przy ocenie prawnej zachowania powodów był zobowiązany uwzględnić całokształt okoliczności, w tym podniesione przez powodów motywy rezygnacji przez G. L. ze spornego postępowania przetargowego, polegające na niemożności jednoczesnej realizacji dwóch dużych zamówień w danym czasie, a ujawnione w tym zakresie wątpliwości Sąd ten musiał rozstrzygnąć na korzyść przedsiębiorców.

Jako chybiony należy również ocenić zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. poprzez wydanie orzeczenia w oparciu o część zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, która miała uzasadniać z góry przyjęte przez Sąd Apelacyjny tezy, że działanie powodów nie wypełnia w tym przypadku znamion zakazanej zмовy przetargowej.

W orzecznictwie przyjmuje się, że zarzut naruszenia ogólnej normy procesowej art. 382 k.p.c. w ramach skargi kasacyjnej może być usprawiedliwiony jedynie w drodze wyjątku, kiedy skarżący wykaże, że sąd drugiej instancji bezpodstawnie nie uzupełnił postępowania dowodowego lub pominął część

zebranego materiału, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy, albo kiedy mimo przeprowadzenia postępowania dowodowego orzekł wyłącznie na podstawie materiału zgromadzonego przez sąd pierwszej instancji lub oparł swoje rozstrzygnięcie na własnym materiale, pomijając wyniki postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 18 grudnia 2019 r., I UK 322/18). W niniejszej sprawie, wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd Apelacyjny przy ocenie prawnej zachowania powodów uwzględnił całokształt okoliczności. W tym miał na uwadze zaobserwowaną przez pozwanego prawidłowość, że nie tylko w ramach procedury przetargowej prowadzonej w Areszcie Śledczym w W., ale jeszcze w kilku innych organizowanych w 2011 r. przetargach, powodowie składali konkurencyjne oferty, po czym jeden z przedsiębiorców (zwycięzca przetargu) odstąpił od umowy, którą następnie przejmowała do realizacji firma współmałżonka. Sąd Apelacyjny wyciągnął jednak z tych okoliczności (w kontekście całokształtu okoliczności niniejszej sprawy) odmienne niż pozwany wnioski, które rzutowały na końcową kwalifikację prawną zachowania powodów. Sąd drugiej instancji uznał mianowicie, że skoro opisane działania powodów podejmowane w ramach ww. przetargów (za wyjątkiem przypadku dotyczącego przetargu zorganizowanego w Areszcie Śledczym w W.) nie spotkały się z negatywną oceną Prezesa UOKiK i formalnym postawieniem zarzutów naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to brak jest podstaw do przyjęcia, iż świadczą one w sposób jednoznaczny o zawarciu przez powodów niedozwolonego porozumienia dotyczącego spornego przetargu w Areszcie Śledczym w W..

Odnosząc się do zarzutów kasacyjnych naruszenia prawa materialnego, przede wszystkim jako niezasadny należy ocenić zarzut dotyczący błędnej wykładni art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez wadliwe ustalenie granic dozwolonej współpracy i przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że na gruncie tego przepisu dopuszczalna jest współpraca startujących osobno w przetargu przedsiębiorców nad przygotowaniem ofert, w tym wymiana informacji o warunkach składanych ofert.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazuje zawierania porozumień polegających na uzgadnianiu warunków ofert składanych do przetargu, jeśli cel lub skutek tych porozumień ma antykonkurencyjny charakter. Antykonkurencyjny

wymiar porozumień może przejawiać się poprzez z góry założony antykonkurencyjny cel lub rzeczywisty antykonkurencyjny skutek. Przy tym, cel i skutek nie muszą występować łącznie, bowiem przesłanki te mają charakter alternatywny. Przyjmuje się, że w przypadku klasycznej zmowy przetargowej przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Dla osiągnięcia takiego celu przedsiębiorcy mogą stosować wiele technik, takich jak np. składanie ofert pozornych w celu stworzenia iluzji konkurencji, czy manipulowanie już złożonymi ofertami w celu uzyskania z góry ustalonego wyniku postępowania. W każdym z takich przypadków istnieje ryzyko realnego wypaczenia wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej lub mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami) właśnie z uwagi na istnienie zmowy pomiędzy wykonawcami.

Bez wątplenia wykazanie zmowy przetargowej jest trudne dowodowo. Stąd przyjmuje się powszechnie (o czym była już mowa), że dla wykazania zawarcia porozumienia w postaci zmowy przetargowej nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem (np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny cel). W przypadku braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia można bowiem uznać za udowodniony, jeżeli badanego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić w inny sposób, aniżeli przez zamiar wypaczenia wyniku przetargu. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że przy ocenie istnienia porozumień przetargowych, jako zakazanych, obowiązują obniżone standardy dowodowe. Dla wykazania antykonkurencyjnej praktyki wystarczające jest ustalenie antykonkurencyjnego celu porozumienia. Innymi słowy, do stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wystarczające jest zatem wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie konkurencji na rynku (zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. 2008; wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 44/13). Trafnie więc Sąd Apelacyjny uznał, że w braku dowodów bezpośrednich istnienia zmowy przetargowej (co jest regułą), można korzystać z domniemań faktycznych, przy czym samo stwierdzenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi zbliżoną działalność gospodarczą dochodzi do

wymiany informacji przy przygotowywaniu ofert, które zamierzają złożyć w przetargach, nie stanowi jeszcze wystarczającej podstawy do skutecznego postawienia zarzutu udziału w tego rodzaju niedozwolonym porozumieniu. Zarzut naruszenia prawa antymonopolowego można bowiem uznać za trafny dopiero wówczas, gdy zostanie wykazane, że celem lub skutkiem takiego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, przy jednoczesnym braku okoliczności wyłączających bezprawność porozumienia.

Niewątpliwie również stwierdzenie występowania ścisłych powiązań osobistych i organizacyjnych (przejawiających się choćby korzystaniem z tych samych pomieszczeń i urządzeń biurowych oraz szablonów dokumentów, a także posługiwaniem się identycznymi danymi kontaktowymi) pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do tych samych przetargów - bez poczynienia szerszej analizy w kontekście całokształtu okoliczności sprawy - *per se* nie pozwala na przypisanie przedsiębiorcom zarzutu udziału w niedozwolonej zmowie przetargowej. Okoliczności te w danym przypadku mogą wskazywać jedynie na prawdopodobieństwo niedozwolonej wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i mogą sugerować, że przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji. Także zachowanie przedsiębiorców we wcześniejszych postępowaniach przetargowych może stanowić tylko jedną z okoliczności faktycznych mających znaczenie dla ustalenia zaistnienia zmowy przetargowej, ale z pewnością nie może stanowić samodzielnej przesłanki do uznania jej istnienia w danym postępowaniu przetargowym. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie można w tym przypadku stosować automatyzmu. Wręcz przeciwnie, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji każdorazowo konieczne jest szczegółowe zbadanie przez sąd całokształtu okoliczności faktycznych danej sprawy. Przy tym, wszelkie wątpliwości sądu dotyczące naruszenia reguł konkurencji (zgodnie ze standardami obowiązującymi w prawie unijnym) powinny być rozpatrywane na korzyść przedsiębiorców będących adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie. Należy zatem przyjąć, iż jeśli sąd dojdzie do wniosku, że istnieje inne spójne i racjonalne wyjaśnienie analizowanego zachowania przedsiębiorców, wskazujące (lub mogące wskazywać) na działanie w granicach reguł konkurencji (tak jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie), to sąd nie

może dojść do wniosku, że organ wykazał istnienie danego naruszenia w stopniu wystarczającym pod względem prawnym.

Z powyższych względów nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut dokonania błędnej wykładni art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w związku z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że w sprawie z zakresu ochrony konkurencji konieczne jest rozważanie i analizowanie wszystkich przedstawionych przez strony okoliczności (nawet takich, które dają się wykluczyć w świetle ustalonych okoliczności sprawy, zasad doświadczenia życiowego i logiki).

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 6 k.c., to na organie, który zarzuca przedsiębiorcy naruszenie reguł konkurencji, spoczywa ciężar udowodnienia tego faktu. Tak więc w przypadku sporu co do istnienia naruszenia prawa konkurencji (w tym przypadku zawarcia między przedsiębiorcami niedozwolonej zmowy przetargowej), to do Prezesa Urzędu należy przedstawienie środków dowodowych pozwalających wykazać, w stopniu wystarczającym pod względem prawnym, istnienie tego naruszenia. Przedsiębiorca w sprawie z zakresu ochrony konkurencji może jednak przedstawić wyjaśnienia i dowody zmierzające do obalenia wniosków organu antymonopolowego o istnieniu niedozwolonego porozumienia. Dowód na istnienie niedozwolonej zmowy przetargowej może być zatem obalony, jeżeli przedsiębiorca jest w stanie wyjaśnić na podstawie racjonalnych przesłanek, że jego działanie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych i da się wytłumaczyć w inny sposób aniżeli przez przyjęcie istnienia zmowy. Przy tym, sąd każdorazowo ma obowiązek dostatecznego wyjaśnienia spornych kwestii, a jednocześnie uwzględnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, ujawnionych do momentu zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.). Wskazując na powyższe, nie sposób w rozpoznawanej sprawie zarzucać Sądowi Apelacyjnemu (do czego w istocie zmierza omawiany zarzut), że przy ocenie zachowania powodów uwzględnił podnoszone przez nich w toku sprawy okoliczności odnoszące się do motywów wycofania oferty powódki ze spornego postępowania przetargowego dotyczącego Aresztu Śledczego w W..

Wreszcie jako niezasadny należy ocenić ostatni z podniesionych zarzutów kasacyjnych, dotyczący naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. przez błędne

przyjęcie, że pomiędzy powodami nie doszło do zawarcia spornego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Zarzut ten nie może odnieść zamierzonego skutku procesowego z uwagi na to, że w jego ramach pozwany w istocie zmierza do podważenia stanu faktycznego będącego podstawą wydania zaskarżonego w postępowaniu kasacyjnym wyroku. Tymczasem stosownie do art. 398³ § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty naruszenia przepisów postępowania dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną w granicach jej podstaw, jest bowiem związany z mocy art. 398¹³ § 2 k.p.c. ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05). Uzupełniając wskazać również należy na wadliwą konstrukcję tego zarzutu kasacyjnego. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia prawa materialnego wymaga bowiem wskazania formy naruszenia danego przepisu prawa przez Sąd drugiej instancji, co oznacza konieczność wskazania przez skarżącego czy - jego zdaniem - sąd ten dokonał błędnej wykładni danego przepisu prawa materialnego, czy jego niewłaściwego zastosowania. Tymczasem pozwany nie dokonał takiego oznaczenia.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł jak w sentencji.