

Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter.

Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r. XVII AmA 73/13

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ustalenia wyroku
- III. Ocena prawna wyroku
 1. Konsorcjum przetargowe
 2. Ocena celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
- IV. Konkluzje

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok SOKiK z dnia 10 marca 2015 r. XVII AmA 73/13, w którym spółki, które zawarły umowę konsorcjum na potrzeby przetargu nieograniczonego kwestionowały zasadność decyzji prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. W powołanej decyzji organ antymonopolowy uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹, zawarcie przez wskazane spółki porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert.

Glosowany wyrok SOKiK trzeba zaliczyć do kamieni milowych orzecznictwa antymonopolowego z zakresu porozumień przetargowych. Jego znaczenia nie umniejsza fakt, jak się wydaje, mało zadowalającego uzasadnienia. SOKiK zauważył znaczenie badania charakteru konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie wspólnej oferty jest prawnie dopuszczalne na podstawie art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych². Celem złożenia wspólnej oferty jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę prawną dopuszczalność udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak okoliczności warunkujących taki udział, konieczne jest wyspecyfikowanie podstaw kwalifikacji konsorcjum jako porozumienia przetargowego w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zwłaszcza że nie uczynił tego SOKiK. Pomimo jednak tego, że przyjęte stanowisko wymagałoby szerszego wyjaśnienia, wyrok ma przełomowe znaczenie dla praktyki orzekania o zawarciu porozumienia antykonkurencyjnego w formie konsorcjum. Dotychczasowe podejście organu antymonopolowego zakładało, że konsorcjum przetargowe ma zawsze antykonkurencyjny charakter w sytuacji, gdy przedsiębiorcy biorący w nim udział mogą samodzielnie wykonać zamówienie publiczne. Natomiast wykazanie w praktyce w oparciu o instytucję indywidualnego zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających

¹ Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm. (dalej: uokik).

² Tj. Dz.U. 2013, poz. 907 ze zm.

konkurencję, że konsorcjum ma ekonomiczne uzasadnienie w praktyce należało do rzadkości (na podstawie art. 8 ust. 1 uokik).

Wydany wyrok ukazuje potrzebę wnikliwej oceny charakteru porozumienia przetargowego, co jest szczególnie istotne w warunkach prawnie dopuszczalnej swobody tworzenia konsorcjów przetargowych. Z jednej strony bowiem istnieje potrzeba zapewnienia skutecznej wykrywalności i eliminacji porozumień przetargowych jako ograniczających konkurencję z rynku zamówień publicznych. Z drugiej jednak – równie istotnej dla konkurencji – swobody udziału w postępowaniu wykonawców zamówienia publicznego.

II. Ustalenia wyroku

Prezes UOKiK decyzją z dnia 31 grudnia 2012 r. uznał umowę konsorcjum zawartą przez spółki przystępujące do przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych za porozumienie ograniczające konkurencję, którego stosowanie jest zakazane na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Umowa konsorcjum została zakwalifikowana jako zawarcie przez wskazane spółki porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi. Umowa konsorcjum została uznana za ograniczającą konkurencję z powodu ustalenia wzajemnej wymiany posiadanych zasobów. Ponadto organ antymonopolowy uznał, że bez zawarcia umowy konsorcjum każdy z jego uczestników mógłby wykonać zamówienie samodzielnie. Odwołanie od decyzji wniosła każda ze spółek oddzielnie. Spółki w odwołaniu podniosły fakt legalności konsorcjum w świetle art. 23 ustawy PZP. Dodatkowo spółki podniosły, iż samodzielne wykonanie zamówienia byłoby nieopłacalne. SOKiK uwzględnił złożone odwołania. W ocenie sądu złożenie przez konsorcjum spółek wspólnej oferty nie stanowi naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Przyjął, że zakazane są jedynie porozumienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do postępowania osobno. Działalność konsorcjów przetargowych nie może być kwalifikowana jako naruszająca zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Poza tym SOKiK stwierdził, że spółki nie dysponowały odpowiednim zapleczem (organizacyjnym) umożliwiającym wykonanie zamówienia. SOKiK uznał umowę konsorcjum za zgodną z prawem konkurencji z uwagi na niemożliwość samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (brak wystarczającej ilości pojemników).

Przeгляд praktyki decyzyjnej organu antymonopolowego ukazuje, że konsorcjum przetargowe jest uznawane za ograniczające konkurencję już w sytuacji, gdy przedsiębiorcy biorący w nim udział (wchodzący w jego skład) mogą samodzielnie wykonać zamówienie publiczne. Przyjęcie takiej interpretacji jest nieuzasadnione – co znalazło wyraz w glosowanym orzeczeniu SOKiK, gdyż konsorcjum jest prawnie dopuszczalną formą udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy pamiętać, że ustawa – Prawo zamówień publicznych nie wprowadza żadnych ograniczeń dotyczących udziału konsorcjum w postępowaniu.

III. Ocena prawna wyroku

Analizę prawną wyroku warto poprzedzić przypomnieniem, iż w stanie faktycznym sprawy złożenie wspólnej oferty zostało decyzją Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. uznane za zmo-

ofert (zakazane na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik). Przy ustaleniu czy kwalifikacja konsorcjum jako antykonkurencyjnego porozumienia narusza przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wymaga w pierwszej kolejności przedstawienia istoty konsorcjum przetargowego. Następnie zbadania czy zawarta umowa konsorcjum jest zgodna z prawem konkurencji.

1. Konsorcjum przetargowe

Prawo wykonawców do zawierania porozumień, których celem jest wspólny udział i wykonanie zamówienia publicznego znajduje podstawy w art. 23 ust. 1 ustawy PZP. Powołany przepis ustanawia po stronie wykonawców swobodę zawierania umów w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście należy już w tym miejscu podkreślić, że owa wolność jest ograniczona przepisami prawa, w tym przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³.

Konsorcjum jest formą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego⁴, umożliwiając złożenie wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Członkowie konsorcjum działają w interesie innych konsorcjantów⁵. Porozumienie wykonawców jest jawne, przybiera bowiem formę umowy konsorcjum. W jej ramach następuje uzgodnienie wspólnej oferty, która następnie jest składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie zwraca się uwagę na różny status prawny konsorcjum w zależności od jego ukształtowania (konsorcjum zewnętrzne lub wewnętrzne – zob. wyrok SN z dnia 20 listopada 2014 r. V CSK 177/14). Wyróżnienie to nie wpływa jednak na ocenę celu złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem nie może zakazać udziału w nim konsorcjum. Celem konsorcjantów jest osiągnięcie określonego w umowie zamówienia publicznego, a następnie jego wykonanie. Jak pokazuje praktyka zamówień publicznych, celem zawiązania konsorcjum może jednak być ograniczenie konkurencji. Współpraca wykonawców w ramach konsorcjum może mieć antykonkurencyjne skutki dla rynku zamówień publicznych. Ta forma udziału w postępowaniu umożliwia połączenie potencjału ekonomicznego, finansowego, a także doświadczenia czy zasobów technicznych w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Powszechnie wskazuje się, że zawiązanie konsorcjum dotyczy sytuacji, gdy wykonawcy nie mogą samodzielnie wziąć udziału w postępowaniu i /lub zrealizować zamówienia. Wówczas złożenie wspólnej oferty przez konsorcjum jest jedyną możliwością udziału w postępowaniu. Podobnie w stanie faktycznym sprawy (choć pamiętajmy, że organ antymonopolowy uznał zdolność spółek do samodzielnego wykonania zamówienia). SOKiK uznał umowę konsorcjum za zgodną z prawem konkurencji właśnie z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (brak wystarczającej ilości pojemników).

Można jednak identyfikować sytuacje, gdy konsorcjum składa ofertę, pomimo że wykonawcy są zdolni do samodzielnego udziału w postępowaniu i/lub wykonania zamówienia publicznego. Czy w tych okolicznościach cel ich udziału należy zawsze kwalifikować jako antykonkurencyjny?

³ Oczywiście wykonawcy, zawierając umowę, działają w ramach swobody kontraktowej. W tym zakresie możliwy jest wybór formy umowy spółki cywilnej, jak i zawarcie umowy konsorcjum. Przepisy prawa wprowadzają jednak ograniczenia w zakresie zawierania tych umów, w szczególności dotyczące czynów nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DZ.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz stanowiące podstawę wydania głosowanego wyroku przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁴ Szeroko na temat konsorcjum zob. np. L. Stecki, *Konsorcjum*, Polska Agencja Rozwoju, Toruń 1997 r., M. Sieradzka, *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX ABC.

⁵ Złożenie indywidualnej oferty zakłada działanie we własnym interesie zob. wyr. KIO z 3.02.2015 r. KIO/UZP 93/15, 94/15.

Oczywiście nie można zapominać, że konsorcjanci mogą również próbować wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi tym samym o identyfikację obiektywnych okoliczności uzasadniających wzajemną współpracę konsorcjantów w celu uzyskania zamówienia publicznego. Pewne okoliczności, takie jak posiadana pozycja rynkowa konsorcjantów, możliwość samodzielnego wykonania zamówienia publicznego, podział zamówienia przez konsorcjantów nakazują zastanowić się nad celem udziału konsorcjum w postępowaniu. Powyższe ma kluczowe znaczenie zwłaszcza z uwagi na art. 23 ust.1 ustawy PZP ustanawiający swobodę zawierania porozumień w celu złożenia wspólnej oferty.

2. Ocena celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Art. 6 ust. 1 uokik zawiera zakaz zawierania porozumień, których celem jest ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Jednym z nich jest porozumienie przetargowe (zmowa przetargowa). Praktyka ta polega na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego jego organizatorem warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie prac i ceny⁶.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy trzeba przypomnieć, że organ antymonopolowy uznał, że doszło do zawarcia umowy konsorcjum o antykonkurencyjnym charakterze. Wskazana kwalifikacja wynikała z analizy treści umowy, a w szczególności uzgodnienia w zakresie podziału zasobów mieszkaniowych. Zdaniem organu antymonopolowego celem konsorcjum stało się zminimalizowanie ryzyka związanego z postępowaniem przetargowym z uwagi na fakt, że jego członkowie mogli złożyć pojedyncze odrębne oferty. Prezes UOKiK uznał, że celem konsorcjum stało się wyłączenie konkurencji pomiędzy między konsorcjantami, gdyż każdy z konsorcjantów byłby w stanie wykonać zamówienie samodzielnie. W związku z tym istotne staje się określenie, kiedy udział konsorcjum w postępowaniu ma antykonkurencyjny charakter, a w szczególności czy udowodnienie możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum przesądza o jego antykonkurencyjnym charakterze.

Analiza stanowiska organu antymonopolowego umożliwia zrozumienie dokonanej w decyzji kwalifikacji umowy konsorcjum. Porozumienia przetargowe są bowiem kwalifikowane jako zakazane z uwagi na antykonkurencyjny przedmiot (cel)⁷. W tej sytuacji brak konieczności badania jego skutków. Konsorcjum jako porozumienie przetargowe jest kwalifikowane jako zakazane z uwagi na antykonkurencyjny cel (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)⁸. Jednak kwalifikacja w oparciu o antykonkurencyjny cel jest przedmiotem krytyki⁹. Można jej zarzucić przede wszystkim automatyzm, co jest szczególnie widoczne przy porozumieniach przetargowych przybierających formę konsorcjum.

Jak zatem pogodzić uznawanie automatycznie konsorcjum za rzeczywiste ograniczenia konkurencji, z art. 23 ust.1 ustawy PZP, statuującym swobodę formy wspólnego ubiegania się

⁶ Zob. art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Przez pojęcie porozumienia należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, lecz także wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców (zob. definicję porozumienia z art. 4 pkt 5 uokik).

⁷ Porozumienie to jest kwalifikowane jako najcięższe naruszenie prawa konkurencji – na ten temat zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, wyd.2, Warszawa 2014, s. 287, A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji oraz zamówień publicznych*, iKAR 20132, Nr 4, s. 47 i n.

⁸ zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. nr DOK- 8/2014.

⁹ Szeroko na ten temat zob. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie konkurencji*, KPP 2012, Nr 2, s. 40 i n.

o zamówienie publiczne? Zanim nastąpi udzielenie odpowiedzi na postawione pytanie należy wyspecyfikować następujące rodzaje porozumień przetargowych:

- 1) porozumienie przetargowe wykonawców przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osobno [wówczas każdy z wykonawców posiada status samodzielnego wykonawcy, wykonawcy konkurują o zamówienie, składając odrębne oferty];
- 2) porozumienie w ramach konsorcjum zawarte między wykonawcami przystępującymi do postępowania wspólnie [wykonawcy są traktowani na potrzeby prowadzonego postępowania jak jednej podmiot – wykonawca, składają wspólną ofertę, ich interesy są zbieżne, oraz nie konkurują o zamówienie].

Przypomnieć należy, że SOKiK w uzasadnieniu glosowanego wyroku wskazał, iż jako zakazane można uznać jedynie te porozumienia, które są zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do postępowania osobno (zob. pkt 1)¹⁰. Rozwijając to stanowisko trzeba dodać, że złożenie wspólnej oferty w postępowaniu nie może zostać zakwalifikowane automatycznie jako zakazane porozumienie przetargowe nawet w sytuacji, gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu i/lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Z uzasadnienia wyroku SOKiK wynikałoby, że wspólna oferta w ramach konsorcjum nie może być uznana za porozumienie antykonkurencyjne, ale z tym poglądem nie sposób się zgodzić (o czym poniżej).

Prezes UOKiK oparł swoją decyzję w głównej mierze na ustaleniu, iż każdy z wykonawców mógł samodzielnie wykonać zamówienie publiczne. Zamówienie nie przekraczało możliwości finansowych oraz organizacyjnych konsorcjantów i każdy z nich mógłby wykonać zamówienie samodzielnie.

Czy jednak możliwość samodzielnego udziału i/lub wykonania zamówienia publicznego przesądza o antykonkurencyjnym celu konsorcjum? Zwłaszcza, że norma art. 23 ustawy PZP nie zawiera żadnych ograniczeń dotyczących udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warto w tym miejscu wskazać na regulacje dotyczące udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych (należących do jednej grupy kapitałowej). Domniemanie antykonkurencyjnego charakteru udziału tych podmiotów w postępowaniu może być obalone wskutek wykazania przez wykonawców, że istniejące powiązania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu (nie mają wpływu na złożone oferty)¹¹. Jednak – co trzeba podkreślić – konsorcjum jako forma wspólnego ubiegania się o zamówienie nie została w żaden sposób ograniczona. Dlatego nawet przy możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu uczestnicy konsorcjum mogą zdecydować o złożeniu wspólnej oferty, która będzie korzystniejsza dla zamawiającego niż wiele ofert pojedynczych (tak w omawianym stanie faktycznym). Prawo zamówień publicznych nie zabrania zawarcia pomiędzy wykonawcami porozumienia, zgodnie z którym w niektórych postępowaniach występują jako konsorcjum, a w innych działają samodzielnie, oraz w zakresie współpracy w zakresie udostępniania potencjału osobowego nawzajem w przypadku udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r. (KIO 2242/11, LEX 1027257)). Wykonawcy mogą zawierać porozumienia, których celem jest złożenie wspólnej oferty. Swobody ich zawiązywania nie można ograniczać jedynie do porozumień branżowych. Wykonawcy mogą tym samym zawrzeć

¹⁰ Np. wyrok SOKiK z 25.07.2013 r. VI AcA 303/13, wyrok SN z 11.05.2012 r. II CSK 491/11, wyrok KIO z 20.03.2013 r. KIO/UZP 517/13, wyrok KIO z 9.04.2014 r. KIO/UZP 560/14, 569/14.

¹¹ Zob. art. 24 b ustawy PZP.

porozumienie przewidujące, że w niektórych postępowaniach występują wspólnie, a w innych zamówieniach osobno¹². Jednak brak zakazu zawierania porozumień przetargowych w zakresie złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum nie oznacza, że porozumienie to nie może podlegać ocenie w świetle zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zakazane w świetle tego przepisu są nie tylko porozumienia zawierane przez wykonawców przystępujących do postępowania osobno¹³, lecz także wspólnie, jeżeli brak przesłanki niezbędności zawarcia umowy konsorcjum dla realizacji celu jego zawarcia (udziału w postępowaniu oraz wykonania zamówienia). Zawarcie umowy konsorcjum może mieć ekonomiczne uzasadnienie również, gdy konsorcjanci mogą samodzielnie ubiegać się i/lub wykonać zamówienie publiczne.

W związku z powyższym kluczowe znaczenie ma określenie skutku porozumienia, co do złożenia wspólnej oferty przez konsorcjantów. Przez pojęcie skutku porozumienia przetargowego należy rozumieć wpływ na relacje między konsorcjantami, interes zamawiającego oraz innych uczestników rynku. Ocena czy konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji wymaga przeprowadzenia wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy. W pierwszej kolejności rodzaju oraz przedmiotu zamówienia publicznego. W szczególności 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 uzasadnione specyfiką zamówienia publicznego. Ustalenie, że każdy z konsorcjantów posiada wystarczający potencjał (zasoby), aby samodzielnie zrealizować w całości przedmiotowe zamówienie nie może automatycznie przesądzać o jego antykonkurencyjnym charakterze. Jednak konieczne jest ustalenie czy występuje ekonomiczne uzasadnienie złożenia wspólnej oferty. Pozytywne skutki udziału konsorcjum w zamówieniu mogą w szczególności wiązać się z niższymi kosztami jego wykonania. Zakazane jest uzgadnianie treści ofert oraz koordynacja zachowań w ramach postępowania, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji, wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami¹⁴. Przypomnijmy, że w stanie faktycznym sprawy Prezes UOKiK błędnie ustalił, że konsorcjanci posiadają potencjał techniczny umożliwiający wykonanie zamówienia publicznego. Wskazana kwalifikacja opierała się na wykładni pojęcia „dysponowanie potencjałem technicznych oraz organizacyjnym” umożliwiającym wykonanie zamówienia publicznego. Nie można – w świetle art. 23 ust.1 ustawy PZP – narzucać wykonawcy określonego sposobu dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. W stanie faktycznym sprawy wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu – dysponowania potencjałem technicznym, mógł zakupić na własność lub wynająć pojemniki na odpady. Jednak wybór w tym przedmiocie należy do wykonawcy. Słusznie zatem stwierdził SOKiK, że wyłącznie od wykonawcy zależy, w jaki sposób uzupełni braki w zakresie potencjału technicznego. Tym samym nie można stawiać zarzutu zawarcia umowy konsorcjum w sytuacji, gdy przepisy prawa umożliwiają wykonawcy wybór sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym pogląd jakoby przedsiębiorcy, którzy mogliby indywidualnie rywalizować o klientów, wyłączają między sobą konkurencję, uzgadniając wspólną ofertę w ramach

¹² Zob. wyr. KIO z 5.08.2000 r. KIO/UZP 571/09.

¹³ Co wynikałoby z uzasadnienia wyr. SOKiK. Szeroko na ten temat zob. M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015.

¹⁴ Tak KIO w wyr. z 20.06.2013 r., KIO/UZP 1353/13.

konsorcjum, przesądza automatycznie o jego antykonkurencyjnym charakterze należy uznać za chybiony. Pogląd ten stoi w sprzeczności z *ratio legis* art. 23 ustawy PZP, który przecież nie wprowadza żadnych ograniczeń, co do udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie antymonopolowym akcentuje się, że 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 konkurencją (zob. np. decyzja z dnia 31.12.2012 r. RLU Nr 38/2012).

Biorąc pod uwagę powyższe trzeba przyjąć, iż antykonkurencyjny charakter konsorcjum wyłącza istnienie ekonomicznego uzasadnienia złożenia wspólnej oferty. W tej sytuacji wyłączenie konkurencji między wykonawcami składającymi wspólną ofertę jest niejako rekompensowane obiektywnymi korzyściami. Konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji, jeżeli jego celem jest uzyskanie zamówienia, a jego wykonanie uzasadnia połączenie zasobów. Niezbędne staje się zidentyfikowanie uzasadnienia ekonomicznego zawarcia umowy konsorcjum¹⁵. Jego istnienie wyklucza antykonkurencyjny charakter konsorcjum nawet, gdy związane zostało przez podmioty zdolne do samodzielnego wykonania zamówienia publicznego

IV. Konkluzje

1. Glosowany wyrok ukazuje, iż konsorcjum przetargowe złożone z kilku podmiotów (wykonawców) nie może być automatycznie kwalifikowane jako porozumienie antykonkurencyjne (porozumienie ograniczające konkurencję), w świetle art. 6 ust. 1 uokik. Praktyka stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych pozwala wskazać, kiedy konsorcjum bierze udział w postępowaniu. Może to dotyczyć sytuacji, gdy:

- 1) konsorcjanci są zdolni do samodzielnego udziału w postępowaniu (spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), lecz jego wykonanie wymaga połączenia zasobów oraz
- 2) konsorcjanci są zdolni do samodzielnego udziału w postępowaniu oraz wykonania zamówienia publicznego.

Jeżeli konsorcjanci są zdolni do samodzielnego udziału w postępowaniu (spełniają określone w art. 22 ust.1 pkt 1–4 ustawy PZP warunki udziału w nim) oraz wykonania zamówienia publicznego pojawia się pytanie o cel utworzenia konsorcjum przetargowego. Jego członkowie wyłączają bowiem konkurencję między sobą – konkurencję o uzyskanie zamówienia publicznego na rzecz wzajemnej współpracy. Przyjmując – w drugiej z wyróżnionych sytuacji – domniemanie antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum, wykonawca ma prawo udowodnić istnienie prokonkurencyjnych skutków złożenia wspólnej oferty. Nawet, gdy wykonawcy mogą samodzielnie wziąć udział w postępowaniu oraz wykonać zamówienie mogą istnieć ekonomiczne obiektywne czynniki przemawiające za wspólnym wykonaniem zamówienia. Również takie czynniki, jak brak posiadania pozycji dominującej na rynku przez konsorcjantów, duża liczba potencjalnych wykonawców, konkurencyjny tryb udzielenia zamówienia publicznego przemawiają za prokonkurencyjną kwalifikacją konsorcjum¹⁶.

¹⁵ Nie może to być w szczególności okoliczność poniesienia straty przez konsorcjantów, lecz obiektywna korzyść dla konkurencji.

¹⁶ Zob. wyr. KIO z 22.04.2010 r., KIO/UZP 567/10.

2. Na abrobatę zasługuje również stanowisko SOKiK potwierdzające dopuszczalność współpracy wykonawców zarówno konkurentów, jak i działających na różnych szczeblach obrotu. Współpraca ta wymaga zawierania porozumień, które wywołują korzystne dla konkurencji skutki lub też są neutralne.

3. Pewien niedosyt pozostawia natomiast brak doprecyzowania czy też raczej rozwinięcia stanowiska o antykonkurencyjnym charakterze jedynie porozumień zawieranych przez przedsiębiorców przystępujących do postępowania osobno. W tym miejscu istotne staje się podkreślenie, że celem dopuszczenia konsorcjum do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest umożliwienie uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn: 1) nie są zdolni do jego samodzielnego wykonania; oraz 2) samodzielnie wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.

Pozostaje wierzyć, że nie tylko orzecznictwo sądowe, lecz także praktyka orzecznicza organu antymonopolowego podąży w kierunku zaakceptowania znaczenia i korzyści konsorcjum przetargowego dla rynku zamówień publicznych.

Małgorzata Sieradzka

Doktor nauk prawnych; adiunkt na WPIA Uczelni Łazarskiego w Warszawie;
adwokat prowadzący Kancelarię Adwokacką MSW; e-mail:malgorzata.sieradzka@lazarski.pl.