



## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 3 czerwca 2025 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Paweł Wojciechowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Mirosław Sadowski

SSN Maria Szczepaniec

w sprawie z powództwa I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż.,  
N. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., "N.1" spółka z  
ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w Ł.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych  
w dniu 3 czerwca 2025 r.,

po rozpoznaniu skarg kasacyjnych powodów "N.1" spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w Ł. oraz I. spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z  
23 lutego 2022 r. sygn. akt VII AGa 8/21

**1. oddala obie skargi kasacyjne;**

**2. zasądza od powoda "N.1" spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w Ł. na rzecz  
pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji  
i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych)  
tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego wraz**

- z odsetkami ustawowymi za opóźnienie za czas po upływie tygodnia od dnia doręczenia powodowi wyroku do dnia zapłaty;
3. zasądza od powoda I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie za czas po upływie tygodnia od dnia doręczenia powodowi wyroku do dnia zapłaty;
4. przyznaje od Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Warszawie na rzecz radcy prawnego I. K. wynagrodzenie w kwocie 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) powiększone o należny podatek od towarów i usług 23 %, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi "N.1" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w Ł. z urzędu w postępowaniu kasacyjnym.

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK” lub „pozwany”) decyzją z dnia 30 maja 2018 r., nr [...], stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 229 z późn. zm., dalej: „u.o.k.k.”), na podstawie art. 10 ust. 1 u.o.k.k., uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., zawarcie przez: I. sp. z o.o. z siedzibą w Ż. (dalej: „Skarżący 1” lub „Powód 1”), „N.1” sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Ł. (dalej: „Skarżący 2” lub „Powód 2”) i N. sp. z o.o. z siedzibą w K. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę (pkt I). Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył kary pieniężne z tytułu naruszenia

zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w zakresie określonym w punkcie I sentencji decyzji w wysokości: 1) 931 465 zł na I. sp. z o.o.; 2) 19 866 zł na „N.1” sp. z o. o. w likwidacji, 3) 47 814 zł na N. sp. z o. o. (pkt II).

I. sp. z o.o., N. sp. z o.o. oraz „N.1” sp. z o.o. w likwidacji zaskarżyły powyższą decyzję.

Wyrokiem z 7 października 2020 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sygn. akt XVII AmA 42/18 oddalił wszystkie trzy odwołania.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, że N. sp. z o.o. pozostaje przedsiębiorcą: wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem [...]. Spółka została wpisana do KRS w dniu 12 maja 2016 r. i stanowiła kontynuację działalności gospodarczej prowadzonej od 1997 r. przez G. C. pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowe N.2. Działalność gospodarcza na podstawie art. 551 § 5 k.s.h. została przekształcona oświadczeniem o przekształceniu z dnia 23 czerwca 2016 r. w jednoosobową spółkę kapitałową – N. sp. z o.o. z branży IT zajmującą się m.in. integracją systemów IT, sprzedażą i serwisem sprzętu komputerowego oraz doradztwem w zakresie informatyki. Nie posiadała własnego centrum danych, a usługi kolokacji serwerów świadczyła w charakterze pośrednika.

I. sp. z o.o. od lat pozostawała w relacjach gospodarczych z „N.1” sp. z o.o. i N.2. Współpraca I. sp. z o.o. z N.1 sp. z o.o. rozpoczęła się w 2009 r. i polegała m.in. na tworzeniu konsorcjów przetargowych w celu wspólnego ubiegania się o różne zamówienia publiczne na usługi branży IT. Spółki utworzyły konsorcja m.in. w 2013 r. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych przez Ministerstwo [...] oraz przez Agencję [...] z siedzibą w W..

Sąd Okręgowy ustalił, że postępowanie o udzielenie zamówienia na dzierżawę i kolokację serwerów dedykowanych wraz z oprogramowaniem przeprowadzone przez C. w W. zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2012 r. pod numerem [...]. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 17 500 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty, była najniższa cena. Termin składania ofert został ostatecznie ustalony do dnia 27 sierpnia 2012 r. W dniu 22 sierpnia 2012 r. P. T. zatrudniony w I. sp. z o.o. na

stanowisku Account Manager przesłał do M. C. (wiceprezesa N.1 sp. z o.o.) wiadomość e-mail o tytule „Prośba o złożenie oferty do C.”. W treści e-maila wskazano m.in.: „Proszę o wrzucenie dokumentów firmowych do oferty i wpłacenie wadium zgodnie z ustaleniami. Jutro (czwartek) doślę wypełnioną tabelę opisu przedmiotu zamówienia oraz aktualizację cen, dlatego jeszcze nie drukujcie.”. Do e-maila został załączony plik komputerowy Microsoft Word o nazwie „oferta N.1”. Dokument zawierał 19 stron stanowiących gotową ofertę, jaką N.1 sp. z o.o. złożyła w przetargu C., tj. wypełniony „Formularz Oferty/Formularz Cenowy” wraz z załącznikami. Oferta nie zawierała jedynie dokumentów określonych w ww. e-mailu jako dokumenty firmowe, tj. odpisu aktualnego KRS N.1 sp. z o.o., zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w składkach i zaświadczenia US o niezaleganiu w podatkach. Dokument „oferta N.1” zawierał kilka pustych stron, na których wskazano jedynie to, co powinno się na nich znaleźć (s. 8 – „[Tutaj KRS]”, s. 9 – „[Tutaj KRK osoby + firma]”, s. 10 – „[Tutaj KRK]”, s. 19 – „[Tutaj dowód wpłaty wadium]”. Na stronie 11 znajduje się następująca treść: „[Tutaj zaświadczenie Urzędu Skarbowego ale nieaktualne!]”. Dla słów „ale nieaktualne!” został ustawiony czerwony kolor czcionki. W dniu 27 sierpnia 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Oferta N.2 była kompletna, zaś oferta N.1 sp. z o.o. zawierała braki – do oferty zostało dołączone zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach wystawione w dniu 13 lutego 2012 r. i stwierdzające stan na dzień 27 stycznia 2012 r. Zaświadczenie to było nieaktualne dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego, gdyż stwierdzało stan na dzień wcześniejszy niż trzy miesiące przed terminem składania ofert (27 sierpnia 2012 r.). W dniu 31 sierpnia 2012 r. M. C. przesłał P. T. wiadomość e-mail o treści „P., excela do C. mi podeślij”. W odpowiedzi P. T. przesłał M. C. plik w formacie obsługiwanym przez program komputerowy Microsoft Excel zawierający zestawienie wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu wraz z zaoferowanymi cenami oraz pozycją w rankingu. W treści e-maila P. T. wskazano: „M. jak wezwą do uzupełnienia (ZUS czy US nie pamiętam co było za stare) – to uzupełnijcie prawidłowo – tym ważnym na dzień składania ofert. Ok?”. W dniu 27 września 2012 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty, N.1 sp. z o.o. przesłała zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r.

według stanu na dzień 30 maja 2012 r., poinformowała, że rozbieżność między ceną podaną w wykazie usług a ceną w referencjach wynikała z faktu, że w referencjach przedstawiono wartość netto wykonanej usługi oraz załączono wyjaśnienie I. sp. z o.o. Oferty czterech wykonawców zostały odrzucone. Oferty N.1 sp. z o.o. i N.2 zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1 i 4. Oferty te zostały przedzielone dwiema obcymi ofertami. W dniu 12 października 2012 r. Komisja Przetargowa ustaliła, że najkorzystniejszą ofertą była oferta N.1 sp. z o.o. I. sp. z o.o. nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użyczyła zasobów N.1 sp. z o.o. i N.2 oraz została wskazana w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca. W dniu 31 października 2012 r. między N.1 sp. z o.o. a C. została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Jak też ustalił Sąd Okręgowy, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługa kolokacji serwerów oraz serwis pogwarancyjny dla Urzędu [...]” zostało wszczęte w drodze ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2012 r. pod numerem [...]. Przedmiot zamówienia był zgodny z jego nazwą. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 50 000 zł. Jedynym kryterium, którym kierował się zamawiający przy wyborze oferty, była najniższa cena. Termin składania ofert ustalony został do dnia 30 października 2012 r. W dniu 24 października 2012 r. z rachunku bankowego I. sp. z o.o. na rachunek bankowy N.1 sp. z o.o. został zrealizowany przelew. Jako tytuł transakcji wskazano dokument o nazwie „[...] proforma”. Była to faktura VAT pro forma nr [...] z dnia 24 października 2012 r. Dokument ten zawierał następujące dane dotyczące transakcji: (1) sprzedawca, (2) nabywca, (3) nazwa towaru lub usługi, (4) cena netto, (5) podatek VAT, (6) wartość brutto. Oprócz faktury *pro forma* N.1 sp. z o.o. wystawiła w dniu 25 października 2012 r. fakturę zaliczkową nr [...] zawierającą identyczne dane co faktura pro forma. W dniu 26 października 2012 r. N.1 sp. z o.o. dokonała wpłaty wadium w formie przelewu bankowego w kwocie 50 000 zł. W dniu 26 października 2012 r. I. sp. z o.o. przygotowała dwie oferty cenowe dla N.1 sp. z o.o. i N.2 na wykonanie w całości usług zamawianych przez UM[...] w 2012 r. Były to: oferta [...] dla N.1 sp. z o.o. z dnia 26 października 2012 r. oraz oferta [...] dla N.2 z dnia 26 października 2012 r. W dniu 30 października 2012 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką

zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 399 607 zł. W postępowaniu złożono pięć ofert. Oferty N.1 sp. z o.o., N.2 i I. sp. z o.o. zajęły w klasyfikacji ofert pozycje odpowiednio 1, 2 i 4. Oferty N.2 i I. sp. z o.o. zostały przedzielone obcą ofertą. W ofertach N.1 sp. z o.o. oraz N.2 jako kompleksowy podwykonawca oraz podmiot użyczający zasobów został wskazany I. sp. z o.o. Oferta I. sp. z o.o. była kompletna, zaś oferty N.1 sp. z o.o. oraz N.2 zawierały następujące braki formalne: do oferty N.1 sp. z o.o. nie dołączono aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z podatkami, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, zaś do oferty N.2 nie załączono aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający wezwał N.1 sp. z o.o. i N.2 do złożenia brakujących dokumentów. Obydwaj przedsiębiorcy uzupełnili swoje oferty przesyłając zaświadczenia, przy czym jedynie N.2 przesłał zaświadczenie spełniające warunek aktualności. N.1 sp. z o.o. przy piśmie z dnia 16 listopada 2012 r. przesłała zaświadczenie wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r. przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego [...] i stwierdzające stan na dzień 30 maja 2012 r. mimo tego, że N.1 sp. z o.o. dysponowała zaświadczeniem Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego [...] o niezaleganiu w podatkach wydany w dniu 31 sierpnia 2012 r. i stwierdzającym stan na dzień 29 sierpnia 2012 r. Zaświadczenie wystawione w dniu 5 czerwca 2012 r. nie spełniało wymogu aktualności w omawianym postępowaniu przetargowym, gdyż zaświadczenie nie mogło być wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed dniem 30 października 2012 r. Mając powyższe na uwadze zamawiający odrzucił ofertę N.1 sp. z o.o. i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Handlowego N.2. W dniu 7 grudnia 2012 r., po zakończeniu przetargu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, M. C. przesłał T. Ś., pracownikowi I. sp. z o.o. zatrudnionemu na stanowisku Kierownika Zespołu Sprzedaży – Sektor Publiczny, wiadomość e-mail, w której poinformował o zwrocie N.1 sp. z o.o. przez UM[...] wadium oraz zapytał o procedurę „cofania” zaliczki. W odpowiedzi T. Ś. wskazał, że N.1 sp. z o.o. zwraca pieniądze

I. sp. z o.o. oraz wystawia fakturę korygującą do faktury zaliczkowej. W dniu 11 grudnia 2012 r. między N.2 a zamawiającym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy, N.2 w dniu 13 grudnia 2012 r. wystąpił do zamawiającego z propozycją pozostawienia całego sprzętu komputerowego w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum danych I. sp. z o.o. (I. sp. z o.o. wygrała wcześniejszy przetarg na kolokację serwerów przeprowadzony przez UM[...] w 2009 r.). Zamawiający zaakceptował tę propozycję. UM[...] zwrócił N.1 sp. z o.o. i I. sp. z o.o. wniesione wadium. W dniu 17 grudnia 2012 r. z rachunku bankowego N.1 sp. z o.o. na rachunek bankowy I. sp. z o.o. został zrealizowany „zwrotny” przelew kwoty. W tytule przelewu wskazano, że jest to zwrot zaliczki dotyczącej faktury zaliczkowej [...] (usługa wytworzenia zintegrowanego systemu CMS).

W dniu 2 lipca 2015 r. na stronie internetowej Urzędu [...] („UM[...])” zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu pn. „Usługa kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UM[...]”. Wartość szacunkową zamówienia netto (bez podatku VAT) zamawiający określił na 1 979 674,00 zł. Zamówione usługi miały być wykonywane przez 36 miesięcy. Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: (1) cena z wagą 90%, (2) liczba, krajowych punktów wymiany ruchu, do których podłączona będzie serwerownia z wagą 5% oraz (3) liczba operatorów klasy TIER I/TIERII z pełną tablicą BGP z wagą 5%. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 40 000 zł. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2015 r. i był dwukrotnie zmieniany: ogłoszeniem UM[...] z dnia 7 Sierpnia 2015 r. został wyznaczony na dzień 19 sierpnia 2015 r., zaś ogłoszeniem z dnia 18 sierpnia 2015 r. na dzień 25 sierpnia 2015 r. W dniu 3 lipca 2015 r. T. Ś., zatrudniony na stanowisku kierownika zespołu sprzedaży – sektor publiczny w I. sp. z o.o., przekazał swojemu przełożonemu K. N. pocztą elektroniczną informację, że UM[...] zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. W odpowiedzi K. N. stwierdził, że cyt. „(...) będziemy musieli do tego przysiąc i wymysleć patent” oraz, że po opublikowaniu przez UM[...] pełnej specyfikacji zamówienia T. Ś. ma dać cynk bo trza będzie ta lekturę przeczytać i podrapać się po głowie jaki zastosować manewr aby nie stracić klienta a jeszcze na tym dobrze zarobić”. W dniu 5 sierpnia 2015 r. od godziny 07:42 T. Ś. („TŚ”) przeprowadził z M. C. („MC”) wymianę wiadomości SMS o następującej treści:

TŚ: „Potrzebuję złożyć ofertę do UM[...] tak jak 3 lata temu.”

MC: „Wadium?”

TŚ: „40k”

MC: „A termin składania ofert?”

TŚ: „14 sierpień”

MC: „Ok. Skontaktuj się z N., ma prokurę, Ja mu dam znać, że się z nim skontaktujesz i uzgodnisz wszystkie szczegóły.”

O godzinie 07:55 M. C. przesłał M. N. (N.1 sp. o.o.) SMS o treści: „T. Ś. z I. się z Tobą skontaktuje w sprawie oferty do UM[...]. Wyjaśni wszystko telefonicznie/mailowo.”. M. N. odpowiedział: „czekam w takim razie na kontakt”. O godzinie 09:59 M. N. przesłał T. Ś. e-mail, w którym wskazał, że N.1 sp. z o.o. chce wystartować w przetargu na „Usługę kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UM[...]” i w związku z tym prosi o wycenę przedmiotu zamówienia. W treści e-maila podano link do strony internetowej, na której znajduje się ogłoszenie o zamówieniu wraz z załącznikami. W odpowiedzi T. Ś. napisał: „Dziękuję za zapytanie – przygotujemy stosowną ofertę” (e-mail z 5 sierpnia 2017 r., godz. 11:11). W dniu 10 sierpnia T. Ś. poprosił M. N. w e-mailu o „przesłanie papieru firmowego”. W odpowiedzi M. N. przesłał T. Ś. e-mail z załączonym plikiem „[...]docx.”. W lewym górnym rogu tego dokumentu znajdował się logotyp N.1 sp. z o.o., zaś u dołu dane teleadresowe N.1 sp. z o.o. oraz nr KRS, NIP i REGON. W dniu 13 sierpnia 2015 r. I. sp. z o.o. sporządziła oferty cenowe dla N.1 sp. z o.o. i N.2 za wykonanie usługi zamawianej przez UM[...]. Były to oferta [...] dla N.1 sp. z o.o. z dnia 13 sierpnia 2015 r. i oferta [...] dla N.2 z dnia 13 sierpnia 2015 r. W dniu 13 sierpnia 2015 r. T. Ś. przesłał M. N. wiadomość e-mail o treści „Witam w załączeniu przesyłam ofertę na kolokację UM[...]”. Do wiadomości został dołączony plik w formacie PDF o nazwie „[...]”. Plik stanowi oznaczoną datą 13 sierpnia 2015 r. ofertę cenową [...] od I. sp. z o.o. dla N.1 sp. z o.o. na kolokację i serwis pogwarancyjny dla UM[...]. Tego samego dnia T. Ś. przesłał M. N. e-mail o tytule „N.1”. Wiadomość nie zawierała żadnej treści, był do niej załączony jedynie plik – archiwum ZIP – o nazwie „N.1”, który zawierał łącznie cztery pliki: trzy dokumenty Microsoft Word o nazwach „koperta”, „oferta-UM[...]N.1” i „siwz” oraz jeden plik tekstowy w formacie txt o nazwie „instrukcja”. W dniu 18 sierpnia 2015 r. T. Ś. przesłał

M. N. e-mail o treści „Witaj Trzeba to jeszcze dorzucić do oferty” zawierający w załączniku plik Microsoft Word o nazwie „[...]docx”. Dokument stanowił oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy, tj. I. sp. z o.o. W górnej części dokumentu znajdował się znak firmowy N.2, pełna firma tego przedsiębiorcy wraz adresem firmy, danymi kontaktowymi (nr telefonu, faksu, adres e-mail, adres strony internetowej), NIP, REGON oraz nr rachunku bankowego N.2. U dołu znajdowały się logotypy firm, których N.2 była partnerem (dystrybutorem). Treść oświadczenia została zatem zamieszczona na papierze firmowym N.2. W miejscu, w którym należało wpisać miejscowość (miejsce) i datę złożenia oświadczenia wpisano „K., dnia 17.08.2015 r.”, Oświadczenie, jakie zostało załączone do oferty N.1 sp. z o.o. złożonej zamawiającemu, różniło się od ww. pliku tym, że został zmieniony papier firmowy N.2 na N.1 sp. z o.o., natomiast nie zostały zmienione data oraz miejscowość. W dniu 25 sierpnia 2015 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 035 500 zł. W postępowaniu złożono dwie oferty, które zawierały następujące ceny brutto:

- 1) 1 323 972,00 zł – N.2;
- 2) 1 580 796,00 zł – N.1 sp. z o.o.

I. sp. z o.o. nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym jako bezpośredni wykonawca, lecz użyczyła zasobów N.1 sp. z o.o. i N.2 oraz została wskazana w ich ofertach jako kompleksowy podwykonawca. Oferta N.2 zawierała braki formalne – do oferty nie dołączono zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalegał z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2015 r. wezwał N.2 do złożenia aktualnego zaświadczenia ZUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, a także złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, gdyż jego oferta była o 30% niższa od określonej przez zamawiającego wartości zamówienia brutto (2 035 500 zł). Ponadto, zamawiający wezwał N.2 oraz N.1 sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonych do ich ofert referencji wystawionych I. sp. z o.o.

przez Spółkę B. S.A. mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w przetargu. Pismem z dnia 1 września 2015 r. N.2 uzupełnił ofertę o prawidłowe zaświadczenie, ale jednocześnie poinformował, że po otrzymaniu wezwania zamawiającego dokonał ponownej kalkulacji ceny. Ponowne obliczenia wykazały, że w pierwotnej kalkulacji został popełniony błąd skutkujący tym, że cena została omyłkowo zaniżona i nie gwarantuje prawidłowego wykonania umowy. W związku z powyższym oferta N.2 została odrzucona, a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta N.1 sp. z o.o. W dniach 14 i 15 października 2015 r., już po odrzuceniu przez zamawiającego oferty N.2, M. C. prowadził korespondencję e-mail z przedstawicielami I. sp. z o.o. (T. Ś. i K. N.) dotyczącą wysokości wynagrodzenia (prowizji) N.1 sp. z o.o. od I. sp. z o.o. M. C., niezadowolony z propozycji finansowych I. sp. z o.o., podnosił m.in., że: „Bufor pomiędzy dwoma ofertami [ofertą N.1 i N.2] był na ponad 250 tysięcy. Temat byście wzięli w każdym z przypadków bo byliście zapewne podwykonawcą tu i tu”, „K. [K. N.], wszystko prawda. Jak również to, że macie +250tys względem innej firmy.” i „w przypadku % [prowizja od I. dla N.1] nadal masz więcej do dyspozycji niż w przypadku nie brania udziału przez nas”. Przedstawiciele I. sp. z o.o. podkreślali, że zamówienie będzie w całości realizowane przez I. sp. z o.o.:

TŚ: „[O N.1] W tym temacie nie robicie dokładnie nic. Nie ponosicie żadnych kosztów. Jedyne koszty to wadium, za które odsetki Wam zapłacimy.”

MC: „Panowie, za (tajemnica przedsiębiorstwa) zł nie wyrażałbym nawet zgody na składanie papierów na taką wartość. Przysługa przysługą, ale jakieś koszty obsługi mam”

TŚ: „Napisz mi proszę jakie będziesz miał koszty obsługi? Jeżeli kosztem obsługi jest wystawienie FV i wysłanie jej pocztą no to gratuluję”

KN: „Ile chcesz za to fakturowanie”

MC: „(...) przyjęta stawka to %”

KN: „Za fakturę? Hehe. K.. Ja mogę dać ci % i uważam że to uczciwa propozycja masz (...) zł za nic mc. (...) 3 lata inna firma dostawała 300 zł m-c i się cieszyła M.. Masz obrót przepływ kasy i referencje plus za nic %”

MC: „Proponowana stawka jest standardem. Za odpowiedzialność, za kwotę i wszystko inne”

KN: „M. jedyne co masz robić to wystawiać fakturę i robić przelew ile to kosztuje? 20 zł mc? (...) Nie masz żadnych kosztów poza przefaktuowaniem.”

TŚ: „Generalnie jest to prośba aby nam [I.] pomóc w temacie a nie czerpać z niego korzyści”,

TŚ: „(...) myślałem o Tobie [M. C.], że jesteś facetem, któremu jak przyniosę temat to się ucieszy i pomoże koledze po fachu”,

MC: „Pomóc pomogłem, zgłosiłeś się, złożyłem, nie robiłem żadnych fochów (...)”

W kolejnych dniach M. C. kontaktował się z P. sp. z o.o. z propozycją powierzenia tej spółce podwykonawstwa. Do zmiany podwykonawcy jednak nie doszło. W dniu 22 października 2015 r. między N.1 sp. z o.o. a UM[...] została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy N.1 sp. z o.o. poinformowała zamawiającego, że sprzęt komputerowy pozostanie w dotychczasowej lokalizacji, tj. centrum danych I. sp. z o.o. w Ż.. Zamawiający zwrócił N.2 wniesione wadium.

W związku z ustaleniami dokonanymi w postępowaniu wyjaśniającym Prezes UOKiK w dniu 5 stycznia 2017 r. postanowieniem Nr [...] wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia zawarcia przez I. sp. z o.o. z siedzibą w Ż., N.1 sp. z o.o. z siedzibą w Ł. i N. sp. z o.o. z siedzibą w K. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę, co mogło stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Pismem z dnia 8 lutego 2017 r. I. sp. z o.o. stanowczo zaprzeczyła, aby podejmowała jakiegokolwiek działania, których celem lub skutkiem miałyby być ograniczenie konkurencji poprzez zawarcie niezgodnych z prawem porozumień. I. sp. z o.o. wyjaśniła, że we wszystkich trzech postępowaniach przetargowych wskazanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego złożyła oferty podwykonawstwa „N.1” sp. z o.o. w likwidacji i N.2 (którego następcą prawnym pozostaje N. sp. z o.o. z siedzibą w K.), jednak współpraca miała charakter oddzielny i niezależny. Przedsiębiorca przedstawił również wyjaśnienia odnośnie

poszczególnych postępowań przetargowych. Pismem z dnia 3 lutego 2017 r. „N.1” sp. z o.o. w likwidacji oświadczyła, że nigdy nie zawierała żadnych porozumień ograniczających konkurencję ani nie działała w celu zawarcia takich porozumień. „N.1” sp. z o.o. w likwidacji wyjaśniła, że od 2009 r. współpracuje z I. sp. z o.o., z którą wielokrotnie występowała w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w formie konsorcjum lub działając jako wzajemni podwykonawcy. „N.1” sp. z o.o. w likwidacji wskazała, że nigdy nie miała żadnych kontaktów z N.2 (obecnie N. sp. z o.o. z siedzibą w K.). Odnośnie składania nieaktualnych zaświadczeń z ZUS i US „N.1” sp. z o.o. w likwidacji wskazała, że nie było to niezgodne z prawem i że uczestnicząc w przetargach zabezpieczała się niekiedy w ten sposób, aby w przypadku gdy wygrana przestawała być w interesie spółki, móc wycofać się bez konsekwencji. Była to praktyka zupełnie niezależna od jakiegokolwiek współpracy podwykonawczej i nigdy nie była dokonywana w zмовie z żadną inną firmą. Pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. N. sp. z o.o. stwierdziła, że podejrzenie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję było całkowicie niezasadne i pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych. N. sp. z o.o., zakwestionowała prawidłowość wyciągnięcia z pojedynczych zdarzeń z okresu 3 lat wniosków o możliwości stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert. Zdaniem N. sp. z o.o. dla formułowania takich wniosków konieczne było podejmowanie działań przez domniemanych zamawiających się w krótkich okresach czasu i w sposób powtarzalny, tak żeby wyeliminować przypadek. N. sp. z o.o. oświadczyła, że nigdy nie prowadziła współpracy z „N.1” sp. z o.o. w likwidacji, która była dla niej konkurencją, natomiast z I. sp. z o.o. czasem współpracowała w zakresie wymiany zasobów lub zakupu sprzętu na zasadzie podwykonawstwa lub udostępnienia zasobów.

W pismach z dnia 26 lutego 2018 r. Prezes UOKiK przedstawił stronom postępowania szczegółowe uzasadnienie zarzutów. Pismami z dnia 28 lutego 2018 r. Prezes UOKiK wezwał przedsiębiorców do przedłożenia informacji o wysokości obrotu osiągniętego w poprzednim roku obrotowym. Przedsiębiorcy przekazali informacje o obrocie uzyskanym w 2017 r. W przypadku „N.1” sp. z o.o. w likwidacji dodatkowo pozyskano dane o obrocie uzyskanym w latach 2015 i 2016. Pismem z dnia 15 marca 2018 r. I. sp. z o.o. ponownie zaprzeczyła, żeby doszło do zawarcia

porozumienia ograniczającego konkurencję. I. sp. z o.o. wskazała, że przedmiotowe postępowanie antymonopolowe miało w istocie charakter poszlakowy. Zarzut zawarcia zmowy przetargowej wymagał wykazania w sposób niebudzący wątpliwości, co – w ocenie I. sp. z o.o. – w przedmiotowej sprawie nie zostało spełnione, a w materiale dowodowym zgromadzonym przez Prezesa UOKiK brak było dowodów pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zawarcia zabronionego porozumienia. I. sp. z o.o. wyraziła wątpliwość, czy rynek właściwy, na którym miało dojść do zarzucanych naruszeń, został prawidłowo zdefiniowany. Zakwestionowała również kwalifikację zarzucanych porozumień jako jednego, ciągłego naruszenia. Pismem z dnia 9 marca 2018 r. N. sp. z o.o. podtrzymała swoje stanowisko w sprawie. Odnośnie kwestii nieprzedłużenia przez N. sp. z o.o. ważności oferty w przetargu przeprowadzonym przez C. wskazała, że jej oferta zajęła dopiero czwarte miejsce w klasyfikacji ofert i realnie nie miała żadnych szans na wygranę przetargu. Kwota wadium w wysokości 17 500 zł była zaś dla N. sp. z o.o. bardzo wysoka i brak było jakiegokolwiek uzasadnienia, aby te pieniądze były zamrożone przez dodatkowe 60 dni. Odnośnie przetargu przeprowadzonego przez UM[...] w 2015 r. N. sp. z o.o. powtórzyła, że jej oferta została odrzucona tylko z tego powodu, że zamawiający niezasadnie stwierdził, iż zawierała rażąco niską cenę, której N.2 nie był w stanie udokumentować. W tej sprawie N.2 zwracał się do swojego podwykonawcy (I. sp. z o.o.) o udostępnienie kalkulacji ceny, jednakże I. sp. z o.o. odmówiła. „N.1” sp. z o.o. w likwidacji nie przedstawiła końcowego stanowiska w sprawie. Pismami z 17 maja 2018 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz możliwości zapoznania się z aktami sprawy. W dniu 30 maja 2018 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną decyzję nr [...].

Sąd I instancji zwrócił uwagę, że zażalenie złożone przez „N.1” sp. z o.o. w likwidacji na czynności przeszukania zostało prawomocnie odrzucone. Postanowienie w powyższym przedmiocie z dnia 19 sierpnia 2016 r. w sprawie o sygn. akta XVII Amz 43/16 stało się prawomocne z dniem 6 września 2016 r. W przekonaniu I. sp. z o.o. skopiowanie całych skrzynek poczty e-mail, które następnie zostały wyniesione poza siedzibę przedsiębiorcy, a ich zawartość była później przeglądana przez pracowników UOKiK poza siedzibą przeszukiwanego przedsiębiorcy i bez jego obecności, stanowiło naruszenie praw przeszukiwanego.

Sąd Okręgowy uznał jednak, że do czasu uprawomocnienia się postanowienia z dnia 19 sierpnia 2016 r., kopie dysków sporządzone w toku przeszukania „N.1” sp. z o.o. w likwidacji pozostawały zamknięte w kopercie i nie były analizowane przez pracowników UOKiK. Sąd I instancji uznał zatem, że w świetle uzasadnienia postanowienia SOKiK w sprawie XVII Amz 15/17 doszło jedynie do dopuszczalnego zabezpieczenia dowodów. Sąd Okręgowy podał również, że dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia SOKiK z dnia 19 sierpnia 2016 r. o odrzuceniu zażalenia „N.1” sp. z o.o. w likwidacji podjęto czynności przeszukania dysków w siedzibie UOKiK bez udziału „N.1” sp. z o.o. w likwidacji i od tej chwili prawa „N.1” sp. z o.o. w likwidacji nie mogły już zostać zrealizowane, albowiem „N.1” sp. z o.o. w likwidacji nie skorzystała skutecznie ze środka w postaci zażalenia na czynności przeszukania. Tym samym, zdaniem Sądu I instancji, nie było żadnych podstaw do wykluczenia któregośkolwiek z dowodów zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu administracyjnym.

Zdaniem Sądu Okręgowego obszerna korespondencja e-mail zgromadzona w aktach postępowania administracyjnego wskazywała jednoznacznie, że zarówno celem, jak i skutkiem przedmiotowej praktyki, było ograniczenie konkurencji w latach 2012-2015. I., „N.1” i N. wzięli udział w trzech przetargach na usługi hostingu i kolokacji serwerów, w których składali samodzielne oferty (przetarg na dzierżawę i kolokację serwerów dedykowanych przeprowadzony przez C. w 2012 r., przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzony przez Urząd Marszałkowski [...] w 2012 r., przetarg na kolokację serwerów i serwis pogwarancyjny przeprowadzony przez UM[...] w 2015 r. „N.1” sp. z o.o. w likwidacji i N.2 nie kwestionowali, że uczestniczyli w każdym z tych przetargów jako wykonawcy bezpośrednio ubiegający się o uzyskanie zamówienia, zaś I. sp. z o.o. w każdym przypadku pełniła rolę kompleksowego podwykonawcy dla tych przedsiębiorców. Ponadto, w przetargu przeprowadzonym przez UM[...] w 2012 r. I. sp. z o.o. wystąpiła w podwójnej roli, tj. podwykonawcy wskazanego w ofertach „N.1” sp. z o.o. w likwidacji i N.2 oraz wykonawcy, który złożył zamawiającemu własną ofertę. Niesporne było również, że I. sp. z o.o. jako jedyna dysponowała infrastrukturą – centrum danych zlokalizowanym w Ż. przy ulicy [...]. W ocenie Sądu Okręgowego niezasadnie wywodzili powodowie, że dowodem porzucenia praktyki z 2012 r. był

fakt, że kolejny przetarg miał miejsce dopiero w 2015 r. W tym okresie miała miejsce, w ocenie Sądu I instancji, określona koordynacja zachowań. Model działania powodów był powtarzalny i skuteczny. Wobec ustalonych działań, w tym wynikających z treści konwersacji zawartej w wiadomościach e-mail oraz sms, zdaniem Sądu I instancji nie było woli zaprzestania tej praktyki, skoro działała i przynosiła wszystkim stronom korzyści. Według Sądu można jedynie przypuszczać, że symptomy porzucenia tej praktyki mogły pojawić się w 2015 r., po trzecim przetargu, kiedy I. sp. z o.o. i „N.1” sp. z o.o. w likwidacji nie mogły dojść do porozumienia co do wysokości prowizji spółki „N.1”. Dopiero takie zachowanie uczestników porozumienia mogłoby świadczyć o tym, że porozumienie nie będzie już kontynuowane, chociaż ostatecznie do zmiany podwykonawcy jednak nie doszło. Z tego względu za uzasadnione Sąd Okręgowy uznał przyjęcie, że porozumienie nadal trwało również po 2012 r. do końca 2015 r. i że cel tego porozumienia nadal był objęty wolą stron, jak również, że strony były zainteresowane wieloletnią współpracą.

Sąd I instancji wskazał, że brak bezpośredniej korespondencji pomiędzy spółkami „N.1” sp. z o.o. w likwidacji i N. sp. z o.o. nie niweczył wniosków o zwanie wszystkich powodów, tj. włącznie ze spółką N. sp. z o.o. (kontynuacja działalności N.2). Nie było też, w ocenie Sądu Okręgowego, konieczności wykazywania bezpośrednich ustaleń pomiędzy tymi dwiema spółkami. Bezpośrednim wykonawcą umów był i tak zawsze I. sp. z o.o., kwestią było tylko to, któremu z przedsiębiorców, N.1 sp. z o.o. czy N.2, uda się wygrać przetarg. Z treści konwersacji prowadzonej drogą elektroniczną jak również w formie wiadomości sms, znajdującej się w aktach postępowania administracyjnego Sąd Okręgowy wywnioskował, że I. sp. z o.o. była liderem przedmiotowej zmywy przetargowej, koordynującym działania pozostałych powodów. Określała również szczegółowe wytyczne co do składania dokumentów niezbędnych do złożenia ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy zasadne było przyjęcie, że istniała pomiędzy powodami zмова, która prowadziła do podwyższania cen po jakich udzielone były zamówienia na usługi hostingu i kolokacji serwerów. Kompletną ofertą powodów była zawsze oferta prezentująca najwyższą cenę. Ewidentnie wynikało również porozumienie co do uzupełniania lub nieuzupełniania

ofert, w zależności od sytuacji po ich otwarciu, tj. zajmowanego miejsca pośród innych ofert.

Po ogłoszeniu przetargu przeprowadzonym przez C. w 2012 r., w drodze korespondencji e-mail przedstawiciel I. sp. z o.o. zwrócił się do N.1 sp. z o.o. o przesłanie do C. oferty, z zaznaczeniem jednak, że zaświadczenie z US ma być „nieaktualne”. Po otwarciu ofert, gdy okazało się jednak, że oferta N.1 sp. z o.o. jest na pierwszym miejscu, a oferta N.2 dopiero na czwartym, przedstawiciel I. sp. z o.o. zwrócił się do przedstawiciela N.1 sp. z o.o. o uzupełnienie prawidłowo zaświadczenia z ZUS, czy US, gdyż nie pamiętał „co było za stare”. Oferta N.1 sp. z o.o. została uzupełniona prawidłowo i w ten sposób została wybrana jako najkorzystniejsza. Sąd I instancji zwrócił uwagę, że oferta N.2 była kompletna, jednak nie mogła wygrać tego przetargu, gdyż była przedzielona dwiema ofertami obcymi. Powyższe ewidentnie dowodziło faktu, że powodowie w sposób świadomy i zamierzony, uczestnicząc w tym przetargu bądź współpracując przy składaniu oferty, kompletowali oferty w taki sposób, aby uzupełnić ofertę zawierającą niższą cenę jedynie w sytuacji, gdy będzie to konieczne. Na powyższe wskazywała również okoliczność braku zgody N.2 na przedłużenie związania ofertą i wnioskiem o zwrot wadium w sytuacji, gdy okazało się, że N.2 znajduje się dopiero na czwartym miejscu. Taki mechanizm działania został zastosowany w przetargu z września 2012 r. ogłoszonym przez UM[...], gdzie jedynym kryterium była najniższa cena. Po otwarciu ofert pierwsze i drugie miejsce zajęli odpowiednio powodowie N.1 sp. z o.o. i N.2, zaś czwarte – I. sp. z o.o. W tym przetargu również jedynie oferta I. sp. z o.o., oferującej najwyższą cenę, była kompletna. Po wezwaniu do uzupełniania braków, N.1 sp. z o.o. nadesłała zaświadczenie z US z dnia 5 czerwca 2012 r., niespełniające wymogu aktualności, mimo że posiadała zaświadczenie z dnia 31 sierpnia 2012 r. stwierdzające stan na dzień 29 sierpnia 2012 r. N.2 nadesłał zaświadczenie, które spełniało wymóg aktualności. W tej sytuacji, co oczywiste, zamawiający odrzucił ofertę N.1 sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty N.2 oferującego wyższą cenę. Do wyboru oferty zawierającej najwyższą cenę nie doszło, bowiem oferta I. sp. z o.o., mimo że kompletna od początku, poprzedzona była obcą ofertą.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na dokonanie w dniu 24 października 2012 r. przelewu kwoty odpowiadającej wartości wadium z rachunku bankowego I. sp. z o.o.

na rachunek bankowy N.1 sp. z o.o., celem dokonania wpłaty wadium (wystawiono również fakturę proforma) oraz towarzyszącej temu korespondencji e-mail pomiędzy przedstawicielami obu spółek, co do „wycofania zaliczki”. Kwota ta została zwrócona I. sp. z o.o., po zwrocie kwoty wadium na rzecz N.1 sp. z o.o. przez zamawiającego.

Powyższe okoliczności potwierdzały zdaniem Sądu Okręgowego spójność działań świadczących o porozumieniu powodów co do wycofywania konkretnej oferty, w zależności od zajętego miejsca pośród innych ofert, tak aby doprowadzić do wyboru jednej z ofert powodów. Sąd Okręgowy uznał, że tożsamy mechanizm został zastosowany w przetargu ogłoszonym przez UM[...] w 2015 r. Na powyższe wskazywała już sama reakcja I. sp. z o.o. na ogłoszenie powyższego przetargu. O zamiarze zastosowania tych samych działań świadczyło stwierdzenie co do zastanowienia się „jaki zastosować manewr” oraz treść konwersacji pomiędzy pracownikiem I. sp. z o.o., a przedstawicielem N.1 sp. z o.o., co do potrzeby złożenia oferty do UW[...] „jak trzy lata temu” oraz potrzeby skontaktowania się z przedstawicielem spółki N.1. W postępowaniu tym złożono dwie oferty, które po otwarciu ofert zajęły następujące miejsca: pierwsze – N.2, drugie – N.1 sp. z o.o. I. sp. z o.o. była wskazywana w nich jako bezpośredni wykonawca. Oferta N.2 (zawierająca najniższą cenę) była również niekompletna, gdyż nie dołączono zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS. W tym przypadku zamawiający wezwał także do wyjaśnień związanych ze wskazaną ceną, która była niższa o 30% od określonej przez zamawiającego wartości zamówienia brutto. W tej sytuacji N.2 złożyła wymagane zaświadczenie ZUS, jednak w odniesieniu do ceny wskazała, że została omyłkowo zaniżona. Konsekwencją powyższego było wybranie oferty N.1 sp. z o.o. Powyższe świadczyło, w ocenie Sądu I instancji, o celowym i powtarzalnym działaniu powodów. Podanie ceny o 30% niższej od wartości ceny wskazanej przez zamawiającego świadczyło o tym, że wykonanie zamówienia za wskazaną cenę było nawet w ocenie samego zamawiającego nierealne oraz wskazywało zdaniem Sądu na ewidentne dążenie powodów do ograniczenia konkurencji na rynku. O powtarzalności działania powodów świadczyła również treść korespondencji e-mail, w której przedstawiciel I. sp. z o.o. wykazywał niezrozumienie dla wysokości żądanej przez N.1 sp. z o.o. prowizji. Za niesporną Sąd I instancji uznał przy tym okoliczność,

że w poprzednim przetargu ogłoszonym przez UM[...] w 2012 r. I. sp. z o.o. była podwykonawcą N.2.

Sąd Okręgowy zważył, iż powodowie dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

W konsekwencji Sąd I instancji uznał, że powodowie podlegali karze, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Sąd Okręgowy nie dopatrzył się żadnych nieprawidłowości w odniesieniu do zarzutów dotyczących wymiaru kary i naruszenia art. 111 u.o.k.k., wskazując, iż pozwany uwzględnił wszelkie dyrektywy jej wymiaru, dając temu wyraz w uzasadnieniu decyzji. Przy jej ustalaniu pozwany w sposób prawidłowy wziął pod uwagę wskazane w tym przepisie wytyczne, umożliwiające ustalenie wysokości kary z uwzględnieniem okresu naruszenia przepisów ustawy, stopnia naruszenia przepisów ustawy oraz uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Sąd Okręgowy ocenił, że I. sp. z o.o. działała z powziętym z góry zamiarem polegającym na pozyskiwaniu zamówień publicznych przez składanie ofert zamawiającym za pośrednictwem współpracujących przedsiębiorców. Sąd I instancji wskazał, że I. sp. z o.o. działała umyślnie, w sposób zamierzony, powtarzalny i przemyślany oraz uwzględnił jej wiodącą rolę i okres trzech lat trwania naruszenia. W ocenie Sądu I instancji pozwany dokonał również prawidłowej relatywizacji kary z uwzględnieniem stosunku wysokości przychodów do wysokości przychodu osiągniętego przez I. sp. z o.o. w związku ze świadczeniem usług kolokacji i hostingu oraz skali korzyści, jakie spółka mogła odnieść i jakie odniosła w związku z udziałem w porozumieniu. Działania powódki były sprzeczne z przepisami prawa, prowadziły do negatywnych skutków związanych z naruszeniem prawa konkurencji, ograniczenia dokonania wyboru innego konkurenta, gdyż UM[...] dwukrotnie wybrał

ofertę niebędącą najkorzystniejszą cenowo w świetle pierwotnego rozstrzygnięcia przetargów. Brak było zatem, w ocenie Sądu I instancji, podstaw do przyjęcia, że nałożona przez pozwanego kara była nieproporcjonalnie wysoka. Strona powodowa nie wykazała w żaden sposób, aby zachodziły jakiekolwiek przesłanki skutkujące obniżeniem nałożonej przez pozwanego kary pieniężnej oraz zachwianiem jej płynności finansowej.

Zdaniem Sądu I instancji nieuzasadnione było twierdzenie „N.1” sp. z o.o. w likwidacji, że pozostawanie przez nią w stanie likwidacji nie uzasadniało nałożenia żadnej kary. N. sp. z o.o. zarzucała pozwanemu nieuwzględnienie okoliczności łagodzących, w tym brak karalności za jakiekolwiek naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych czy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz współdziałanie z Prezesem UOKiK. Sąd I instancji zaznaczył, że w myśl art. 111 u.o.k.k. pozwany był zobowiązany do uwzględnienia uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, gdyby takie wystąpiło. Powódka nie wykazała również, aby w sposób szczególny współpracowała z pozwanym, tj. aby przyczyniła się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, co mogłoby mieć realny wpływ na zmniejszenie wysokości nałożonej kary.

W konkluzji Sąd I instancji ocenił, że naruszenie będące przedmiotem niniejszej sprawy należało zakwalifikować do kategorii naruszeń bardzo poważnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasadnie pozwany dokonał stosownego uwzględnienia specyfiki rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, oraz skutków rynkowych naruszenia, jak również długotrwałego okresu naruszenia który trwał od połowy 2012 r. do końca 2015 r.

W ocenie Sądu Okręgowego kary nałożone na powodowe spółki są adekwatne do zakresu stwierdzonego naruszenia oraz na tyle odczuwalne dla powodów, aby spełniły swoje funkcje represyjną i zapobiegawczą sprawiając, że powodowie, jako podmioty ukarane będą stosowały się do obowiązującego porządku prawnego, a także wychowawczą, oddziałując zniechęcająco na innych przedsiębiorców do podejmowania działań niezgodnych z prawem.

Od powyższego rozstrzygnięcia apelację wniosła każda z powodowych spółek.

I. sp. z o.o. zaskarżyła wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez zmianę decyzji w całości i umorzenie postępowania administracyjnego, ewentualnie

poprzez zmianę punktu II.1 decyzji i dokonanie zmiany wysokości kary pieniężnej, ewentualnie uchylenie decyzji w całości oraz zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

N. sp. z o.o. zaskarżyła wyrok w części dotyczącej punktu 2 i 5, wnosząc o jego zmianę w zaskarżonej części poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że nie doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję, bądź uchylenie tej decyzji i umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego oraz o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obydwie instancje.

„N.1” sp. z o.o. w likwidacji zaskarżyła wyrok w części dotyczącej pkt. 3, 6 i 8, wnosząc o zmianę decyzji w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do stwierdzenia stosowania przez „N.1” sp. z o.o. w likwidacji praktyk ograniczających konkurencję przez zawarcie przez „N.1” sp. z o.o. w likwidacji porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów polegającego na uzgadnianiu przez powodów warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., ewentualnie zmianę decyzji w części, w szczególności w ten sposób, że w pkt. II. 2) decyzji zmienia się wysokość kary pieniężnej poprzez jej obniżenie przy uwzględnieniu sytuacji finansowej N.1 sp. z o.o. oraz faktu pozostawania skarżącej w procesie likwidacji albo uchylenie decyzji w całości i zasądzenie na rzecz „N.1” sp. z o.o. w likwidacji kosztów postępowania za obie instancje, w tym również kosztów reprezentacji spółki przez ustanowionego kuratora procesowego, według norm prawem przepisanych, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Wyrokiem z 23 lutego 2022 r. w sprawie VII AGa 8/21 Sąd Apelacyjny w Warszawie odrzucił apelację I. sp. z o.o. w części dotyczącej punktów 2, 3, 5, 6, 7 i 8 zaskarżonego wyroku (pkt 1) w pozostałym zakresie oddalił apelację I. sp. z o.o.

(pkt 2), oddalił apelację N. sp. z o.o. (pkt 3), oddalił apelację „N.1” sp. z o.o. w likwidacji (pkt 4); zasądził od każdego z powodów na rzecz pozwanego – Prezesa UOKiK kwoty po 540 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym (pkt 5), przyznał adwokatowi R. K. kwotę 295,20 zł w tym 23% podatku VAT tytułem wynagrodzenia kuratora procesowego „N.1” sp. z o.o. w likwidacji w postępowaniu apelacyjnym i nakazał wypłacenie tej kwoty ze Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Warszawie (pkt 6); odstąpił od obciążania „N.1” sp. z o.o. w likwidacji nieuiszczonymi kosztami sądowymi (pkt 7).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji podjął prawidłowe rozstrzygnięcie i należycie je uzasadnił. Sąd Apelacyjny uznał, że ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy były prawidłowe i przyjął je jako własne.

Sąd Apelacyjny wskazał, że przytoczenie w treści apelacji przez powodów odmiennej, własnej oceny, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez Sąd I instancji przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Tego w apelacjach powodów w żaden sposób nie wykazano. Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie popełnił błędu w ustaleniach faktycznych.

Według Sądu II instancji, Sąd Okręgowy ocenił zarzuty naruszenia procedury jako nieskuteczne i ponownie ocenił merytorycznie sprawę, według reguł kontradyktoryjnego postępowania cywilnego. Sąd I instancji nie jest bowiem sądem kontroli legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Ewentualne uchybienia w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, mogące wpłynąć na treść decyzji, są brane pod uwagę przez Sąd I instancji przy okazji ponownej merytorycznej oceny sprawy.

Sąd Apelacyjny zważył, że wbrew żądaniom apelujących nie sposób dokonać innej oceny niż dokonana przez organ i Sąd I instancji, że mamy do czynienia z kontynuacją jednolitej praktyki ograniczającej konkurencję, zaś działania przedsiębiorców w poszczególnych przetargach stanowią jej przejawy. I. sp. z o.o. powoływała się w tym zakresie na niespełnienie przesłanek koniecznych do ustalenia,

że porozumienie ma charakter ciągły, wynikających ze spraw połączonych T-204/08 iT-212/08 Team Relocations NV i in. przeciwko Komisji Europejskiej.

Sąd Apelacyjny wskazał, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika ogólny plan realizujący wspólny cel przedsiębiorców, ich przyczynianie się do jego realizacji oraz wiedza na temat noszących znamiona naruszenia zachowań pozostałych uczestników. Do przeciwnego wniosku nie prowadzi fakt uczestnictwa powodów w innych przetargach w 2013 r. ani korespondencja przedstawicieli spółek I. i „N.1” w dniach 14 i 15 października 2015 r., świadcząca o braku uzgodnienia jedynie prowizji, a nie innych elementów niezbędnych do ustalenia z umowy przetargowej. Zaistnienie w niniejszej sprawie umowy przetargowej wynikało z prezentowanych w zebranych w sprawie materiale zachowań przedsiębiorców, jakie wystąpiły w badanym okresie przy okazji uczestnictwa w kolejnych przetargach.

Sąd Apelacyjny zaznaczył, że zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazywał, że pomiędzy przedsiębiorcami istniało porozumienie w formie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b u.o.k.k. Taki wniosek wynikał przede wszystkim z dowodów uzyskanych w toku przeszukania u spółki N.1. Przedsiębiorcy dokonywali uzgodnień w bezpośrednich rozmowach telefonicznych i z wykorzystaniem komunikatora internetowego S., w korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną oraz w wiadomościach SMS, co też zostało przywołane w treści uzasadnienia Sądu I instancji i nie zostało w żaden sposób podważone przez powodów. Nie wykazano przy tym sprzeczności z logiką i doświadczeniem życiowym wywiedzionych wniosków i stwierdzonych na ich podstawie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sam fakt, iż w sprawie można z poszczególnych środków dowodowych wywieść inne wnioski, nie daje podstaw dla uznania za skuteczny zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów.

Sąd II instancji wskazał, że zgromadzona w aktach sprawy administracyjnej obszerna korespondencja e-mail wskazywała jednoznacznie, że działania N.2 polegające na wycofaniu oferty w przetargu przeprowadzonym przez Urząd Marszałkowski [...] w 2015 r. i braku wycofania oferty w przetargu przeprowadzonym przez Urząd Marszałkowski [...] w 2012 r., w zakresie ofert N.1 sp.

z o.o. i N.2 stanowiły element układu ofert umożliwiającego podwyższenie ceny zamówienia, przy zapewnieniu jego uzyskania przez innego uczestnika zмовы.

Punktem wyjścia dla wnioskowania Prezesa UOKiK zawartego w zaskarżonej decyzji o zawarciu zмовы była dostrzeżona prawidłowość dotycząca zachowań uczestników porozumienia we wszystkich przetargach na usługi hostingu i kolokacji serwerów, w których wzięli udział jako konkurenci (z niezależnymi ofertami). Polegała ona z jednej strony na wycofywaniu oferty albo doprowadzeniu do jej odrzucenia przez uczestnika porozumienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, w sytuacji gdy w klasyfikacji ofert bezpośrednio następne miejsce zajmowała oferta innego z uczestników porozumienia oraz, z drugiej strony, braku takich działań, jeżeli oferty uczestników porozumienia były przedzielone obcą ofertą, tj. ofertą przedsiębiorcy niebędącego uczestnikiem porozumienia. Kompletną ofertą powodów była zawsze oferta prezentująca najwyższą cenę. Powtarzalność takich zachowań, w przypadku braku wiarygodnego, zgodnego z prawem antymonopolowym ich wytłumaczenia, uzasadniało w ocenie Sądu Apelacyjnego stwierdzenie, że ich przyczyną było zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Pomimo znacznej rozbieżności w czasie poszczególnych przetargów, porozumienie pomiędzy powodami miało charakter ciągły i jednolity w szczególności z tych względów, że polegało na działaniach dotyczących usług o zbliżonym charakterze (należących do tego samego rynku właściwego), miało ten sam cel gospodarczy (wygranie przetargu i osiągnięcie jak najwyższych zysków) i antykonkurencyjny charakter w postaci uzgodnionego wpływania na wyniki przetargów i podwyższania cen zamawianych usług, oraz było realizowane przez dłuższy okres przez zwartą grupę przedsiębiorców.

Sąd Apelacyjny odnośnie wysokości kary wskazał, że zarówno Prezes UOKiK, jak i Sąd I instancji wyjaśnili przesłanki, które przemawiały za nałożeniem sankcji w wymiarze określonym w zaskarżonej decyzji. Ustalając wysokość kary podkreślono, że charakter naruszenia należało zakwalifikować jako bardzo poważny z tego względu, że zмова przetargowa stanowi bardzo szkodliwe porozumienie ograniczające konkurencję. Sąd Apelacyjny przyjął, że pozwany w sposób prawidłowy dokonał wymiaru kary, z uwzględnieniem pojęcia obrotu zdefiniowanego przez ustawodawcę w treści art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 u.o.k.k. oraz treści art. 5 u.o.k.k.

dotyczącego zasad przeliczenia kursu Euro. Oceniając wymiar kary SOKIK wziął pod uwagę wiodącą rolę I. sp. z o.o. oraz fakt dwukrotnego wyboru nie najkorzystniejszej cenowo oferty. Brak było przy tym przesłanek łagodzących, za które nie sposób uznać fakt pozostawania przez spółkę „N.1” w likwidacji, w żaden sposób nie wpływał on bowiem na charakter czynu i sposób działania tego przedsiębiorcy. Wysokość kary winna być również na tyle odczuwalna dla powodów, aby spełniła swoje funkcje: represyjną i zapobiegawczą, tak aby skutecznie zniechęcić do kolejnego naruszania obowiązującego prawa przedsiębiorców uczestniczących w zмовie, jak i zniechęcić innych przedsiębiorców do naruszania obowiązującego prawa.

Od powyższego rozstrzygnięcia skargę kasacyjną wniósł I. spółka z o.o. („Skarżący 1”) oraz „N.1” sp. z o.o. w likwidacji („Skarżący 2”).

Skarżący 1 zaskarżył ww. wyrok w części, tj. w zakresie pkt. 2 i 5.

Zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił:

1. rażące naruszenie prawa materialnego, tj.
  1. przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez błędną jego wykładnię skutkującą przyjęciem, że:
    1. w niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy powodami polegającego na uzgadnianiu warunków składania ofert przystępując do przetargu,
    2. porozumienie zawarte pomiędzy powodami miało charakter ciągły i jednolity w sytuacji, gdy przetargi będące przedmiotem niniejszego postępowania były organizowane w znacznych odstępach czasu i przez różne podmioty, a ich przedmiot nie był tożsamy, a co za tym idzie – porozumienia zawierane pomiędzy powodami (abstrahując od ich nielegalnego charakteru, któremu powód ad. 1 konsekwentnie i stanowczo zaprzecza) miały charakter jednostkowy, odrębny i zawierane były w konkretnych i indywidualnych przypadkach,
      1. przepisu art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące oszacowaniem i ustaleniem wysokości kary finansowej w sposób naruszający zasadę proporcjonalności i funkcję represyjną kary w konsekwencji przyjęcia,

że do zawarcia porozumienia pomiędzy powodami w ogóle doszło, a porozumienie to miało charakter ciągły,

2) rażące naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

2. przepisu art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c. w zw. z art. 105b § 1 pkt 2 u.o.k.k. i art. 105n u.o.k.k. w zw. z art. 105q u.o.k.k. polegającym na oparciu się przez Sąd II instancji na dowodach uzyskanych przez pozwanego w sposób nieuprawniony, a które to stanowiły podstawę zaskarżonego wyroku oraz wyroku wydanego przez Sąd I instancji;
3. przepisu art. 105m u.o.k.k. i art. 105p u.o.k.k. polegającym na przyjęciu, iż niezaskarżenie lub nieskuteczne zaskarżenie czynności przeszukania jest jednoznaczne z pozbawieniem się prawa merytorycznej kontroli tej czynności oraz możliwości powoływania się na uchybienia mające miejsce w trakcie czynności przeszukania na etapie postępowania sądowego.

W związku z powyższym Skarżący 1 wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2022 roku, sygn. akt VII AGa 8/21 w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji, ewentualnie także o uchylenie wyroku sądu I instancji, tj. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt XVII AmA 42/18 i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi, a także zasądzenie od pozwanego na rzecz Powoda 1 kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi pozwany wniósł o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej Powoda 1 do rozpoznania, ewentualnie jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od Powoda 1 na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym według norm przepisanych.

Skarżący 2 zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2022 r. w zakresie pkt 4 i 5 (w zakresie pkt. 5 w odniesieniu do powoda „N.1” sp. z o.o. w likwidacji).

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie oraz naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) naruszenie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 i 2 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie przez sąd zarzutów proceduralnych podniesionych przez Powoda 2 w odwołaniu od decyzji i apelacji i oparcie orzeczenia jedynie na analizie zebranych w sprawie dowodów, podczas gdy obowiązkiem Sądu było również rozpatrzenie zarzutów proceduralnych, a przy ich uwzględnieniu w niniejszej sprawie Sąd winien decyzję uchylić lub zmienić;

2) Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 105b ust. 1 pkt 2 i art. 105n ust. 1 w związku z art. 105q u.o.k.k. oraz art. 80a ust. 1 i 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej polegające na wykorzystaniu przez Sąd dowodów pozyskanych przez pozwanego w sposób nieuprawniony;

3) Naruszenie art. 105p u.o.k.k. w zw. z art. 105m. ust. 5 u.o.k.k. oraz w zw. z 382 k.p.c., oraz art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 386 §1 i 2 k.p.c. przez przyjęcie, iż brak rozstrzygnięcia sądu ochrony konkurencji i konsumentów na podstawie art. 105p u.o.k.k. w zw. z art. 105m ust. 5 u.o.k.k. stwierdzającego naruszenie przepisów przy przeszukaniu powoduje brak możliwości powoływania się przez powoda na przedmiotowe naruszenia w ramach odwołania od decyzji Prezesa UOKiK i w ramach złożonej apelacji;

4) Naruszenie art. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945) w związku z art. 93 u.o.k.k. obowiązującym do czasu wejścia w/w ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r., zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok, co w niniejszej sprawie winno znaleźć zastosowanie w stosunku do porozumień (które zdaniem „N.1” sp. z o.o. w likwidacji były zgodne z prawem) obejmujących postępowania przetargowe przeprowadzone w 2012 r., czego następstwem winno być umorzenie na podstawie art. 105 k.p.a. postępowania w zakresie zdarzeń z 2012 r.

5) Naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez uznanie, że w przedmiotowej sprawie doszło do porozumienia o charakterze ciągłym obejmującego okres 2012-2015.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Skarżący 2 wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w zakresie pkt. 4 i 5 (w zakresie pkt. 5 w odniesieniu do Powoda 2), i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania;

2. zasądzenie od pozwanego na rzecz Powoda 2 kosztów postępowania kasacyjnego przed Sądem Najwyższym, w tym kosztów zastępstwa procesowego, lub też ewentualnie o przyznanie pełnomocnikowi powoda od Skarbu Państwa wynagrodzenia z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu według norm przepisanych. Pełnomocnik skarżącego oświadczył, że przedmiotowa opłata nie została zapłacona w całości lub w części.

W odpowiedzi, pozwany wniósł o odmowę przyjęcia skargi do rozpoznania, ewentualnie o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Obie skargi kasacyjne podlegały oddaleniu, jako niezasadne.

1. Na wstępie należy przypomnieć, że Sąd Najwyższy rozpoznając skargę kasacyjną związany jest nie tylko granicami zaskarżenia ale także granicami podstaw (art. 398<sup>13</sup> k.p.c.). Jak zaznacza się w orzecnictwie Sądu Najwyższego oznacza to, że jeżeli skarżący w podstawach skargi kasacyjnej nie wskazał konkretnego przepisu prawa materialnego lub procesowego jako wadliwie zastosowanego lub niezastosowanego czy naruszonego w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik sprawy, Sąd Najwyższy nie może zaskarżonego wyroku poddać kontroli z punktu widzenia naruszeń innych przepisów niż wskazane w podstawach (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 12 stycznia 2017 r., I CSK 745/15; z 25 maja 2018 r., I CSK 455/17; z 24 lutego 2021 r., III USKP 33/21). Sąd Najwyższy może zatem skargę kasacyjną rozpoznawać tylko w ramach tych podstaw, na których ją oparto, odnosząc się

jedynie do przepisów, których naruszenie zarzucono (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2018 r., I UK 173/17).

2. W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów sformułowanych w pkt. 2 skargi kasacyjnej Skarżącego 1 oraz w pkt 2 i 3 skargi kasacyjnej Skarżącego 2 jako najdalej idących. Przede wszystkim wskazania wymaga, że zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego sformułowany w pkt. 2 skargi kasacyjnej Skarżącego 1, podobnie jak zarzut sformułowany w pkt. 2 i 3 skargi kasacyjnej Skarżącego 2, sprowadzają się w dużej mierze do kwestionowania poczynionych przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktycznych oraz dokonanej oceny dowodów.

Należy zatem podkreślić, że stosownie do art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.). Ze względu na tę regulację w orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, że zarzuty naruszenia art. 233 § 1 i 2 k.p.c. nie mogą być w ogóle podstawą skargi kasacyjnej (zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z 23 listopada 2005 r., III CSK 13/05; z 17 maja 2024 r., I CSK 1778/23; oraz wyroki: z 26 kwietnia 2006 r., V CSK 11/06; z 8 maja 2008 r., V CSK 579/07; z 16 listopada 2012 r., III CSK 73/12; z 14 lutego 2013 r., II CSK 292/12, z 23 czerwca 2016 r., V CSK 536/15; z 13 kwietnia 2017 r., I CSK 93/17).

Sąd Najwyższy wskazywał także, iż zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. w zasadzie nie może stanowić samodzielnego uzasadnienia podstawy kasacyjnej naruszenia prawa procesowego; przepis ten zawiera ogólną dyrektywę kompetencyjną, wyrażającą istotę postępowania apelacyjnego i dlatego konieczne jest wytknięcie przy konstruowaniu tego zarzutu także innych przepisów normujących postępowanie rozpoznawcze, które sąd drugiej instancji naruszył. Tymi innymi przepisami nie mogą być jednak przepisy dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów, a do takich zalicza się art. 233 § 1 k.p.c. (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 16 marca 2018 r., IV CSK 250/17; z 17 lipca 2019 r., I PK 68/18).

Związanie ustaleniami faktycznymi nie wyłącza jednak kontroli zgodności z prawem postępowania, w którym zostały one dokonane. Może to ostatecznie rzutować na prawidłowość ustaleń faktycznych w sprawie (zob. M. Manowska [w:] A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, *Kodeks*

*postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-477(16)*, LEX/el. 2022, art. 398(3). W orzecnictwie Sądu Najwyższego przyjęto za dopuszczalne podnoszenie zarzutów dotyczących naruszenia np. art. 227 bądź innych przepisów regulujących dopuszczalność dowodów i przebieg postępowania dowodowego (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 10 maja 2019 r., V CSK 508/18; z 31 stycznia 2019 r., V CSK 579/17; z 9 marca 2018 r., I CSK 747/16; z 9 marca 2016 r., II CSK 248/15 – co do naruszenia art. 232 zdanie drugie; z 5 września 2008 r., I CSK 41/08; z 14 maja 2008 r., II PK 322/07), art. 217 § 2 (uchylony 7 listopada 2019 r. – obecnie art. 205<sup>12</sup>; wyrok z 11 stycznia 2008 r., I PK 184/07), art. 232 (wyroki Sądu Najwyższego: z 9 marca 2006 r., I CSK 147/05; z 5 września 2008 r., I CSK 117/08; z 16 marca 2006 r., III CSK 17/06; z 9 października 2014 r., II PK 232/14; z 7 listopada 2008 r., II CSK 289/08).

Wreszcie judykatura przyjmuje, że przedmiotem zaskarżenia skargą kasacyjną jest orzeczenie sądu drugiej instancji, wobec czego zarzuty procesowe muszą dotyczyć uchybień procesowych tego sądu. Możliwość powoływania w ramach tych zarzutów naruszeń przepisów postępowania przed sądem pierwszej instancji uwarunkowana jest ich powiązaniem ze wskazaniem naruszenia odpowiedniego przepisu postępowania odwoławczego (np. art. 378 § 1 lub art. 382 k.p.c.; zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 4 października 2002 r., III CKN 584/99; wyroki Sądu Najwyższego: z 22 stycznia 2015 r., III CSK 153/14; z 11 lutego 2016 r., V CSK 344/15 i z 2 lutego 2018 r., II CSK 287/17).

3. Wobec powyższego, pomimo tego, że zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego sformułowane w pkt. 2 skargi kasacyjnej Skarżącego 1 oraz w pkt. 2 i 3 skargi kasacyjnej Skarżącego 2, dotyczą ustaleń faktycznych oraz dokonanej oceny dowodów, to jednak kontrola zgodności postępowania sądu z przywołanymi w tych zarzutach przepisami jest dopuszczalna, bowiem może to rzutować na prawidłowość ustaleń faktycznych w sprawie.

4. Skarżący 1 oraz Skarżący 2 (pkt 2 skargi kasacyjnej Skarżącego 1 oraz w pkt 2 i 3 skargi kasacyjnej Skarżącego 2), podnieśli zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, które sprowadzają się po pierwsze, do zakwestionowania oparcia się przez Sąd II instancji na dowodach, stanowiących podstawę zaskarżonego wyroku oraz wyroku wydanego przez Sąd I instancji, uzyskanych

przez pozwanego w sposób nieuprawniony (tj. z naruszeniem art. 105n, 105b ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. oraz art. 80a ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej), a po drugie, do zakwestionowania przyjęcia przez Sąd II instancji, że niezaskarżenie lub nieskuteczne zaskarżenie czynności przeszukania na podstawie art. 105m i 105p u.o.k.k. i brak rozstrzygnięcia sądu ochrony konkurencji i konsumentów na podstawie tych przepisów stwierdzającego naruszenie przepisów przy przeprowadzaniu przeszukania, powoduje brak możliwości powoływania się na uchybienia mające miejsce w trakcie czynności przeszukania na etapie postępowania sądowego w sprawie o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

5. Konstrukcja obydwu skarg kasacyjnych prowadzi do wniosku, iż w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia art. 105m i 105p u.o.k.k. (zarzut 2b skargi kasacyjnej Skarżącego 1 i zarzut 3 skargi kasacyjnej Skarżącego 2).

Zgodnie z art. 105p zd. pierwsze u.o.k.k. przeszukiwany oraz osoby, których prawa zostały naruszone w toku przeszukania, mogą wnieść zażalenie do sądu ochrony konkurencji i konsumentów na czynności przeszukania wykraczające poza zakres przedmiotowy przeszukania lub inne czynności przeszukania podjęte z naruszeniem przepisów, w terminie 7 dni od dnia dokonania tych czynności. Natomiast zgodnie z art. 105m ust. 2-5 u.o.k.k. (stosowanym odpowiednio na mocy art. 105p zd. drugie u.o.k.k.), wniesienie zażalenia nie wstrzymuje kontroli (odpowiednio przeszukania) (ust. 2). Zażalenie wnosi się do sądu ochrony konkurencji i konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który przekazuje je wraz z odpowiedzią do sądu w terminie 7 dni od dnia wniesienia zażalenia (ust. 3). Sąd ochrony konkurencji i konsumentów rozpoznaje zażalenie w terminie 7 dni od dnia jego przekazania przez Prezesa Urzędu. Postanowienie sądu uzasadnia z urzędu. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie do sądu drugiej instancji (ust. 4). W przypadku uwzględnienia zażalenia przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów dowody uzyskane w wyniku zaskarżonej czynności kontrolnej (odpowiednio przeszukania) nie mogą być wykorzystane w prowadzonym postępowaniu, w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa Urzędu oraz w postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów (ust. 5).

6. Przywołane powyżej przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wraz z art. 105n – 105o u.o.k.k. oraz przepisami, do których odsyła art. 105q u.o.k.k., kształtują przyjęty na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów model przeszukania.

Z jednej strony model ten oparty jest na założeniu, że przeszukiwanie jest prowadzone w interesie publicznym, w celu zabezpieczenia dowodów, które w braku dokonania przeszukania mogłyby być zniszczone albo ukryte, z czym związane jest przyznanie organowi szeregu uprawnień, zapewniających możliwość przeprowadzenia przeszukania w sposób skuteczny i efektywny. Należy bowiem podkreślić, że przeszukiwanie dokonywane u przedsiębiorcy jest jednym ze skuteczniejszych sposobów na pozyskanie dowodów potwierdzających naruszenia prawa konkurencji przez przedsiębiorców, co ma szczególnie istotne znaczenie w odniesieniu do zakazanych porozumień, które ze swej istoty mają zazwyczaj charakter tajny i przedsiębiorcy z racji grożących za ich zawieranie sankcji administracyjnych nie dzielą się dobrowolnie z organem ochrony konkurencji dowodami niewłaściwego zachowania na rynku (zob. m.in. postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 7 marca 2017 r., XVII Amz 15/17; z 5 marca 2019 r., XVII Amz 9/18).

Z drugiej strony, wymóg zapewnienia ochrony konstytucyjnych wartości powoduje, że w model ten wpisane zostały gwarancje poszanowania praw i wolności przedsiębiorców w związku z przeprowadzaniem przeszukania. Poza uregulowaniem samego sposobu przeprowadzania przeszukania, kluczowe znaczenie dla zapewnienia przestrzegania prawa przez organ ochrony konkurencji mają przede wszystkim unormowania dotyczące procesu decyzyjnego dotyczącego samego podjęcia przeszukania (aby ograniczona była możliwość nieuzasadnionego sięgania po przeszukiwanie) oraz normujące mechanizm kontroli aposteriorycznej (aby poddać weryfikacji przeszukiwanie, w przypadku pojawienia się zarzutów jego niezgodnego z prawem dokonania). Główną gwarancją w postępowaniu w przedmiocie zgody na przeprowadzenie przeszukania jest oddanie kompetencji do decydowania o tej kwestii sądowi, a co należy zauważyć Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a zatem wyspecjalizowanemu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów (art. 105n ust. 2 u.o.k.k.). Sądowi Ochrony Konkurencji i

Konsumentów powierzona została także kontrola aposterioryczna, w przypadku pojawienia się zarzutów niezgodnego z prawem dokonania przeszukania (105p zd. pierwsze u.o.k.k.). Co więcej, w uregulowany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów model przeszukania wpisano gwarancyjny mechanizm skutkujący brakiem możliwości wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku zaskarżonych czynności przeszukania, w przypadku uwzględnienia zażalenia przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów (art. 105m ust. 5 u.o.k.k.). W literaturze podkreśla się przy tym, że unormowanie to ma charakter wysoce gwarancyjny i zwraca się uwagę, na liczne kontrowersje związane ze statusem nielegalnie uzyskanych dowodów w braku tak jednoznacznego uregulowania (zob. W. Jasiński, *Gwarancje legalności przeszukania* [w:] *Standardy rzetelności postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 200).

Należy raz jeszcze podkreślić, że przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów instrumenty zabezpieczające przed nieprawidłowym dokonywaniem przeszukań u przedsiębiorcy tworzą spójny model, z jednej strony gwarantujący prawa przeszukiwanego, ale z drugiej nakierowany na realizowaną w interesie publicznym ochronę konkurencji, interesów przedsiębiorców oraz interesów konsumentów, co stanowi zasadniczy cel ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 1 ust. 1 u.o.k.k.).

7. W konsekwencji powyższego, także zasady przeprowadzania przez sąd kontroli następcej czynności przeszukania należy rozpatrywać w kontekście wprowadzonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów spójnych instrumentów, które mają na celu ochronę przedsiębiorcy przed nieuprawnionym działaniem organu w związku z przeszukiwaniem, ale jednocześnie mają zapewnić ochronę dobra jakim jest konkurencja na rynku.

Wprowadzona w art. 105p u.o.k.k. instytucja zażalenia na czynności przeszukania nakierowana jest w pierwszej kolejności na ochronę przedsiębiorcy, w przypadku bowiem uwzględnienia zażalenia zebrane dowody nie będą mogły być wykorzystane zarówno w postępowaniu przed UOKiK, jak również w postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów (art. 105m ust. 5 u.o.k.k.). Uwzględniając jednocześnie, że przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów rozwiązania mają służyć ochronie konkurencji oraz

biorąc pod uwagę znaczenie przeszukania jako skutecznego instrumentu na pozyskanie dowodów potwierdzających naruszenia prawa konkurencji przez przedsiębiorców, zasadnym jest uznanie, iż instytucja zażalenia na czynności przeszukania służy także temu, ażeby na późniejszym etapie postępowania nie dokonywać analizy czy przeszukanie było prowadzone zgodnie z prawem. Świadczy też o tym stosunkowo krótki, 7-dniowy termin na wniesienie zażalenia (art. 105p u.o.k.k.). Z punktu widzenia realizacji celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów istotnym jest to, że w przypadku uwzględnienia zażalenia na przeszukanie na tak wczesnym etapie prowadzenia sprawy, organ antymonopolowy może podejmować dalsze czynności zmierzające do zebrania dowodów potwierdzających naruszenia prawa konkurencji. Z kolei w przypadku, gdy zażalenie nie zostanie uwzględnione zebrane w toku przeszukania dowody mogą być wykorzystane w prowadzonej sprawie. Podkreślić przy tym należy, że dodatkową gwarancją dla przedsiębiorcy jest możliwość złożenia zażalenia na niekorzystne dla niego rozstrzygnięcie sądu ochrony konkurencji i konsumentów dotyczące złożonego zażalenia na czynności przeszukania (art. 105m ust. 4 zd. trzecie u.o.k.k.).

Dobrowolna rezygnacja przedsiębiorcy z przyznanego mu uprawnienia do wniesienia zażalenia na czynności przeszukania, nie może skutkować zaburzeniem ukształtowanego na gruncie ustawy ochrony konkurencji i konsumentów spójnego modelu przeszukania, a do tego prowadziłoby umożliwienie kontroli czynności przeszukania na dalszych etapach postępowania, w tym w toku postępowania przed sądem ochrony konkurencji prowadzonym na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK uznającej praktykę za ograniczającą konkurencję. Dopuszczenie takiej możliwości nie da się pogodzić z *ratio legis* ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oznaczałoby to bowiem, iż organ antymonopolowy w takim przypadku z uwagi na upływ czasu w istocie zostałby pozbawiony możliwości skutecznego zebrania dowodów potwierdzających naruszenie prawa konkurencji, co ma bardzo istotne znaczenie w szczególności w przypadku postępowań dotyczących zakazanych porozumień. W konsekwencji skutkowałoby to brakiem możliwości realizowania celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Poza tym dochodziłoby do zupełnie nieuzasadnionego uprzywilejowania tych przedsiębiorców, którzy świadomie zrezygnowali z prawa do zażalenia się na czynności przeszukania

w ustalonym w art. 105p u.o.k.k. 7-dniowym terminie od dokonania czynności, i którzy zarzuty dotyczące czynności przeszukania podnieśli daleko po upływie tego terminu, dopiero w toku postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK uznającej praktykę za ograniczającą konkurencję.

Niezależnie od powyższego, ograniczając się nawet wyłącznie do literalnej wykładni art. 105m ust. 5 u.o.k.k. należy też zwrócić uwagę, że skoro w przepisie tym mowa jest o tym, iż w przypadku uwzględnienia zażalenia dowody uzyskane w wyniku zaskarżonej czynności przeszukania nie mogą być wykorzystane w prowadzonym postępowaniu oraz w innych postępowaniach, to *a contrario* w braku uwzględnienia zażalenia (niezależnie od tego czy brak uwzględnienia wynika z faktu nie wniesienia zażalenia, wadliwego wniesienia lub jego oddalenia na skutek merytorycznego rozpoznania), dowody uzyskane w wyniku zaskarżonej czynności przeszukania mogą być wykorzystane w prowadzonym postępowaniu, a zawarcie w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów tej szczególnej regulacji wyłącza możliwość kwestionowania tych dowodów na dalszym etapie postępowania. Co więcej za przyjęciem takiego kierunku wykładni przemawia też okoliczność, iż w art. 105p u.o.k.k. przewidziany jest konkretny termin na wniesienie zażalenia na czynności przeszukania, który jest terminem zawitym. Dopuszczenie możliwości kontroli prawidłowości czynności przeszukania na dalszym etapie postępowania powodowałoby, iż termin ten miałby w istocie charakter pozorny, bowiem niedochowanie tego terminu nie stałoby na przeszkodzie możliwości zaskarżenia czynności przeszukania pomimo upływu tego terminu, na dalszych etapach postępowania.

7. W realiach niniejszej sprawy Skarżący 2 wniósł zażalenie na czynności przeszukania, które postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 sierpnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt XVII Amz 43/16 zostało prawomocnie odrzucone z uwagi na nieuzupełnienie braków formalnych. Powyższe orzeczenie uprawomocniło się z dniem 6 września 2016 r. Podkreślić należy, że kopie dysków sporządzone w toku przeszukania u Skarżącego 2 do czasu uprawomocnienia się postanowienia o odrzuceniu zażalenia pozostawały zamknięte w kopercie i nie były analizowane przez pracowników UOKiK. Zatem Sąd Apelacyjny, prawidłowo

przyznał rację Sądowi I instancji, że w świetle uzasadnienia postanowienia SOKiK w sprawie XVII Amz 15/17, doszło jedynie do dopuszczalnego zabezpieczenia dowodów. Co więcej, jak wynika z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia SOKiK z dnia 19 sierpnia 2016 r. o odrzuceniu zażalenia Skarżącego 2 podjęto czynności przeszukania dysków w siedzibie UOKiK bez udziału Skarżącego 2 i od tej chwili prawa Skarżącego 2 nie mogły już zostać zrealizowane, albowiem Skarżący 2 nie skorzystał skutecznie ze środka w postaci zażalenia na czynności przeszukania. Rację należy przyznać Sądowi Apelacyjnemu, iż tym samym, nie było żadnych podstaw do wykluczenia któregośkolwiek z dowodów zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu administracyjnym (k. 388 akt VII AGa 8/21).

8. Wobec powyższego za bezzasadne należało uznać zarzuty naruszenia art. 105m i 105p u.o.k.k. Konsekwencją zaś uznania, iż nie doszło do naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 105m i art. 105p u.o.k.k. (poprzez przyjęcie przez sąd Apelacyjny, iż nieskorzystanie przez skarżących z instytucji zażalenia na podstawie art. 105p u.o.k.k. oznaczało, iż nie było żadnych podstaw do wykluczenia któregośkolwiek z dowodów zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu administracyjnym), musiało być uznanie za bezzasadne zarzutów naruszenia art. 105n, 105b ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. oraz art. 80a ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (sformułowanych w pkt. 2a skargi kasacyjnej Skarżącego 1 oraz w pkt. 2 skargi kasacyjnej Skarżącego 2).

9. Z tych samych przyczyn uznać należało za niezasadny zarzut 1 ze skargi kasacyjnej Skarżącego 2. Podkreślić jednocześnie należy, co już na wstępie zostało wyjaśnione, że stosownie do art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, a zgodnie z art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c. Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Skarżący nie może poprzez zarzut naruszenia przepisów postępowania lub prawa materialnego powoływać się w istocie na naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Rację ma natomiast Prezes UOKiK w odpowiedzi na skargę Skarżącego 2, że sądy obu instancji słusznie zauważyły, iż brak jest przesłanek by stwierdzić, że dowody w niniejszej sprawie zostały pozyskane w sposób nieuprawniony, w związku z tym słuszna była konkluzja,

że nie było żadnych podstaw do wykluczenia któregokolwiek z dowodów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym w trakcie przeszukania.

Ponadto, zaznaczenia wymaga, że wskazane przez Skarżącego 2 w zarzucie 1 skargi kasacyjnej przepisy naruszenia art. 479<sup>31a</sup> § 3 w zw. z art. 386 § 1 i 2 k.p.c. wskazują jedynie możliwe rodzaje rozstrzygnięcia w razie uwzględnienia apelacji lub stwierdzenia nieważności postępowania. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem apelacja nie została uwzględniona, a zatem nie mogło dojść do naruszenia tych przepisów.

10. Odnosząc się do podniesionych w obu skargach kasacyjnych zarzutów naruszenia prawa materialnego (zarzuty 1a w skardze kasacyjnej Skarżącego 1 oraz zarzut 5 w skardze kasacyjnej Skarżącego 1), tj. naruszenia przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wskazać należy, że w rzeczywistości dotyczyły one sfery ustaleń faktycznych oraz oceny dowodów dokonanych zarówno przez Sąd I jak i Sąd II instancji. Jak zostało już to natomiasz powyżej wyjaśnione stosownie do art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, a zgodnie z treścią art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu Sąd Najwyższy był związany ustaleniami Sądu Apelacyjnego, który uznał za prawidłowe ustalenia Sądu I instancji. Ustalenia te natomiasz prowadzą do wniosku, iż kwestia zawarcia pomiędzy powodami porozumienia ograniczającego konkurencję, a w konsekwencji zaistnienie zмовы przetargowej nie ulega wątpliwości w niniejszej sprawie. Sąd Apelacyjny zasadnie zwrócił uwagę, iż zaistnienie w niniejszej sprawie zмовы przetargowej wynikało z prezentowanych w zebranych w sprawie materiale zachowań przedsiębiorców, jakie wystąpiły w badanym okresie czasu przy okazji uczestnictwa w kolejnych przetargach. Z zebranych dowodów wynika ogólny plan realizujący wspólny cel przedsiębiorców, ich przyczynianie się do jego realizacji oraz wiedza na temat noszących znamiona naruszenia zachowań pozostałych uczestników. Z wymiany korespondencji w dniach 14 i 15 października 2015 r. pomiędzy Powodem 1 i Powodem 2 wynikało, iż szczegółowe warunki współpracy w ramach przetargu z 2015 r. były ustalane ad hoc, jednak skoro przedsiębiorcy omówili pewien wzorzec zachowań, który był przez nich

konsekwentnie stosowany w kolejnych przetargach, to nie było konieczności odbywania w tym celu regularnych spotkań przedsiębiorców, stałej wymiany informacji i uzgadniania zachowań. Wystarczające było, jak to ustalono w niniejszej sprawie, sygnalizowanie zamiaru uczestnictwa w przetargu, przesyłanie przygotowanej dokumentacji i powoływanie się na uprzednie ustalenia cyt. „jak trzy lata temu”. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem byłoby ograniczenie konkurencji (k. 388 akt VII AGa 8/21).

Odmienne interpretacja przedstawiona przez skarżących w skargach kasacyjnych nie przemawia za zasadnością podniesionych zarzutów, lecz stanowi ona jedynie polemikę z ustaleniami mieszczącymi się granicach sądowej swobody oceny dowodów.

11. Niezasadny był także zarzut 4 podniesiony w skardze kasacyjnej Skarżącego 2, dotyczący naruszenia art. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945, dalej: „ustawa nowelizująca”) w zw. z art. 93 u.o.k.k. poprzez nie uwzględnienie, iż nastąpiło przedawnienie w zakresie porozumień obejmujących postępowania przetargowe przeprowadzone w 2012 r.

Zgodnie z art. 5 ustawy nowelizującej, do praktyk ograniczających konkurencję zaniechanych przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą (tj. przed dniem 18 stycznia 2015 r.) stosuje się przepisy art. 93 u.o.k.k. w brzmieniu dotychczasowym. Natomiast zgodnie z art. 93 u.o.k.k. w brzmieniu sprzed zmiany dokonanej ustawą nowelizującą, nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Ustawą nowelizującą zmieniono brzmienie art. 93 u.o.k.k. w ten sposób, że wydłużono okres po którym nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, z jednego roku do lat pięciu, licząc od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania. Z przywołanych przepisów wynika zatem, iż kluczowe znaczenie dla oceny czy zastosowanie ma art. 93 u.o.k.k. w brzmieniu

sprzed, czy po zmianie wprowadzonej ustawą nowelizującą, ma moment zaprzestania stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Stosownie natomiast do art. 10 ust. 3 u.o.k.k. ciężar udowodnienia, że praktyka naruszająca zakazy, o których mowa w art. 6 u.o.k.k. została zaprzestana, spoczywa na przedsiębiorcy.

Także i w tym przypadku zarzut dotyczył w istocie sfery ustaleń faktycznych oraz oceny dowodów dokonanych zarówno przez Sąd I jak i Sąd II instancji.

Jak zasadnie wskazał Sąd Apelacyjny, z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wynika, że działania przedsiębiorców w analizowanych postępowaniach przetargowych polegające na składaniu niekompletnych ofert i późniejszym ich wycofywaniu były jednorodne i powtarzalne, nie miały one charakteru incydentalnego. We wszystkich przypadkach zarówno skład osobowy, jak i metoda wycofywania ofert była tożsama. Każdy z przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu znał swoje zadanie i oczekiwał na przesyłaną przez I. sp. z o.o. dokumentację oraz koszty wadium. Skoro w prawidłowo ustalonym przez Sąd I instancji stanie faktycznym zarzucane porozumienie miało charakter ciągły i trwało również po 2012 r., do końca 2015 r., a cel tego porozumienia w dalszym ciągu był objęty wolą stron obejmującą wieloletnią współpracę, to w braku dowodów świadczących o zaniechaniu porozumienia przed przeszukaniem dokonany u spółki „N.1” w 2016 r., nie było podstaw do uznania, że doszło do przekroczenia terminu oznaczonego w art. 93 ust. 1 u.o.k.i.k. W okolicznościach niniejszej sprawy słusznie uznał Sąd Apelacyjny za prawidłowe ustalenie przez sąd I instancji, że do zaprzestania stosowania praktyki mogło dojść wobec podjęcia czynności przeszukania w siedzibie spółki „N.1” w 2016 r. Powodowie nie wykazali natomiast, aby nastąpiło to wcześniej (k. 411 akt VII AGa 8/21).

12. Chybiony był również zarzut 1b podniesiony przez Skarżącego 1, tj. naruszenia przepisu art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. w zw. z art. 111 u.o.k.i.k. Wbrew twierdzeniom Skarżącego 1, Sąd Apelacyjny prawidłowo wskazał, że w procesie kalkulacji kary wzięto pod uwagę wszystkie okoliczności, które wystąpiły w niniejszej sprawie i miały znaczenie dla ustalenia jej wysokości. Uwzględniono specyfikację rynku na jakim doszło do naruszenia reguł konkurencji oraz skutki rynkowe tego naruszenia, jak również okres naruszenia, który miał charakter długotrwały. Wysokość kary jest adekwatna do zakresu stwierdzonego naruszenia i pozostaje

odpowiednio odczuwalna i na tyle dolegliwa, by spełnić swoje funkcje. Dokonano relatywizacji wysokości kary w stosunku do wysokości osiągniętego przez niego przychodu w związku ze świadczeniem usług kolokacji i hostingu oraz skali korzyści jakie powód mógł odnieść i jakie odniósł w związku z udziałem w porozumieniu, co miało swój wyraz w decyzji oraz orzeczeniach sądów obu instancji (k. 412-413 akt VII AGa 8/21).

13. Mając na uwadze powyższe okoliczności, wobec stwierdzenia bezzasadności sformułowanych przez Skarżących zarzutów, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c. oddalił obie skargi kasacyjne.

14. Na marginesie jedynie Sąd Najwyższy zaznacza, iż nie było podstaw do uznania, iż zaskarżony wyrok został wydany w warunkach nieważności, tj. z naruszeniem art. 379 pkt 4 k.p.c., ze względu na wydanie go przez sąd w składzie którego brała udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 3), co miałyby prowadzić do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a co zostało podniesione we wniosku o przyjęcie kasacji do rozpoznania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18, wybór sędziów – członków KRS przez władzę ustawodawczą jest zgodny z ustawą zasadniczą, natomiast uchwała Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. (BSA I-4110-1/20), stosownie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. U 2/20, jest niezgodna z art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Warto przy tym zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie uznawał, że na mocy uchwał Sądu Najwyższego mających moc zasady prawnej dochodzi do ukształtowania jednolitego rozumienia określonych przepisów, przyjmując że tego rodzaju uchwały nadają przepisom prawa „treść i cechy” tak, jak gdyby uczynił to sam ustawodawca w akcie stanowienia prawa i w konsekwencji uznawał, że przedmiotem kontroli konstytucyjnej dokonywanej przez TK może być także treść normatywna, jaką w przepisie prawa pomieściła

uchwała SN mająca walor zasady prawnej (zob. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 28 stycznia 2003 r., SK 37/01; z 9 czerwca 2003 r., SK 12/03; z 27 października 2010 r., K 10/08).

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego był już wyrażany pogląd, który jest podzielany przez niniejszy skład, że wspomniany wyrok Trybunału Konstytucyjnego wyklucza dopuszczalność badania (w ramach tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw) tego, czy Krajowa Rada Sądownictwa jest ukształtowana zgodnie z Konstytucją RP, skoro zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP orzeczenie Trybunału mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 27 marca 2019 r., I NO 3/19, z 29 lipca 2019 r., I NO 89/19; z 30 lipca 2019 r., I NO 20/19; z 30 lipca 2019 r., I NO 31/19, z 2 czerwca 2020 r., I NO 192/19; postanowienie Sądu Najwyższego: z 25 kwietnia 2024 r., I ZO 45/24, z 23 kwietnia 2024 r., I ZO 49/25, z 8 października 2024 r. I NKRS 7/24).

Poza tym, mając na względzie orzecznictwo TSUE należy zauważyć, że TSUE w wyroku z 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 TSUE stwierdził m.in., że: „Stopień niezależności KRS od władzy ustawodawczej i wykonawczej przy wykonywaniu zadań powierzonych jej przez ustawodawstwo krajowe jako organowi, któremu na mocy art. 186 Konstytucji powierzono misję stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów, może mieć znaczenie przy dokonywaniu oceny, czy wyłonieni przez nią sędziowie będą w stanie spełnić wymogi niezawisłości i bezstronności wynikające z art. 47 karty praw podstawowych.” (pkt 139). Jak jednak zaznaczył TSUE okoliczność ta, nie może z pewnością sama w sobie i rozpatrywana odrębnie prowadzić do podania w wątpliwość niezależności sądu. Podobnie w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r. w sprawach połączonych C-562/21 PPU i C-563/21 PPU Openbaar Ministerie TSUE wprost stwierdził m.in., iż okoliczność, że dany organ, taki jak KRS, uczestniczący w procesie powołania sędziów, składa się w przeważającej mierze z członków władzy ustawodawczej lub wykonawczej lub osób wybranych przez taką władzę, nie może wystarczyć do uzasadnienia odmowy przekazania danej osoby. Jak zaznaczył, okoliczność ta nie może wystarczyć do stwierdzenia, że dana osoba w wypadku przekazania byłaby narażona na rzeczywiste ryzyko naruszenia jej prawa podstawowego do rzetelnego procesu przed sądem ustanowionym uprzednio

na mocy ustawy (pkt 74, 87, 98). Także w wyroku z dnia 21 grudnia 2023 r., w sprawie C-718/21, TSUE przypominał, że „z orzecznictwa Trybunału wynika, iż okoliczność, że organ taki jak krajowa rada sędziowska, uczestniczący w procesie powoływania sędziów, składa się w przeważającej mierze z członków wybranych przez władzę ustawodawczą, nie może sama w sobie prowadzić do powzięcia wątpliwości co do statusu sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy i co do niezawisłości sędziów wyłonionych w tym procesie (...)” (zob. pkt 64). Tym samym, w świetle orzecznictwa TSUE okoliczność ewentualnego braku niezależności KRS sama w sobie nie może prowadzić do uznania sędziego powołanego na wniosek KRS za nie odznaczającego się walorem niezawisłości lub sądu za nie będący niezależnym.

Podobne stanowisko zostało też podkreślone w opinii Rzecznika Generalnego do sprawy zawisłej przed TSUE o sygn. C-521/21, przedstawionej na dzień 29 kwietnia 2025 r. W opinii tej Rzecznik Generalny wskazał iż żaden z czynników takich jak skład i rola nowej KRS oraz brak możliwości skorzystania ze skutecznego środka zaskarżenia od uchwały KRS przez kandydatów, którzy nie zostali rekomendowani do powołania, nie może automatycznie prowadzić do wniosku, że zainteresowana sędzia nie jest „sądem ustanowionym uprzednio na mocy ustawy”. Zdaniem Rzecznika Generalnego sąd krajowy każdorazowo musi dokonać oceny konkretnego przypadku, z uwzględnieniem kontekstu prawnego i faktycznego oraz innych czynników związanych ze szczególną sytuacją każdego z zainteresowanych sędziów lub składów orzekających. Należy również zwrócić uwagę, że w opinii wydanej przez Komisję Wenecką we współpracy z Dyрекcją Generalną Praw Człowieka i Rządów Prawa (DGI) na temat statusu sędziów (CDL-AD(2024)029) z 14 października 2024 r. wyrażone zostało jednoznaczne stanowisko, że ani wyroki ETPC i TSUE, ani orzeczenia polskich sądów nie unieważniły *ex tunc* uchwał KRS dotyczących powołań sędziowskich (pkt 28 Opinii).

Skarżący natomiast we wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej nie przedstawił żadnych okoliczności innych, niż fakt, iż w składzie sądu wydającego zaskarżony wyrok brała udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw.

15. O kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy orzekł na podstawie § 14 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 1935 ).

O kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika z urzędu orzeczono na podstawie § 23 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 16 ust 4 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (tekst jedn. Dz.U. 2024, poz. 764).

[r.g.]

[a.ł]