

Małgorzata Salitra*

Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Próba sformułowania definicji konsorcjum przetargowego
- III. Dopuszczalność oceny konsorcjum przetargowego pod kątem prawa ochrony konkurencji
- IV. Ocena legalności konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji
- V. Wyłączenia konsorcjum przetargowego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł prezentuje wybrane, problematyczne kwestie związane z oceną konsorcjów przetargowych w świetle prawa ochrony konkurencji. Rozważania przedstawione w niniejszym artykule służą ustaleniu granic pomiędzy dozwolonym konsorcjum przetargowym, mogącym rodzić korzyści dla gospodarki a zakazaną współpracą konsorcjantów, prowadzącą do zniekształcenia konkurencji. Konsorcjum tworzone przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu może bowiem zostać uznane na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za zakazane porozumienie ograniczające konkurencję, jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Słowa kluczowe: konsorcjum przetargowe; zmowa przetargowa; porozumienie, zamówienia publiczne.

JEL: K 21

I. Wprowadzenie

Tworzenie konsorcjów przetargowych polegających na współpracy wykonawców celem złożenia przez nich jednej, wspólnej oferty w ramach konkretnego przetargu dopuszczalne jest na podstawie przepisu art. 23 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp)¹. Z utworzeniem konsorcjum mogą wiązać się zarówno korzyści w postaci dopusz-

* Małgorzata Salitra – doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Uniwersytetu Szczecińskiego; pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji w UOKiK; e-mail: m.salitra@op.pl. Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi opiniami autorki i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

¹ Dz.U. 2013, poz. 907, ze zm.; dalej: Pzp.

czenia do udziału w przetargu szerszego kręgu podmiotów, jak i może ono w określonych sytuacjach prowadzić do ograniczenia konkurencji. Należy zarazem podkreślić, że sam fakt, że ustawa Pzp zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa ochrony konkurencji. Konsorcjum tworzone przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu może zostać uznane za porozumienie zakazane na mocy art. 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów², jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Obawy co do negatywnego oddziaływania konsorcjów przetargowych na konkurencję nie są niczym nowym. Już w 1970 roku w Stanach Zjednoczonych coraz powszechniejsze stało się składanie przez dwie lub więcej z największych firm naftowych wspólnych ofert na dzierżawę rządowych granic naftowego szelfu kontynentalnego (*federal outer-continental shelf (OCS) oil lease tracts*). Podejrzewano wtedy, że wspólny udział firm naftowych w przetargach OCS był próbą ograniczenia liczby oferentów w celu obniżenia ceny zakupu. W związku z tym, w 1975 roku ustanowiono regulacje zakazujące niektórym przedsiębiorstwom naftowym składania wspólnych ofert w przetargach³.

II. Próba sformułowania definicji konsorcjum przetargowego

Pojęcie konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie, jednakże istnienie tak określonego zjawiska odnotowuje orzecznictwo oraz literatura prawnicza.

W orzecznictwie konsorcjum jawi się jako „twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego”⁴. Zauważa się przy tym, że konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej ani też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników. Konsorcjum nie podlega także żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa podpisana przez jego uczestników⁵.

W literaturze prawniczej wskazuje się na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, uregulowanej w art. 860 i n. ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)⁶. Istota konsorcjum wyraża się bowiem w zobowiązaniu jego uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki cywilnej uregulowanej w kodeksie cywilnym z tą różnicą, że osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów. W konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej⁷.

Jest wiele uzasadnionych powodów, dla których przedsiębiorcy decydują się na utworzenie konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty w przetargu publicznym. Do przykładowych można zaliczyć⁸:

² Dz.U. 2015, poz. 184, ze zm.; dalej: uokik.

³ E.M. Bailey (2007). *Are private equity consortia anticompetitive? The economics of club bidding*, kwiecień, s. 3. Pobrano z: www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Apr07_Bailey4_27f.authcheckdam.pdf.

⁴ Wyr. Sądu Okręgowego w Olsztynie z 20.02.2007 r., IX CA 50/07 (LEX nr 621228).

⁵ Ibidem.

⁶ Dz.U. 2014, poz. 121 ze zm.; dalej: k.c.

⁷ M. Stachowiak (2014). *Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych*. W: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*. wyd. 6. Warszawa: LEX.

⁸ Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, grudzień 2014, s. 3–4.

- 1) niemożność samodzielnego świadczenia przez przedsiębiorców usług wymaganych w umowie z uwagi na zbyt duży zakres prac;
- 2) brak spełnienia przez przedsiębiorców kryterium odpowiednich przychodów lub brak zdolności finansowej wymaganej przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu;
- 3) nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich maszyn, urządzeń lub środków technicznych niezbędnych do wykonywania zamówienia;
- 4) nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich niezbędnych umiejętności lub wiedzy do wykonania zamówienia.

Istotą konsorcjum jest zatem połączenie przez przedsiębiorców ich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych itp. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiązania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia⁹.

Podstawą zawiązania konsorcjum może być także chęć optymalizacji wykorzystania dostępnych zasobów przedsiębiorcy pomiędzy różne projekty, zarówno pomiędzy te, które wykonawca realizuje w momencie zawiązania konsorcjum, jak i te, które zamierza realizować w przyszłości. Wspólne działanie kilku podmiotów ma bowiem znaczenie dla celów dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale również dla przyszłej realizacji zamówienia. Zawieranie tego rodzaju umów jest także elementem rynkowej rywalizacji przedsiębiorców¹⁰.

W piśmiennictwie wyrażony został także pogląd, iż: „bezsprzecznie celem zawarcia porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie jest także rozłożenie ryzyka między wszystkich uczestników porozumienia. Rozłożenie ryzyka może mieć znamiona zmywy, czyli zamierzonego działania w celu naruszenia konkurencyjności¹¹”.

Należy także podkreślić, że utworzenie konsorcjum umożliwi małym i średnim przedsiębiorcom (dalej: MSP) akumulację wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji oferowanie zamawiającemu wyższej jakości produktów i bardziej innowacyjnych rozwiązań¹². Rozwój gospodarczy Polski uzależniony jest od aktywności przedsiębiorców, wśród których ogromną rolę odgrywają mali i średni przedsiębiorcy. Jednakże, biorąc pod uwagę kryterium stabilność i siłę ekonomiczną, warunki ich działania są w porównaniu z dużymi podmiotami gospodarczymi odpowiednio trudniejsze. Mały potencjał wykonawczy przedsiębiorców sektora MSP w wielu przypadkach staje się przeszkodą w uzyskaniu zamówienia publicznego. Mali i średni przedsiębiorcy są często na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w gorszej pozycji niż przedsiębiorcy dysponujący dużym potencjałem kadrowym i finansowym, zatem ułatwienie tym przedsiębiorcom udziału w przetargach jest jedną z form zapewnienia rozwoju przedsiębiorców sektora MSP. Zlecenia uzyskiwane od podmiotów publicznych dają tym podmiotom pewną stabilizację działalności i zapewnienie podstaw do rozwoju w warunkach gospodarki rynkowej. Możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie jest główną szansą dla działających wspólnie małych i średnich przedsiębiorców na pozyskiwanie zamówień publicznych oraz skuteczne konkurowanie z dużymi przedsiębiorcami. Wspólne działanie powinno pozwolić im na wyrównanie szans wynikających z nierówności

⁹ M. Sieradzka (2014). *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*. LEX.

¹⁰ Wyr. KIO z 12.07.2013 r., KIO 1544/13, KIO 1545/13, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl

¹¹ S. Mosur-Bleze (2014). Niekonkurencyjne konsorcjum. *Przetargi Publiczne*, 3, s. 23.

¹² Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding...*, s. 5.

potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych, jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MSP a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym¹³.

Reasumując, w praktyce z tworzeniem konsorcjów będziemy mieć najczęściej do czynienia, gdy występuje jedna bądź więcej z następujących przesłanek:

- 1) wysokie skomplikowanie techniczne przedmiotu zamówienia;
- 2) spora wielkość zamówienia;
- 3) wysokie koszty realizacji zamówienia,
- 4) długi okres realizacji zamówienia, który może wynikać z równoczesnego wystąpienia wspomnianych już wcześniej przesłanek¹⁴.

III. Dopuszczalność oceny konsorcjum przetargowego pod kątem prawa ochrony konkurencji

Tworzenie konsorcjów przetargowych dopuszczalne jest zarówno na podstawie prawa unijnego, jak i krajowego. Należy bowiem nadmienić, iż ustawa Pzp stanowi odzwierciedlenie odpowiednich regulacji unijnych dotyczących zamówień publicznych. Zgodnie z art. 4 ust. 2 zd. 1 obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. Regulacja ta została utrzymana i doprecyzowana w dyrektywie **Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE** poprzez wskazanie, że grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia¹⁵. Natomiast w polskim ustawodawstwie krajowym możliwość złożenia jednej oferty przez kilku przedsiębiorców wynika z przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż „wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”. Należy zarazem podnieść, że dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów jest niepodważalna w świetle obowiązującej zasady swobody umów. Zgodnie z jej treścią, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.)¹⁶.

Uznać zatem należy, że co do zasady konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu nie naruszają zakazu porozumień ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik¹⁷. Na tego rodzaju kooperację przedsiębiorców zezwala bowiem wprost art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Podobne stanowisko zajmuje A. Zawłocka-Turno, zastrzegając przy tym, że dopuszczalność funkcjonowania

¹³ K. Horubski, T. Kocowski (2011). Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych. W: J. Niczyפורuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I, Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego*. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny, s. 45–48

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 10.

¹⁵ Art. 19 ust. 2 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE 2014 L 94/65). Przy czym należy wyjaśnić, że dyrektywa 2004/18/WE ma zostać uchylona po upływie 24 miesięcy od dnia wejścia w życie dyrektywy z 26.02.2014 r. (art. 91 dyrektywy 2014/24/UE). Nowa dyrektywa ma wejść w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 93 dyrektywy 2014/24/UE). Wymaga zatem podkreślenia, iż zasadniczy cel nowej dyrektywy zostanie osiągnięty dopiero po wdrożeniu jej przepisów do krajowych porządków prawnych, co powinno nastąpić przed 18.4.2016 r.

¹⁶ M. Stachowiak (2014). *Komentarz do art. 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych...*

¹⁷ A. Jurkowska-Gomułka (2014). *Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 301–302; K. Kohutek (2014). *Komentarz do art. 6. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX.

konsorcjów warunkowana jest przesłankami wyłączenia przewidzianego w art. 8 uokik¹⁸, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu. Z kolei w opinii K. Kohutka konsorcja przetargowe nie mają statusu zmywy przetargowej, jednakże niekiedy mogą być uznane za naruszające prawo ochrony konkurencji¹⁹.

Należy jednak zaznaczyć, że ani powołany przepis art. 23 ust. 1 Pzp, ani także inne przepisy tej ustawy nie wyłączają zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zatem sam fakt, iż prawo zamówień publicznych zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Z powyższego płynie wniosek, że każde współdziałanie kilku wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, nawet gdy w świetle prawa zamówień publicznych przybiera formę legalnego konsorcjum może podlegać ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 uokik, tak jak każde inne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami²⁰. Jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji stanowi ono zakazane porozumienie ograniczające konkurencję.

W kontekście prezentowanej problematyki na uwagę zasługuje wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) z 19 lutego 2015 r.²¹, wydany na skutek wniesienia przez strony odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nr RLU 38/2012 uznającej konsorcjum za zmwę przetargową²², w którym to wyroku Sąd stwierdził, że „jako zakazane w rozumieniu ustawy [uokik – dop. autorki] można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. Zatem, co do zasady naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert.”. Pogląd ten uzasadniony został tym, że współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z filarów funkcjonowania gospodarki rynkowej. W ocenie Sądu współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje prokonkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku. W mojej ocenie, powyższego orzeczenia SOKiK nie należy odczytywać jako generalnego zakazu uznawania konsorcjów za porozumienia antykonkurencyjne tylko niezasadności kwalifikacji ich jako zmywy przetargowe. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie wskazuje bowiem na uzgadnianie treści jednej oferty przez konsorcjantów tylko mówi wprost o uzgadnianiu warunków składanych ofert przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców. Przyjmując taką interpretację stanowisko SOKiK zgodnie, z którym zakazane w rozumieniu ustawy [uokik – dop. autorki] można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno należałoby uznać za trafne. Na marginesie należy także pozytywnie ocenić stanowisko SOKiK potwierdzające swobodę udziału w postępowaniu wykonawców zamówienia publicznego,

¹⁸ A. Zawłocka-Turno (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(1), s. 46.

¹⁹ K. Kohutek (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 287–288.

²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 40.

²¹ AmA 73/13 (LEX nr 1711479).

²² Wymienioną decyzją stwierdzona została praktyka ograniczająca konkurencję i naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, polegająca na zawarciu porozumienia przez spółki Astwa i MPO na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta Białystok, poprzez uzgodnienie przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu ogłoszonego przez Zarząd Miasta Komunalnego w Białymstoku warunków składanych ofert dotyczących zakresu prac i ceny usługi. Prezes UOKiK uznał, że celem konsorcjum stało się wyłączenie konkurencji między konsorcjantami, gdyż każdy z nich był w stanie wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. SOKiK uchylił przedmiotową decyzję wyrokiem z 19.02.2015 r., XVII AmA 73/13.

a tym samym możliwości zawierania przez nich konsorcjów przetargowych oraz wskazujące na korzyści wynikające z tej współpracy.

Zbliżone stanowisko zostało uprzednio wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 22 kwietnia 2010 r.²³, w którym Izba stwierdziła, iż „ustawa Pzp dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Oczywiście jest, że podmioty zawierające konsorcjum wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą. Podkreślić należy, że wyłączenie konkurencji pomiędzy podmiotami zawierającymi konsorcjum ma charakter czasowy i dotyczy wyłącznie konkretnego zadania. Zatem ujęcie w umowie konsorcjum klauzuli zobowiązującej uczestników konsorcjum do współpracy w ramach konkretnego zamówienia, nieskładania samodzielnie ofert i unikania innych form konkurencji jest klauzulą powszechnie stosowaną w tego typu umowach, nienaruszającą zasady uczciwej konkurencji. Klauzula taka nie może świadczyć o istnieniu pomiędzy członkami konsorcjum zmowy przetargowej”. Wydaje się jednak, że prezentowane stanowisko KIO jest niepełne, zabrakło w nim stwierdzenia dotyczącego możliwości oceny klauzuli zobowiązującej uczestników konsorcjum do współpracy w ramach konkretnego zamówienia pod kątem naruszenia zakazu praktyk naruszających konkurencję.

W świetle powyższych orzeczeń SOKiK oraz KIO, przyjmując bezspornie, iż umowa konsorcjum, tak jak każde inne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami, podlega ocenie pod kątem zgodności z art. 6 ust. 1 uokik, należałoby zastanowić się nad kwalifikacją umowy konsorcjum jako praktyki ograniczającej konkurencję. Biorąc pod uwagę wcześniej poczynione ustalenia, wątpliwe jest czy konsorcjum powinno być kwalifikowane jako porozumienie opisane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zgodnie bowiem z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Należy zatem zaznaczyć, że przepis ten nie wskazuje na uzgadnianie treści jednej oferty przez konsorcjantów tylko mówi wprost o uzgadnianiu warunków składanych ofert przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców. Jednakże, jak wskazuje A. Jurkowska-Gomułka, nawet jeśli przyjąć, że niektóre działania przedsiębiorców nie mogą być uznane za zmowy przetargowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, nie oznacza to, że praktyki te są wykluczone spod oddziaływania zakazu praktyk ograniczających konkurencję, można je bowiem zakwalifikować jako inną praktykę z katalogu art. 6 ust. 1 uokik bądź jako porozumienie nienazwane²⁴.

²³ KIO/UZP 567/10, wyr. dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

²⁴ A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6 uokik z 2007 r. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 299.

IV. Ocena legalności konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przy wykładni przepisów krajowych wskazane jest posiłkowanie się interpretacją analogicznych przepisów prawa unijnego. Dokonując zatem analizy konsorcjów, warto odwołać się do Wytocznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych²⁵, w których zawarto zasady dokonywania na podstawie art. 101 TFUE (tj. analogicznego do art. 6 uokik przepisu prawa unijnego) oceny porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych dotyczących współpracy horyzontalnej²⁶.

Przed przystąpieniem do właściwej analizy legalności konsorcjum przetargowego należy podkreślić, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień nie obejmuje wszelkich przejawów współpracy między przedsiębiorcami, a jedynie takie, które negatywnie oddziałują na stan konkurencji na rynku. Tym samym o naruszeniu zakazu decyduje czy określone relacje między przedsiębiorcami mogą być uznane za porozumienie oraz czy relacje te mogą ograniczać lub w inny sposób zakłócać konkurencję. Samo podjęcie przez przedsiębiorców współpracy nie oznacza naruszenia zakazu, a jedynie możliwość oceny ich praktyki rynkowej według kryteriów wynikających z prawa ochrony konkurencji. Jednocześnie kwestią warunkującą samo podjęcie oceny określonej praktyki rynkowej w tym aspekcie jest czy stanowi ona porozumienie między przedsiębiorstwami²⁷.

W świetle art. 4 pkt 5 uokik przez porozumienie rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 uokik wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Również z orzecznictwa SOKiK jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji²⁸.

Przechodząc do właściwej analizy legalności konsorcjum przetargowego w pierwszej kolejności należy wskazać, że konsorcjum przetargowe zasadniczo nie prowadzi do naruszenia reguł konkurencji, jeżeli:

- 1) członkowie konsorcjum nie są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami lub
- 2) członkowie konsorcjum należą do tej samej grupy kapitałowej i tworzą „jeden organizm gospodarczy” (*single economic unit*)²⁹.

²⁵ Komunikat KE. Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE 2011, C 11/01).

²⁶ Ibidem, pkt 237.

²⁷ G. Materna (2013). Kooperacja z perspektywy prawa ochrony konkurencji. W: J. Cygler, M. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk, G. Materna, *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 66–67.

²⁸ Wyr. SOKiK z 29.05.2008 r., XVII Ama 53/07 (Dz. Urz. UOKiK 2008/4/37); wyr. SOKiK z 13.09.2006 r., XVI Aca 185/06 (Dz. Urz. UOKiK 2007/1/12).

²⁹ Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding...*, s. 9.

1. Konkurenci

Definicja pojęcia konkurentów zawarta została w art. 4 pkt 11 uokik, gdzie przez pojęcie konkurentów rozumie się przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Kierując się treścią ww. przepisu, należy przyjąć, że ustawa wyróżnia dwa rodzaje konkurentów:

- 1) konkurentów rzeczywistych oraz
- 2) konkurentów potencjalnych.

Dwaj przedsiębiorcy traktowani są jako rzeczywisci konkurenci, jeżeli działają na tym samym rynku właściwym³⁰. Konkurentami rzeczywistymi (faktycznymi) są przedsiębiorcy, którzy w tym samym lub zbliżonym czasie prowadzą działalność konkurencyjną, wprowadzając, dystrybuując bądź kupując towary tożsame lub substytucyjne, czyli innymi słowy towary, które są w stosunku do siebie „konkurencyjne”³¹.

Przedsiębiorca traktowany jest jako potencjalny konkurent innego przedsiębiorcy, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że przy braku porozumienia ten pierwszy przedsiębiorca w przypadku niewielkiego, ale trwałego wzrostu cen względnych przeprowadziłby w krótkim czasie konieczne dodatkowe inwestycje lub poniósłby inne niezbędne koszty dostosowawcze w celu wejścia na rynek właściwy, na którym prowadzi działalność drugi przedsiębiorca³². Zatem, konkurenci potencjalni to przedsiębiorcy, którzy nie działają jeszcze na danym rynku właściwym a dopiero planują lub ubiegają się o wejście na dany rynek. Stąd też w praktyce określenie, jakie podmioty uznać należy za takich konkurentów, może nastręczać trudności. Konkurencja potencjalna to taka, która realnie mogłaby powstać³³. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach, nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek. Jak słusznie wskazuje K. Kohutek, pojęcie konkurentów ma istotne znaczenie z punktu widzenia regulacji prawa ochrony konkurencji, wskazuje bowiem krąg podmiotów znajdujących się w stanie ekonomicznej rywalizacji³⁴.

W literaturze wskazuje się, iż w przypadku chęci zawiązania konsorcjum, mali i średni przedsiębiorcy mogą wybrać najczęściej dwa rodzaje podmiotów. Pierwszym z nich są bezpośredni konkurenci z rynku lokalnego. Zaletą wyboru tej opcji jest znajomość bezpośrednich konkurentów, dzięki czemu zainteresowany podmiot może uchronić się przed wybraniem do konsorcjum niezetelnego partnera oraz w konsekwencji narażeniem się na poniesienie odpowiedzialności za ewentualne problemy powstałe przy realizacji umowy zawartej z zamawiającym. Wadą takiego rozwiązania są zaś trudności w nawiązaniu współpracy z podmiotami, które na co dzień ze sobą konkurują. Drugą grupą potencjalnych kandydatów do zawiązania konsorcjów są podmioty nie działające w bezpośredniej bliskości geograficznej danego małego lub średniego przedsiębiorcy. Często tacy potencjalni partnerzy posiadają specjalistyczną wiedzę, potencjał, zasoby i doświadczenie, które są niezbędne do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wadą takiego rozwiązania jest zaś wysoka cena, jaką musi zapłacić konsorcjantowi podmiot z sektora MSP. Z uwagi na fakt,

³⁰ Komunikat KE..., pkt. 10.

³¹ K. Kohutek (2014). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie...*

³² Komunikat KE..., pkt. 10.

³³ E. Stawicki (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX; K. Kohutek (2014). *Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r...*; T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 188–189.

³⁴ Ibidem.

iż zazwyczaj silniejszą pozycję ma partner podmiotu MSP w konsorcjum, marża z ewentualnej realizacji umowy jest większa dla partnera zaproszonego do konsorcjum niż dla podmiotu MSP³⁵.

Wskazać należy, że zasadniczo zakres rynku właściwego w aspekcie produktowym wyznacza rodzaj towarów lub usług, na dostawę lub świadczenie, których zgłosił zapotrzebowanie zamawiający w ramach przetargu. Zatem do przetargu zazwyczaj przystępować będą konkurenci działający na danym rynku właściwym, którzy z uwagi na przedmiot prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej są w stanie samodzielnie zrealizować przedmiot zamówienia. Jednakże, do udziału w przetargu mogą zgłaszać się także przedsiębiorcy działający w formie konsorcjum, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia – mogą to być przedsiębiorcy zarówno niebędący dla siebie konkurentami, jak i konkurenci.

W świetle prawa antymonopolowego uzgodnienia dokonane przez przedsiębiorców niebędących dla siebie konkurentami nie doprowadzą do ograniczenia konkurencji, jeżeli przy założeniu, że podmioty te nie działają na tych samych rynkach właściwych, a tym samym nie prowadzą działalności względem siebie konkurencyjnej przyjmujemy, że uzasadnieniem podjęcia przez tych przedsiębiorców współpracy w ramach konsorcjum jest potrzeba połączenia uzupełniających się potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych itp. W tej bowiem sytuacji podmioty niebędące konkurentami bez współpracy ze sobą nie mogłyby samodzielnie podjąć wykonania się określonego zadania.

2. *Single economic unit*

Zakaz sformułowany w art. 6 uokik (analogicznie w art. 101 ust. 1 TFUE) odnosi się do porozumień ograniczających konkurencję zawieranych pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi przedsiębiorcami. Jednak dla uznania, że mamy do czynienia z przedsiębiorcami niezależnymi nie wystarcza stwierdzenie, iż są to podmioty odrębne z punktu widzenia formalno-prawnego. Mogą one bowiem tworzyć tzw. jeden organizm gospodarczy³⁶.

Doktryna jednego podmiotu gospodarczego została wypracowana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do porozumień i innych form kooperacji pomiędzy powiązаныmi przedsiębiorstwami³⁷. Również orzecznictwo SOKiK oraz Sądu Najwyższego uznaje doktrynę *single economic unit* w prawie konkurencji³⁸.

Single economic unit jest doktryną grupy kapitałowej rozumianej jako jeden organizm gospodarczy, który pomimo że składa się z wielu oddzielnych bytów prawnych, ekonomicznie stanowi jeden podmiot. Zakłada ona, że do przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy

³⁵ W. Płóciennik (2010). Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce – analiza systemowa. W: A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych, s. 200.

³⁶ Szerzej na temat doktryny *single economic unit*: C. Banasiński, M. Bychowska (2011). Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, grudzień; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*; P. Semeniuk (2013). „Polskie zmywy przetargowe” – krytyka. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(2); A. Piszcz (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(2); UOKiK (2013). *Zmowy przetargowe*, wyd. 2. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, s. 11–12.

³⁷ Wyr. TSUE: z 21.2.1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation i Continental Can. Company Inc. przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1973), s. 215; z 31.10.1974 r. wyr. w sprawach 16/74 *Centrafarm B.V i Adriaan de Peiper p. Sterling Drug Inc.*, (Zb. Orz. 1974), s. 2283; z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95P *Viho Europe BV przeciwko Komisji WE* (Zb. Orz. 1996), s. I-5457, powołane za: T. Skoczny, M. Będkowski-Koziół (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 196–197; wyr. z 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11P *Schindler Holding Ltd i in. przeciwko Komisji Europejskiej*.

³⁸ Wyr. SOKiK: z 17.1.1996 r., XVII Amr 54/95 (Wok. 1997, nr 4, s.52); z 5.10.2005 r., XVII Ama 38/04 (Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., Nr 1, poz. 13); wyr. SN: z 19.1.2001 r., I CKN 1036/98 *Legalis*, z 16.1.2003 r., I CKN 1200/00 (OSNC 2004, Nr 4, poz. 58) powołane za: T. Skoczny, M. Będkowski-Koziół (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 197; wyr. SN z 8.05.2013 r., III SK 34/12; wyr. SA w Warszawie z 17.01.2013 r. VI ACA 995/12.

kapitałowej nie stosuje się zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co w konsekwencji oznacza, że pozwala się tym przedsiębiorcom zawierać antykonkurencyjne porozumienia. W ramach grupy kapitałowej nie można bowiem co do zasady mówić o relacjach konkurencji, czyli takich jakie występują pomiędzy przedsiębiorcami samodzielnymi (niezależnymi) działającymi w otoczeniu rzeczywiście konkurencyjnym³⁹.

Zatem doktryna ta wyłącza możliwość zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ustanowionego w art. 6 uokik, a także zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE w stosunku do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami zależnymi oraz przedsiębiorcą dominującym, należącymi do tej samej grupy, w ramach której przedsiębiorcy zależni nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku, nie mogą samodzielnie kierować swym postępowaniem na rynku, lecz muszą stosować się do wytycznych i poleceń wydawanych przez przedsiębiorcę je kontrolującego. W takich przypadkach można bowiem uznać, że to całe grupy kapitałowe konkurują z innymi grupami kapitałowymi lub niezależnymi przedsiębiorcami działającymi na danym rynku relewantnym⁴⁰.

W sytuacji zaś, gdy określone porozumienia zawierane są wyłącznie między przedsiębiorcami, którzy dysponują rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku, to takie zachowania przedsiębiorców będą podlegać ocenie pod względem zgodności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴¹.

3. Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

Dalsza ocena konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji składa się z następujących kroków. Pierwszym z nich jest zbadanie czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel lub przynosi faktyczne lub potencjalne skutki ograniczające konkurencję. Krok drugi stosuje się wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu przepisów prawa ochrony konkurencji. Polega on na określeniu korzyści prokonkurencyjnych wynikających z tego porozumienia i ocenie czy takie prokonkurencyjne skutki przeważają nad skutkami ograniczającymi konkurencję. Powyższe etapy oceny konsorcjum zgodne są ze stanowiskiem Prezesa UOKiK wyrażonym w decyzji RLU 38/2012, w myśl którego, aby stwierdzić, iż działania przedsiębiorców polegające na zawarciu porozumienia w formie umowy konsorcjum, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią niedozwoloną praktykę polegającą na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, należy wykazać zaistnienie w okolicznościach sprawy przesłanek zakazanego porozumienia, o którym mowa we wskazanym przepisie i jednocześnie zaistnienia okoliczności, z których wynika brak przesłanek dopuszczalności zawarcia umowy konsorcjum⁴².

W świetle art. 6 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Dla istnienia ww. praktyki pierwszoplanowe znaczenie ma to czy jej celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Cel porozumienia rozumie się jako „wolę jego uczestników wyrażoną w treści

³⁹ C. Banasiński, M. Bychowska (2011). *Pojęcie grupy kapitałowej...*, s. 31; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa czy działanie...*, s. 51; E. Stawicki (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r...; K. Kohutek (2014). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r..., decyzje Prezesa UOKiK: z 14.03.2007 r., DOK 34/07, z 8.12.2009 r. nr DOK 8/2009, z 31.12.2010 r. nr DOK 11/10, dostępne na: www.uokik.gov.pl.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 40.

określonego dokumentu, jak również to czego strony nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć” (decyzja Prezesa UOKiK z 29 czerwca 2007 r., nr RWR 20/2007)⁴³. Stwierdzenie, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, powinno wynikać z analizy treści porozumienia oraz z kontekstu gospodarczo-prawnego, w jakim doszło do uzgodnień⁴⁴. Za skutek porozumienia należy uznać jego wpływ na relacje między uczestnikami porozumienia oraz wpływ na osoby trzecie (tj. podmioty spoza porozumienia)⁴⁵. Należy wskazać, że przypisanie porozumieniu obiektywnie pojmowanego charakteru ograniczającego konkurencję wyłącza konieczność analizowania przez organ ochrony konkurencji rzeczywistych skutków porozumienia⁴⁶.

Oceniając zgodność działań konsorcjów przetargowych z przepisami zakazującymi stosowania porozumień ograniczających konkurencję należy odnieść się także do stanowiska wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z 6 listopada 2012 r., w którym to Sąd wyraźnie podkreślił, że nie każde porozumienie polegające na ustaleniu warunków sprzedaży negatywnie oddziałuje na konkurencję, mimo że formalnie odpowiada praktyce zawartej w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. Z jednej bowiem strony, jak wskazał SN, art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie: art. 6 ust. 1 uokik) „zakazuje wszelkiego rodzaju porozumień ograniczających konkurencję, bez względu na to czy są to porozumienia wertykalne, horyzontalne, czy też porozumienia między uczestnikami działającymi na różnych, aczkolwiek powiązanych ze sobą rynkach właściwych”, z drugiej zaś – przepis ten „zakazuje tylko takich porozumień między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, przy czym cel ten lub skutek może być konsekwencją zawarcia porozumienia o treści wymienionej w art. 5 ust. 1 pkt 1–7 ustawy”. W rezultacie SN podniósł, że „nie każde porozumienie między dwoma przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest ustalenie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży towarów negatywnie oddziałuje na konkurencję”⁴⁷.

Odnotowuje się, że porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję, kiedy ma ono znaczący, faktyczny lub prawdopodobny, negatywny wpływ na co najmniej jeden z parametrów konkurencji na rynku, takich jak cena, produkcja, jakość, różnorodność lub innowacyjność produktu. Porozumienia mogą powodować takie skutki poprzez znaczne zmniejszenie konkurencji między stronami danego porozumienia lub też pomiędzy jedną ze stron a osobami trzecimi. Oznacza to, że porozumienie musi zmniejszać niezależność stron w podejmowaniu decyzji albo w wyniku zobowiązań zawartych w porozumieniu, które regulują zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron, albo poprzez wpływanie na zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron wskutek wprowadzenia zmiany w działających na nią zachętach⁴⁸.

Konsorcja przetargowe jako porozumienia horyzontalne mogą ograniczać konkurencję również na wskazane poniżej sposoby. Porozumienie może:

⁴³ A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6..., s. 263–264.

⁴⁴ Wyr. SN z 14.1.2009 r., III SK 26/08 (OSNP 2010/13-14/179); wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11 (Legalis nr 473642); wyr. SN z 20.2.2014 r., III SK 26/13 (Legalis nr 993264).

⁴⁵ A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6..., s. 265.

⁴⁶ Wyr. SOKiK z 15.07.1998 r., XVII AmA 32/98 (niepubl.); wyr. SOKiK z 10.9.2003 r., XVII AmA 136/02 (Wokanda 2004/7-8/95); wyr. SOKiK z 6.05.2010 r., XVII AmA 54/08 (niepubl.); wyr. SA z 9.10.2009 r., VI ACa 86/09 (niepubl.); A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6..., s. 267.

⁴⁷ Postanowienie SN z 6.11.2012 r., III SK 16/12 (Legalis nr 561251).

⁴⁸ Komunikat KE..., pkt 27.

- 1) mieć charakter wyłączny w tym sensie, że ogranicza możliwość konkutowania przez strony między sobą lub z osobami trzecimi jako niezależne podmioty gospodarcze lub też jako strony innych, konkurencyjnych porozumień;
- 2) wymagać od stron wniesienia takich aktywów, że ich niezależność w podejmowaniu decyzji zostaje znacznie ograniczona lub
- 3) wpływać na interesy finansowe stron w sposób znacznie zmniejszający ich niezależność w podejmowaniu decyzji; na potrzeby oceny istotne są interesy finansowe zarówno w porozumieniu, jak i w innych stronach porozumienia⁴⁹.

Potencjalnym skutkiem takich porozumień może być zanik konkurencji pomiędzy ich uczestnikami. Konkurenci mogą również odnieść korzyści ze zmniejszenia presji konkurencyjnej, które jest wynikiem porozumienia, i w związku z tym mogą uznać, że podwyższenie cen jest opłacalne. Ograniczenie tych elementów presji konkurencyjnej może prowadzić do wzrostu cen na rynku właściwym. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są m.in. następujące czynniki: czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku, czy są bliskimi konkurentami, czy ich klienci mają ograniczone możliwości zmiany dostawców, czy jest mało prawdopodobne, że konkurenci zwiększą dostawy, jeżeli ceny wzrosną oraz czy jedna ze stron porozumienia ma dużą siłę konkurencyjną⁵⁰.

Prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję na rynku właściwym wzrasta w sytuacji, w której można zakładać, że za sprawą porozumienia strony mogłyby w opłacalny sposób podnieść ceny lub ograniczyć wielkość produkcji, innowacyjność lub różnorodność produktów lub obniżyć ich jakość. Powyższe uzależnione będzie od czynników, takich jak np. charakter i treść porozumienia, zakres, w jakim strony indywidualnie lub wspólnie posiadają lub uzyskują pewien poziom władzy rynkowej oraz stopień, w jakim porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia tej władzy rynkowej lub też pozwala stronom na jej wykorzystywanie⁵¹.

4. Ocena możliwości samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia przez konsorcjantów

Oceny tego czy dane porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu 6 ust. 1 uokik należy dokonywać w odniesieniu do faktycznego kontekstu prawnego i gospodarczego, w którym miałyby miejsce konkurencja w przypadku braku porozumienia wraz z jego wszystkimi domniemanymi ograniczeniami (tj. w sytuacji braku porozumienia w postaci istniejącej, jeżeli zostało już wdrożone, lub planowanej, jeżeli nie zostało jeszcze wdrożone, w momencie dokonywania oceny). Dlatego też, aby udowodnić faktyczne lub potencjalne skutki ograniczające konkurencję, należy uwzględnić konkurencję pomiędzy stronami oraz konkurencję ze strony osób trzecich, w szczególności faktyczną lub potencjalną konkurencję, która istniałaby w przypadku braku porozumienia⁵².

Jak zasygnalizowano we wcześniejszych akapitach, ryzyko ograniczenia konkurencji w wyniku porozumienia kooperacyjnego zależy w dużym stopniu od tego, jaką władzą rynkową dysponują strony porozumienia. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie

⁴⁹ Komunikat KE..., pkt 33.

⁵⁰ Ibidem, pkt 34.

⁵¹ Ibidem, pkt 28.

⁵² Ibidem, pkt 29.

tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byłiby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów. Tym samym stwierdzenie antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum zawiązanego przez niewielkich uczestników rynku (lub rynków, jeśli konsorcjum wymaga współdziałania przedsiębiorców o różnej specjalności), dysponujących wysoce komplementarnymi zasobami, z których żaden nie byłby w stanie samodzielnie wykonać zadania stawianego przed konsorcjum jest mało prawdopodobne. Z kolei konsorcjum zawiązane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, co do zasady uznaje się za porozumienie kartelowe, prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji⁵³.

W związku z powyższym, gdyby okazało się, iż bez zawarcia umowy konsorcjum żaden z uczestników porozumienia nie byłby w stanie wykonać zlecenia samodzielnie lub strony nie mogłyby zrealizować go przy mniej surowych ograniczeniach, utworzenia konsorcjum nie można byłoby uznać za ograniczające konkurencję, tj. naruszające zakaz określony w art. 6 uokik. W takiej bowiem sytuacji alternatywą dla koordynacji zachowań rynkowych przez konsorcjantów byłoby wyeliminowanie ich z puli potencjalnych wykonawców zlecenia, którego żaden z nich nie byłby w stanie wykonać bez współpracy z konkurentem⁵⁴. Co do zasady przyjmuje się, że utworzenie konsorcjum przez przedsiębiorców zdolnych do składania ofert indywidualnie prowadzi do zmniejszenia liczby potencjalnych uczestników przetargu, a w konsekwencji do złagodzenia walki pomiędzy konkurentami i wyższych cen dla zamawiającego. Ten tzw. efekt zmniejszonej konkurencji (*reduced competition effect*) ma zatem negatywne skutki dla konkurencji⁵⁵. Im więcej oferentów, tym większa walka konkurencyjna. Każdy argument, który zaczyna się od założenia, że konsorcjum przetargowe zmniejsza liczbę możliwych oferentów opiera się na założeniu, że wszyscy członkowie konsorcjum braliby udział w przetargu indywidualnie. Jednakże założenie to dla dużych transakcji może okazać się błędne. Większość przedsiębiorców może nie posiadać wystarczających funduszy, umożliwiających im złożenie indywidualnej oferty. W rezultacie, tak jak już wcześniej podkreślono, bez utworzenia konsorcjum, przedsiębiorcy ci w ogóle nie braliby udziału w przetargu, a to doprowadziłoby do zmniejszenia liczby uczestników przetargu i skutkowałoby potencjalnie wyższymi cenami ofert⁵⁶.

W tym miejscu warto także przywołać stanowisko D. Miąsika, wedle którego „konsorcja mogą stanowić przeciwwagę dla podmiotów o znacznej, ugruntowanej sile rynkowej i w ten sposób oddziaływać prokonkurencyjnie. Dotyczy to przede wszystkim konsorcjów tworzonych przez małe

⁵³ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Raport System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, Warszawa, wrzesień 2013 r., s. 80; decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., nr RLU 38/2012, s. 40.

⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 50; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 47; Komunikat KE..., pkt 30.

⁵⁵ A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 46–47.

⁵⁶ E.M. Bailey (2007). *Are private equity consortia...*, s. 2–3.

i średnie przedsiębiorstwa. Korzyści wynikające ze wspólnego składania ofert „mogą być istotne zarówno dla występujących w przetargu, jak i dla oferenta”⁵⁷.

Reasumując, podstawową kwestią oceny antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum jest zbadanie tzw. jego obiektywnej niezbędności poprzez ustalenie czy uczestniczący w nim wykonawcy mogliby w danym przetargu złożyć oferty samodzielnie⁵⁸. W sytuacji, gdy konsorcjanci mogli wystąpić samodzielnie o pozyskanie zamówienia co do zasady uznać należy, że porozumienie zawarte w formie umowy konsorcjum narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedsiębiorcy bowiem, którzy mogliby złożyć indywidualne oferty i efektywnie rywalizować o klienta, wyłączają walkę konkurencyjną na rzecz nieuzasadnionej współpracy. Wykazanie obiektywnego braku możliwości złożenia odrębnych ofert indywidualnie przez każdego z członków konsorcjum prowadzi do wniosku, że konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu⁵⁹.

Powyższe stanowisko zgodne jest z linią orzeczniczą w sprawach rozstrzyganych w trybie odwołań przedsiębiorców na podstawie ustawy Pzp oraz ze stanowiskiem doktryny. W wyroku z 7 lipca 2006 r. Zespół Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-1928/-6, stwierdził iż: „umowę konsorcjum co do zasady wykonawcy zawierają w sytuacji, gdy samodzielnie nie są w stanie spełnić warunków udziału w konsorcjum (...)”⁶⁰. Takie samo stanowisko prezentowane jest przez komentatorów, którzy wskazują, iż celem art. 23 ust. 1 ustawy Pzp jest „wspólne działanie mające doprowadzić do wykonania zamówienia publicznego, które ze względu na swój rozmiar lub specyfikę przekracza możliwości wykonania go przez jednego wykonawcę. W takim przypadku posiadane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doświadczenie i wiedza, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także ich sytuacja finansowa umożliwiają im uzyskanie zamówienia, którego ze względu na wielkość lub specyfikę nie byłoby w stanie uzyskać samodzielnie”⁶¹.

Tworzenie przez wcześniejszych konkurentów konsorcjów na potrzeby startu w przetargach, w których poszczególni członkowie konsorcjum mogliby występować z odrębnymi ofertami było uznawane za ograniczenie konkurencji również przez inne niż polski organy ochrony konkurencji⁶². *The Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (włoski urząd ochrony konkurencji), na posiedzeniu w dniu 2 sierpnia 2012 r. stwierdził, że przedsiębiorcy działający na rynku dystrybucji gazu ziemnego zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na utworzeniu tymczasowego konsorcjum na potrzeby udziału w przetargu organizowanego przez Gminę Casalmaggiore, mimo że konsorcjanci mogli samodzielnie bez współpracy ze sobą wziąć udział w przetargu. Uczestnicy konsorcjum po wygraniu przetargu w rzeczywistości podzielili rynek pomiędzy siebie i świadczyli usługi dystrybucji gazu niezależnie od siebie, dokładnie w takich samych

⁵⁷ D. Miąsik (2004). *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym: studium prawno-porównawcze*. Kraków: Zakamycze, s. 497.

⁵⁸ P. Soszyńska-Purtak, *Zmowa przetargowa*, cz. II. LEX ABC nr 205290; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 47.

⁵⁹ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport...*, s. 80–81.

⁶⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012r, RLU- 38/2012, s. 40–41.

⁶¹ J.E. Nowicki (2014). Komentarz do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. W: *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*. A. Bazan, J.E. Nowicki (red.) Warszawa: LEX.

⁶² Komunikat Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (włoski urząd ochrony konkurencji) <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2011-i740-gas-distribution-2igas-linea-distribuzione-and-their-parent-companies-fined-for-competition-restricting-agreement.html>. W: G. Materna (2014). *Formy zmw przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień*, s. 11. W: *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych*. IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne, Warszawa.

gminach, w których każdy wcześniej dostarczał usługi. Członkowie konsorcjum wyłączyli konkurencję pomiędzy sobą w celu uzyskania optymalnych warunków ekonomicznych. Konsorcjum było jedynym uczestnikiem przetargu i zaproponowało minimalną możliwą cenę.

5. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W związku z tym, że udział w postępowaniu możliwy jest jedynie po spełnieniu ustanowionych przez zamawiającego warunków, należy przy ocenie legalności konsorcjum zastanowić się także nad potwierdzeniem ich spełniania przez uczestników. To właśnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za cel tworzenia konsorcjum, zwłaszcza przez mniejszych przedsiębiorców. Jak zostało wcześniej powiedziane, celem udziału w konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być korzystanie z potencjału innych podmiotów (członków konsorcjum)⁶³. W orzecznictwie podkreśla się, że „prawo do tworzenia konsorcjum i wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ma właśnie na celu umożliwienie sprostania wymaganiom SIWZ i ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału do samodzielnego złożenia oferty⁶⁴”.

Wychodząc z założenia, że zasadniczym celem zawiązywania porozumień konsorcjalnych jest dążenie przedsiębiorców do wspólnego spełnienia wymogów koniecznych dla uzyskania zamówienia publicznego, podstawową kwestią staje się wskazanie sytuacji, w których wymogi te musi spełnić odrębnie każdy z uczestników konsorcjum oraz sposobów dopuszczalnego łączenia potencjałów podmiotowych członków konsorcjum. Rozważając tę kwestię, należy w pierwszej kolejności odnieść się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku w sprawie KIO/1197/10⁶⁵, w którym stwierdziła ona, że możliwość sumowania potencjału „poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum w celu uznania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest zasadą absolutną, którą można generalnie rozciągnąć na wszystkie sytuacje oraz wszystkie warunki udziału w postępowaniu (...). Natomiast fakt, że konkretne żądanie spełniania i wykazywania danego warunku przez wszystkich wykonawców ubiegających się razem o udzielenie zamówienia jest sprzeczne z istotą i celem zawierania konsorcjów, a tym samym narusza konkurencję, należałoby udowodnić”. Do wyjątków podlegających odstępstwu od zasady łączenia potencjałów należy zaliczyć warunki, które wynikają z istoty danego kryterium podmiotowego ściśle związanego z osobą każdego wykonawcy (np. przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 24 ust. 1 Pzp) oraz te wynikające z obiektywnie uwarunkowanych względów prawidłowości realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia. Przesłanki wykluczenia wykonawcy dotyczą jego wiarygodności oraz związanych z każdym uczestnikiem konsorcjum aspektów rzetelności prowadzonej przez niego działalności, w związku z tym mają ściśle personalny charakter i muszą być weryfikowane odrębnie wobec każdego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. W tym zakresie nie występuje sytuacja potencjałów nadających się do sumowania⁶⁶.

Przy ustalaniu czy konsorcjanci mieli możliwość wystąpienia z samodzielnymi ofertami zasadnym jest odwołanie się do przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz zbadanie, czy przedsię-

⁶³ M. Sieradzka, *Konsorcjum a podwykonawcy...*

⁶⁴ Wyr. KIO z 2.09.2010 r., KIO/UZP 1794/10, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

⁶⁵ Wyr. KIO z 2.07.2010 r., KIO/1197/10, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

⁶⁶ K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum...*, s. 53.

biocy spełnili określone w tym przepisie warunki, niezbędne celem ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Do warunków tych zalicza się:

- 1) posiadanie uprawnienia do wykonywania określonej działalności,
- 2) posiadanie wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacja ekonomiczna i finansowa.

Odnośząc się do ww. kwestii posiadania przez konsorcjantów uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, należy wskazać na dwie odmienne koncepcje, które pojawiały w poglądach doktryny. Zgodnie z jedną z nich należałoby odrębnie badać uprawnienia do wykonywania określonej działalności w stosunku do każdego z wspólnie ubiegających się o zamówienie. Koncepcja ta zakładała możliwość brania pod uwagę łącznego potencjału technicznego i kadrowego, kwalifikacji, doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej wykonawców, przy założeniu, że każdy uczestnik konsorcjum musi odrębnie udokumentować posiadanie niezbędnych uprawnień. Druga z koncepcji zakładała zaś możliwość poddania tego warunku łącznej ocenie w ramach sumowania potencjału członków konsorcjum. Stanowisko te zostało potwierdzone w wyroku Zespołu Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-43/05115, w którym ustalono, że odpowiednio stosując na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, należy przyjąć, że wymagane jest „łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja bowiem zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego”. Wniosek ten dotyczy wszystkich pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–4 Pzp. Aktualnie przyjmuje się, że wystarczającym jest, by jeden z wykonawców posiadał komplet uprawnień w zakresie, w jakim wymagają tego przepisy prawa lub by wykonawcy kompletnie dopełniali się w tym aspekcie, legitymując się różnymi koniecznymi uprawnieniami niezbędnymi do realizacji zamówienia⁶⁷.

6. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami

Przy ocenie czy porozumienie ogranicza konkurencję należy uwzględnić także, czy prowadzi ono do takiego ujawniania informacji strategicznych, które zwiększa prawdopodobieństwo koordynacji działań pomiędzy stronami w obszarze współpracy lub poza nim oraz czy może spowodować wysoki stopień uwspólnienia kosztów (tj. części kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron), wskutek czego strony mogą łatwiej koordynować ceny rynkowe i wielkość produkcji⁶⁸.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że konsorcjum przetargowe może budzić wątpliwości w aspekcie porozumienia dotyczącego wymiany informacji pomiędzy jego uczestnikami. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami może stanowić źródło korzyści dla przedsiębiorców i konsumentów lub też mieć antykonkurencyjny cel lub skutek⁶⁹. Porozumienia dotyczące wymiany informacji

⁶⁷ Ibidem, s. 54–55.

⁶⁸ Komunikat KE..., pkt 35.

⁶⁹ Szerzej na temat wymiany informacji: UOKiK (2011). *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wrzesień.

są niezgodne z zasadami konkurencji, jeżeli zmniejszają lub eliminują poziom niepewności co do działalności konkurentów na określonym rynku, będący podstawą gry konkurencyjnej między przedsiębiorcami, co skutkuje ograniczeniem konkurencji i zastąpieniem jej przez współpracę między tymi podmiotami⁷⁰. Odnosząc powyższe do omawianego zagadnienia, współpraca członków konsorcjum może stwarzać ryzyko sztucznej przejrzystości co do strategii handlowej konkurentów go tworzących w odniesieniu do innych, przyszłych postępowań przetargowych, w których będą ze sobą konkurować. Wobec powyższego, aby uniknąć zarzutu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez wymianę poufnych, wrażliwych informacji biznesowych, konsorcjanci powinni ograniczyć wymianę informacji do niezbędnego minimum, koniecznego, aby wspólnie ubiegać się o konkretne zamówienie⁷¹.

Reasumując, co do zasady konsorcjum przetargowe nie prowadzi do naruszenia reguł konkurencji jeżeli:

- 1) żaden z członków konsorcjum nie jest w stanie niezależnie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy,
- 2) uczestnicy konsorcjum nie są w stanie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum,
- 3) wymiana informacji pomiędzy konsorcjantami ogranicza się do niezbędnego minimum koniecznego, aby wspólnie ubiegać się o konkretne zamówienie,
- 4) uczestnicy konsorcjum konkurują ze sobą na rynku poza przetargiem⁷².

7. Ekonomiczne uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum

Należy także zastanowić się czy ocena celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może opierać się jedynie na badaniu przesłanki samodzielnego udziału lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów, czy przypadkiem nie należałoby także dodatkowo ustalić czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum. Odpowiadając na wyżej postawione pytanie, należy odwołać się do słusznego w mojej ocenie stanowiska M. Sieradzkiej, według której istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter⁷³. Jej zdaniem niezbędność utworzenia konsorcjum przetargowego istnieje nie tylko wówczas, gdy konsorcjanci nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu lub wykonać zamówienia, niezbędność utworzenia konsorcjum występuje również, gdy jego udział w postępowaniu jest ekonomicznie uzasadniony. Ocena czy konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji wymaga przeprowadzenia wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy. W pierwszej kolejności rodzaju oraz przedmiotu zamówienia publicznego. Duży, skomplikowany przedmiot zamówienia, krótki okres jego realizacji mogą uzasadniać potrzebę zawarcia umowy konsorcjum, nawet gdy każdy z konsorcjantów może wykonać zamówienie samodzielnie. Połączenie posiadanych zasobów jest wówczas uzasadnio-

⁷⁰ Ibidem, s. 10.

⁷¹ A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 50.

⁷² Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding*, Grudzień 2014, s. 9.

⁷³ M. Sieradzka (2015). Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 5(4), s. 43; M. Sieradzka (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter*, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13.

ne specyfiką zamówienia publicznego⁷⁴. Ponadto, pomimo możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów utworzenie konsorcjum nie powinno ograniczać konkurencji w sytuacji, gdy np. współpraca w ramach konsorcjum pozwala efektywniej wykonać zamówienie, wykonawcy z uwagi na realizację innych zamówień nie są w stanie indywidualnie w określonym terminie wykonać zamówienia, połączenie zasobów pozwala na oszczędność kosztów wykonania zamówienia⁷⁵.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów umożliwia wykonawcom wykazanie (udowodnienie), że cel utworzenia konsorcjum nie jest antykonkurencyjny, nawet gdy konsorcjanci mogą samodzielnie wziąć udział w postępowaniu lub wykonać zamówienie. W praktyce mamy zatem do czynienia z porozumieniem zakazanym (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik), które jednak z uwagi na spełnienie przesłanek zwolnienia z art. 8 ust. 1 pkt 1–4 uokik nie będzie kwalifikowane jako zakazane⁷⁶.

V. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Zasadą w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w unijnym prawie ochrony konkurencji jest to, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują trzy rodzaje wyłączeń:

- 1) tzw. zasadę *de minimis* – art. 7 uokik;
- 2) tzw. wyłączenia grupowe – na mocy rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 8 ust. 3 uokik;
- 3) tzw. wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 uokik.

Porozumienia mogą być usprawiedliwione, dzięki zastosowaniu reguły rozsądku, przez pojęcie której należy rozumieć metodę analizy zgodności porozumienia zawartego między niezależnymi przedsiębiorcami z przepisami prawa antymonopolowego. Zgodnie z omawianą regułą, nawet gdy zostanie ustalone, że porozumienie ogranicza konkurencję, to zachowanie przedsiębiorców może być uzasadnione. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy porozumienie prowadzi do ograniczenia konkurencji w jednym obszarze, jednocześnie zaś zwiększa konkurencję w innym obszarze⁷⁷. Pozytywne skutki płynące z porozumienia mogą prowadzić do uznania jego dopuszczalności, jeżeli osiągnięcie ich byłoby niemożliwe z pomocą środków mniej restrykcyjnych. Badana jest wówczas proporcjonalność między ograniczeniem konkurencji a zakładanymi lub wywołanymi pozytywnymi skutkami⁷⁸.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 uokik zakazu, o którym mowa w art. 6 uokik, nie stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział posiadany w rynku przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%. Powyższego wyłączenia nie stosuje się do tzw. zmów przetargowych, czyli porozumień z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, do których można zaliczyć w określonych wypadkach antykonkurencyjne konsorcja przetargowe. Należy również wskazać, że nie zostało

⁷⁴ M. Sieradzka (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia...*, s. 118.

⁷⁵ M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny...*, s. 44.

⁷⁶ Ibidem, s. 45.

⁷⁷ D. Miąsik (2007). *Reguła rozsądku...*, s. 20–21.

⁷⁸ Ibidem, s. 21.

wydane rozporządzenie grupowe, wyłączające ten rodzaj porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Jednakże, nawet jeśli utworzenie konsorcjum narusza art. 6 ust. 1 uokik to może ono zostać uznane za wyłączone spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 8 ust. 1 uokik. Przepis ten stanowi, iż zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Przepis art. 8 ust. 1 uokik wymienia dwie negatywne (pkt 3 i 4) i dwie pozytywne przesłanki (pkt 1 i 2), których łączne spełnienie wyłącza określone porozumienie spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Wyżej wskazane czynniki powinny być brane przez przedsiębiorców pod uwagę przy dokonywaniu analizy przewagi prokonkurencyjnych korzyści nad antykonkurencyjnymi skutkami. Są one tożsame z określonymi w art. 101 ust. 3 TFUE kryteriami wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wykazanie spełnienia przez umowę konsorcjum wszystkich przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik wymaga wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy. Przedsiębiorca musi wykazać, że konsorcjum nie ma antykonkurencyjnych skutków lub są one minimalne. Przedsiębiorcy muszą udowodnić, że pomimo antykonkurencyjnego celu konsorcjum, można je uzasadnić określonymi korzyściami, np. racjonalizacją wydatków, obniżeniem kosztów dla odbiorców finalnych, prowadzeniem efektywniejszej działalności. Korzyści z zawarcia umowy konsorcjum dzielą się na korzyści ekonomiczne związane z obniżeniem cen, co jest szczególnie korzystne dla zamawiającego oraz korzyści poza ekonomiczne, do których można zaliczyć, np. wzrost jakości świadczonych usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, efektywniejsze wykonanie zamówienia⁷⁹.

Należałoby wobec tego przyjąć, że nawet jeśli konsorcjanci mieli możliwość złożenia ofert samodzielnie, to i tak utworzenie konsorcjum mogłoby zostać uznane za zgodne z prawem konkurencji, jeśli spełniłoby przesłanki wyłączenia indywidualnego określone w art. 8 ust. 1 uokik, tj. przyczyniało się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniało nabywcy odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści, nie nakładając zarazem na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i nie stwarzając tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów⁸⁰.

Utworzenie konsorcjum może skutkować efektywniejszym wykonaniem określonego zadania, przekładającym się na korzyści dla zamawiającego, które przeważają nad ewentualnymi szkodami dla konkurencji. Zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum może być z korzyścią

⁷⁹ M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny...*, s. 46.

⁸⁰ Raport System zamówień publicznych..., s. 81, decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 48.

dla zamawiającego, skutkuje bowiem zintensyfikowaniem konkurencji pomiędzy istniejącymi oferentami⁸¹. Okoliczność ta winna być więc rozpatrywana nie na etapie badania naruszenia art. 6 uokik (jak w przypadku ww. braku możliwości złożenia samodzielnej oferty), lecz na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, tj. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 uokik konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są znacznie bardziej korzystne dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści zamawiającemu⁸². Należy przy tym wskazać, że ciężar dowodu w zakresie wykazania czy porozumienie ogranicza konkurencję, tj. narusza art. 6 uokik spoczywa na organie antymonopolowym. Z kolei obowiązek wykazania, że nawet jeśli porozumienie narusza art. 6 uokik, to jednak korzysta z wyłączenia spod tego zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 uokik – zgodnie z art. 8 ust. 2 uokik spoczywa na przedsiębiorcy⁸³. Członkowie konsorcjum powinni zidentyfikować prokonkurencyjne korzyści wynikające ze złożenia przez nich wspólnej oferty, a następnie ocenić czy przeważają one nad antykonkurencyjnymi skutkami.

W literaturze wskazuje się, że ustalenie w konkretnej sprawie, jaki jest charakter konsorcjum nastręcza wiele trudności, utworzenie konsorcjum może bowiem wywierać skutki zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne⁸⁴.

Prokonkurencyjne skutki płynące z utworzenia konsorcjum pojawiają się w sytuacji, gdy dzięki powołaniu konsorcjum grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Sytuacja taka będzie szczególnie korzystna, jeśli pozwoli grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, którzy dotychczas nie byli poddani presji konkurencyjnej. Także współpraca między dużymi rynkowymi graczami może być korzystna dla ich kontrahentów, np. jeśli umożliwia obsługę dużych zamówień, których żaden z przedsiębiorców nie byłby w stanie wykonać samodzielnie. W takiej sytuacji porozumienie jest niezbędne dla zaistnienia oferty przedsiębiorców biorących udział w konsorcjum na określonym rynku i jako takie nie może zostać uznane za antykonkurencyjne.

Drugą przykładową korzyścią z utworzenia konsorcjum jest połączenie komplementarnych aktywów. Utworzenie konsorcjum może wspierać konkurencję, jeśli pozwala firmom, które samodzielnie nie mogą dostarczyć komplementarnych składników połączyć siły z innymi przedsiębiorcami umożliwiając wspólne dostarczenie tych towarów⁸⁵.

Zadanie, które stawiane jest konsorcjum, może bowiem wymagać różnorodnych zasobów i umiejętności, z których wszystkie naraz nie będą w posiadaniu żadnego z jego uczestników. W takiej sytuacji, nawet jeśli – hipotetycznie – każdy z uczestników konsorcjum dysponowałby finansowymi środkami umożliwiającymi wykonanie zadania (przy założeniu, że brakujące środki techniczne i know-how mógłby zakupić lub wynająć), połączenie przez nich sił mogłoby doprowadzić do wykonania zadania po koszcie niższym niż ten, który zostałby poniesiony przez każdego z nich wykonującego dane zadanie samodzielnie. Obniżka kosztów byłaby tym większa, im bardziej komplementarne zasoby i im większe byłyby koszty uzyskania brakujących zasobów na rynku.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50.

⁸⁴ A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 46.

⁸⁵ Ibidem.

W takiej sytuacji, nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją⁸⁶.

Kolejnym argumentem na to, że konsorcja przetargowe mogą wpływać korzystnie na oferty cenowe jest to, że udział w konsorcjum umożliwia przedsiębiorcom wymianę informacji (*information effect*). Wspiera ona bardziej agresywną licytację ze względu na akumulację informacji (*information pooling*). Wskazuje się, że oferenci szacują wartość zamówienia na podstawie indywidualnej wiedzy oraz doświadczenia. Niektórzy z nich posiadają odpowiednią wiedzę fachową oraz wieloletnie doświadczenie, które pozwala na przygotowanie oferty korzystniejszej, optymalnej kosztowo, z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym zachowaniu atrakcyjności oferowanego wynagrodzenia. Zatem, poprzez drugą opinię konsorcjanta, prawdopodobieństwo, że oferta wybranego oferenta będzie znacznie powyżej prawdziwej wartości zamówienia jest znacznie ograniczona⁸⁷.

VI. Podsumowanie

Konsorcja przetargowe, tak jak każde inne porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, podlegają ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 uokik, mimo że na podstawie art. 23 Pzp są prawnie dopuszczalną formą udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reguły ochrony konkurencji ograniczają bowiem swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców, w tym wyboru metod i zakresu podejmowanej przez nich współpracy. Konsorcjanci nie mogą zatem abstrahować od ograniczeń przewidzianych w prawie ochrony konkurencji, tak by nie narażać się na sankcje ze strony organów ochrony konkurencji. Ocena czy konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji wymaga przede wszystkim przeprowadzenia wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy, a w szczególności przedmiotu zamówienia publicznego, okoliczności towarzyszących składaniu wspólnej oferty, skutku jej złożenia, a także rozróżnienia pomiędzy prokonkurencyjnym a antykonkurencyjnym celem udziału w postępowaniu. W mojej ocenie konieczne jest także ustalenie czy w danej sprawie występuje ekonomiczne uzasadnienie złożenia przez konsorcjantów wspólnej oferty. Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyklucza bowiem antykonkurencyjny charakter konsorcjum⁸⁸. Niewątpliwie brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub brak możliwości samodzielnego wykonania zamówienia należy uznać za ekonomiczny sens zawarcia konsorcjum. Jednakże, ustalenie w ramach tej oceny, że każdy z konsorcjantów posiada wystarczające zasoby do samodzielnej realizacji w całości przedmiotowego zamówienia nie może automatycznie przesądzać o jego antykonkurencyjnym charakterze, wymagane jest dodatkowo ustalenie czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum.

⁸⁶ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport...*, s. 79–80; Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Zmowy przetargowe*, Warszawa, wyd. 2, 2013 r., s. 12; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 r., nr RLU 30/2012, s. 39.

⁸⁷ A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa...*, s. 46, E.M. Bailey (2007). *Are private equity...*, s. 5.

⁸⁸ M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny...*, s. 43.

Bibliografia

- Bailey, E.M. (2007). *Are private equity consortia anticompetitive? The economics of club bidding*, kwiecień, s. 3. Pobrano z: www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Apr07_Bailey4_27f.authcheckdam.pdf.
- Banasiński, C. i Bychowska, M. (2011). Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, grudzień.
- Horubski, K. i Kocowski, T. (2011). Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych. W: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*. Część I, Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny.
- Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs), grudzień 2014, s. 3–4.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 6. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX.
- Materna, G. (2014). Formy zmów przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień, s. 11. W: *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych*. IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne, Warszawa.
- Materna, G. (2013). Kooperencja z perspektywy prawa ochrony konkurencji. W: J. Cygler, M. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk, G. Materna, *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Miąsik, D. (2004). *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym: studium porównawcze*. Kraków: Zakamycze.
- Mosur-Bleze, S. (2014). Niekonkurencyjne konsorcjum. *Przetargi Publiczne*, 3, s. 23.
- Nowicki, J.E. (2014). Komentarz do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. W: *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*. Warszawa: LEX.
- Piszcz, A. (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(2).
- Płóciennik, W. (2010). Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce – analiza systemowa. W: A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Semeniuk, P. (2013). „Polskie zmony przetargowe” – krytyka. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(2).
- Sieradzka, M. (2015). Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(4), s. 43.
- Sieradzka, M. (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter*, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13.

Sieradzka, M. (2014). *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX.

Skoczny, T. i Będkowski-Kozioł, M. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck,

Soszyńska-Purtak, P. (2014). *Zmowa przetargowa*, cz. II. LEX ABC nr 205290.

Stachowiak, M. (2014). Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych. W: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*. wyd. 6. Warszawa: LEX.

Stawicki, E. (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX;

UOKiK (2011). *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wrzesień.

UOKiK (2013). *Zmowy przetargowe*, wyd. 2. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zawłocka-Turno, A. (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(1), s. 46.