

**Michał Surdyk**

aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej w Warszawie

## **Możliwość uznania konsorcjum przetargowego za porozumienie ograniczające konkurencję. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., VI ACa 651/15**

### *Wprowadzenie*

Konsorcjum przetargowe jest instytucją umożliwiającą wspólne ubieganie się przez niezależnych od siebie przedsiębiorców o udzielenie zamówienia publicznego. Tworzenie konsorcjów przetargowych jest obecnie<sup>1</sup> wprost dozwolone przez art. 23 prawa zamówień publicznych<sup>2</sup> (dalej: p.z.p.). Umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, choć może przypominać umowę spółki cywilnej<sup>3</sup>. Konsorcjum nie posiada własnej struktury organizacyjnej ani majątku wyodrębnionego z majątków jego uczestników<sup>4</sup>.

W komentowanym wyroku, Sąd Apelacyjny w Warszawie (dalej: SA) rozważał, czy zawarcie konsorcjum przetargowego, mimo że dozwolone przez p.z.p., może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.i.k.)<sup>5</sup>, zakazujący zawierania tzw. zmów przetargowych.

---

<sup>1</sup> Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia została wprowadzona do polskiego porządku prawnego w 2001 r. w wyniku nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych będącej poprzedniczką p.z.p. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy nowelizacyjnej, zmiana ta była odpowiedzią na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, w którym sąd ten stwierdził, że w istniejącym wówczas stanie prawnym o udzielenie zamówienia publicznego nie mogli starać się wspólnie dwaj przedsiębiorcy przez złożenie jednej oferty.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 października 2012 r., I ACa 460/12.

<sup>4</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 r., IX CA 50/07.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 184 z późn. zm.

### *Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

Głosowany wyrok zapadł w wyniku apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z dnia 19 lutego 2015 r., XVII AmA 73/13, w którym sąd ten rozpoznawał odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2012 r., RLU 38/2012.

W swojej decyzji Prezes UOKiK ustalił, że w kwietniu 2008 r. Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku ogłosił przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją z nieruchomości zarządzanych przez tę instytucję. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia tego przetargu szczegółowo określała, jakie przesłanki muszą spełnić wykonawcy biorący udział w przetargu. Do przetargu przystąpiło czterech przedsiębiorców, w tym konsorcjum złożone z dwóch przedsiębiorców posiadających łącznie udziały w rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych w Białymstoku wynoszące około 2/3.

Prezes UOKiK stwierdził, że dwaj przedsiębiorcy, którzy utworzyli konsorcjum przetargowe (dalej: Ukarani Przedsiębiorcy) zawarli antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

W ocenie Prezesa UOKiK, zawiązując konsorcjum, Ukarani Przedsiębiorcy działali w celu wyłączenia konkurencji między sobą, co z kolei miało zagwarantować utrzymanie posiadanych przez nich udziałów rynkowych. Zamiast ryzykować, że nie otrzymają zamówienia, ponieważ korzystniejszą ofertę złoży konkurent, Ukarani Przedsiębiorcy postanowili ubiegać się o udzielenie zamówienia łącznie, tym samym eliminując konkurencję między sobą. Dzięki temu Ukarani Przedsiębiorcy musieli konkurować w przetargu tylko z mniejszymi, a więc mniej groźnymi uczestnikami rynku.

### *Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

W swoim wyroku SOKiK uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK. SOKiK wskazał trzy powody, dla których działania Ukaranych Przedsiębiorców nie naruszyły art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Po pierwsze, zachowanie Ukaranych Przedsiębiorców było legalne, ponieważ art. 23 p.z.p. wprost wskazuje, że przedsiębiorcy mają prawo wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie, art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. zakazuje uzgadniania przez przedsiębiorców „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Ponieważ Ukarani Przedsiębiorcy przystąpili do przetargu wspólnie,

złożyli jedną ofertę, zatem nie mogli uzgodnić warunków składanych ofert (w liczbie mnogiej). SOKiK stwierdził, że zawiązanie konsorcjum nigdy nie może być zatem zawarciem zmywy przetargowej.

Po trzecie, działania Ukaranych Przedsiębiorców nie były zakazane, ponieważ Ukarani Przedsiębiorcy nie byli w stanie samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden z przedsiębiorców nie posiadał bowiem liczby pojemników na odpady wymaganej przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Oznacza to, że Ukarani Przedsiębiorcy nie posiadali potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia. Mogli zatem zawrzeć konsorcjum przetargowe w celu uzupełnienia tego potencjału.

### *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie*

Swoim wyrokiem SA zmienił wyrok SOKiK, oddalając odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK. SA stwierdził, że konsorcjum przetargowe może być zumą przetargową zakazaną na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7. W swojej argumentacji SA odniósł się do stanowiska SOKiK.

Po pierwsze, SA wskazał, że brak zakazu zawierania umów konsorcjum, czy też wyraźne dozwole nie ich zawierania w p.z.p. nie oznacza, że nie mogą one podlegać ocenie z perspektywy u.o.k.i.k. Zawiązanie konsorcjum może jednocześnie pozostawać w zgodzie z p.z.p. i w sprzeczności z u.o.k.i.k.

Pod drugie, SA stwierdził, że zawarcie zmywy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. może nastąpić nawet wtedy, gdy przedsiębiorcy składają w przetargu jedną ofertę. SA wskazuje, że jeśli zmywy przetargowe mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Przesłanką zastosowania tego przepisu nie jest jednak liczba ofert złożonych w ramach przetargu. SA zaznaczył, że w przypadku akceptacji wykładni SOKiK, zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. uzależnione byłoby od liczby ofert składanych przez przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie. Zatem w sytuacji złożenia jednej wspólnej oferty, u.o.k.i.k. nie miałaby w ogóle zastosowania, co z kolei eliminowałoby możliwość ingerencji Prezesa UOKiK w takie zachowania rynkowe. W związku z tym, chcąc uniknąć kar, które mogą być nałożone przez Prezesa UOKiK, przedsiębiorcy mogliby każdorazowo wyłączać swoje działanie spod działania u.o.k.i.k., zawierając konsorcja przetargowe. SA uznał taki pogląd za sprzeczny z „celami i istotą” u.o.k.i.k. Skoro celem u.o.k.i.k. jest ochrona przedsiębiorców i konsumentów przed nieuczciwymi działaniami innych przedsiębiorców, interes publiczny jest chroniony wyłącznie wtedy, gdy zawieranie konsorcjów przetargowych może być uznane za zakazane przez u.o.k.i.k.

Po trzecie, SA stwierdził, że Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, o którego udzielenie się ubiegali. Ma to istotne znaczenie, ponieważ zawarcie konsorcjum przetargowego nie jest ekonomicznie uzasadnione, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie samodzielnie ubiegać się o jego udzielenie i je realizować. Konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji, jeśli jego uczestnicy bez zawarcia konsorcjum w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu. Oceniając, czy Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, SA bada:

- 1) Udział rynkowy uczestników konsorcjum. Zdaniem SA im większy udział rynkowy uczestników konsorcjum, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że musieli oni zawiązać konsorcjum w celu realizacji zamówienia.
- 2) Oferty innych przedsiębiorców. SA zwrócił uwagę, że oferty w przetargu złożyli dwaj inni przedsiębiorcy, posiadający znacznie mniejsze potencjały ekonomiczne niż Ukarani Przedsiębiorcy, co sugeruje, że Ukarani Przedsiębiorcy tym bardziej byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie.
- 3) Możliwość uzupełnienia brakującego potencjału technicznego, np. możliwość dzierżawy czy też zakupienia nowych środków technicznych (pojemników na odpady).
- 4) Stopień skomplikowania technicznego zamówienia i doświadczenie przedsiębiorców w realizacji podobnych zamówień. SA podkreślił, że zamówienie miało charakter standardowego zamówienia na rynku, na którym działali Ukarani Przedsiębiorcy. Co więcej, w przeszłości samodzielnie realizowali oni z powodzeniem podobne zamówienia.
- 5) Czy współpraca przedsiębiorców umożliwia im osiągnięcie jakichś oszczędności, które mogą wpłynąć na zaoferowanie obniżonej ceny albo wyższej jakości usług. SA stwierdził, że w tym wypadku tak nie było.

To wszystko wskazuje, zdaniem SA, że Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, a zatem – że zawarte przez nich konsorcjum narusza zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

### *Analiza problemu i ocena stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie*

W komentowanym wyroku SA wyraźnie zarysowane są trzy zagadnienia prawne. O ile stanowisko SA w kwestii pierwszej, dotyczącej relacji p.z.p. i u.o.k.i.k., oraz kwestii trzeciej, dotyczącej testu obiektywnego uzasadnienia, należy uznać za zasadniczo słuszne, o tyle nie sposób przyznać SA racji w kwestii drugiej, dotyczącej kwalifikacji konsorcjum przetargowego jako zmowy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

W kwestii pierwszej, dotyczącej możliwości dokonywania oceny konsorcjów przetargowych w świetle prawa konkurencji, należy zgodzić się z SA, iż fakt, że p.z.p. pozwala na tworzenie konsorcjów przetargowych, nie oznacza, że ustawodawca wyłączył możliwość dokonywania ich oceny pod kątem zgodności z normami wynikającymi z u.o.k.i.k. Normy prawne przyzwalają na zawieranie niezliczonych rodzajów umów, w tym umów nienazwanych. Przyjęcie, że umowy, których zawieranie jest wprost dozwolone przez prawo, nie mogą być oceniane w świetle art. 6 u.o.k.i.k., kłóciłoby się z brzmieniem art. 4 pkt 5 u.o.k.i.k., który wyraźnie wskazuje, że porozumienie może zostać zawarte w formie umowy między przedsiębiorcami. Pogląd ten potwierdza dotychczasowy dorobek doktryny<sup>6</sup>. Celem art. 23 p.z.p. jest umożliwienie przedsiębiorcom wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co nie przesądza jednak, że każdorazowo cel i skutek takiego działania będzie zgodny z prawem. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że jakakolwiek norma prawa, która wprost przyzwala na jakieś zachowanie, wyłącza możliwość oceny tego zachowania z perspektywy prawa konkurencji.

Kwestia druga dotyczy możliwości zakwalifikowania konsorcjum przetargowego jako zmywy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Stanowisko SA w tej kwestii, opisane powyżej, sprowadza się do następujących dwóch stwierdzeń:

- 1) Porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum są zakazane przez prawo konkurencji, ponieważ – aby możliwa była realizacja celów u.o.k.i.k. – muszą być zakazane przez prawo konkurencji.
- 2) Jeżeli porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Na wstępie należy sprzeciwić się twierdzeniu, że porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum są zakazane, ponieważ muszą być zakazane przez prawo konkurencji. W tym miejscu należy rozważyć charakter prawny kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK. Z perspektywy proceduralnej nie budzi wątpliwości, że postępowanie przed Prezesem UOKiK jest postępowaniem administracyjnym, choć istotnie zmo-

---

<sup>6</sup> M. Salitra, *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8, s. 56–58.; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 4, s. 44–56.

dyfikowanym względem procedury ogólnej przepisami szczególnymi znajdującymi się w u.o.k.i.k.<sup>7</sup>. Równocześnie sankcje przewidziane przez u.o.k.i.k. nie mają charakteru karnoprawnego w rozumieniu kodeksu karnego.

Należy jednak zauważyć, że orzecznictwo sądów i trybunałów międzynarodowych wypracowało odrębną, szeroką definicję prawa karnego w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)<sup>8</sup>. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) wskazuje w swoim orzecznictwie, że norma ma charakter karny, jeżeli jej celem jest prewencja indywidualna i generalna połączona z represją wobec sprawcy<sup>9</sup>, a także jeżeli norma ta stosowana jest wobec szerokiego kręgu podmiotów<sup>10</sup>. Na karny charakter normy wskazuje także surowość przewidzianej przez nią kary<sup>11</sup>. Dla oceny, czy norma prawa materialnego ma charakter karny nie ma znaczenia, zdaniem ETPC, tryb postępowania w sprawie jej naruszenia<sup>12</sup>. Bez wątpienia normy prawa ochrony konkurencji spełniają wszystkie powyższe wymogi. Także Sąd Unii Europejskiej, odwołując się do orzecznictwa ETPC<sup>13</sup>, stwierdził, że

mając na uwadze naturę naruszeń oraz naturę i surowość nakładanych kar, zasada domniemania niewinności [czyli jedna z zasad prawa karnego – dop. M.S.] ma zastosowanie także do postępowań w sprawach naruszeń prawa ochrony konkurencji przez przedsiębiorców, których rezultatem może być nałożenie kar pieniężnych<sup>14</sup>.

Normy prawa konkurencji mają zatem *quasi*-karny charakter – w tym znaczeniu, że są normami administracyjnoprawnymi w rozumieniu polskiego prawa krajowego, a równocześnie normami karnoprawnymi w rozumieniu EKPC.

*Quasi*-karny charakter norm prawa ochrony konkurencji oznacza nie tylko konieczność domniemania niewinności przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym, stosowania w nim dostatecznie wysokiego ciężaru dowodu i rozstrzygania wątpliwości faktycznych na korzyść przedsiębiorcy<sup>15</sup>, ale także konieczność stosowania zasady *nulla poena sine lege*.

<sup>7</sup> D. Sylwestrzak, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2012, s. 10.

<sup>8</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.

<sup>9</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lutego 1994 r., w sprawie A/284, Bendenoun p. Francji.

<sup>10</sup> Wyrok ETPC z dnia 22 maja 1990 r., w sprawie A/177, Weber p. Szwajcarii.

<sup>11</sup> Wyrok ETPC z dnia 4 marca 1978 r., skarga nr 7341/76, Eggs p. Szwajcarii.

<sup>12</sup> Wyrok ETPC z dnia 23 września 1998 r., w sprawie RJD 1998-II, Malige p. Francji.

<sup>13</sup> W szczególności do wyroku ETPC z dnia 25 sierpnia 1987 r., skarga nr 9912/82, Lutz p. Niemcom.

<sup>14</sup> Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 1995 r. w sprawie C-185/95, Baustahlge-webe GmbH p. Komisji Europejskiej.

<sup>15</sup> Ch. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, s. 240.

W świetle powyższego nie można twierdzić, że dane działanie przedsiębiorcy jest zakazane, ponieważ powinno być zakazane dla realizacji celów ustawy. Jeżeli ustawodawca chce, żeby dane działanie przedsiębiorcy było zakazane przez u.o.k.i.k., powinien jasno to wyartykułować. Należy w tym miejscu zgodzić się z poglądem wyrażonym w wyroku SOKiK zmienionym komentowanym orzeczeniem, że art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k. nie należy interpretować rozszerzająco. Jeżeli przepis mówi o uzgodnieniu „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”, trudno przyjąć, że zakazuje uzgadniania warunków złożenia jednej oferty. Zresztą podobne wątpliwości dotyczące brzmienia tego przepisu były już podnoszone w doktrynie. Przykładowo, Małgorzata Sieradzka wyraża pogląd, w myśl którego przesłanki wskazane w art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k. spełni wyłącznie porozumienie zawarte przed przystąpieniem oferentów do przetargu<sup>16</sup>. Miałoby tak być ze względu na użycie przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. sformułowania „uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu”, mającego wskazywać, że zakresem pojęciowym z umowy przetargowej nie są objęte umowy zawarte po tym, gdy przedsiębiorcy ci przystąpili już do przetargu. Podobnie Agata Jurkowska-Gomułka podaje w wątpliwość, czy wobec faktu, że omawiany przepis odnosi się jedynie do „uzgadniania warunków składanych ofert”, możliwe jest objęcie jego zakresem porozumień polegających na określeniu, którzy przedsiębiorcy złożą ofertę w przetargu, a którzy się od tego powstrzymają, czy też uzgodnieniu warunków udziału w przetargu<sup>17</sup>.

Nie można także zgodzić się z drugim stwierdzeniem SA, że jeżeli umowy przetargowe mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Art. 6 u.o.k.i.k. składa się z dwóch części. Pierwsza, art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k., określa ogólne przesłanki, jakie muszą być spełnione, żeby dane porozumienie mogło zostać uznane za zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Następnie art. 6 ust. 1 pkt 1–7 u.o.k.i.k. zawiera otwarty<sup>18</sup> katalog przykładowych<sup>19</sup> porozumień ograniczających konkurencję. Oznacza to, że art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. stanowi samoistną podstawę umożliwiającą stwierdzenie, że dane porozumienie jest zakazane. Mogą zatem istnieć inne,

<sup>16</sup> M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 34.

<sup>17</sup> A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 6, [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 299.

<sup>18</sup> Poprzedzenie katalogu antykonkurencyjnych porozumień sformułowaniem „w szczególności” jednoznacznie wskazuje, że nie jest on katalogiem zamkniętym.

<sup>19</sup> Wyrok SOKiK z dnia 25 października 2004 r., XVII AmA 66/04.

nienazwane praktyki ograniczające konkurencję. Orzecznictwo i doktryna przyjmują, że takimi praktykami nienazwanymi są na przykład porozumienia, których celem lub skutkiem jest antykonkurencyjna wymiana informacji między przedsiębiorcami<sup>20</sup>. Oznacza to, że porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum mogą być zakazane na gruncie prawa konkurencji na podstawie art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. bądź art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k., nawet jeśli nie są zakazane na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Jednocześnie rodzi się pytanie, czy takie rozróżnienie ma jakiegokolwiek znaczenie, tj. czy stwierdzenie, że porozumienie oparte na konstrukcji konsorcjum narusza art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. bądź art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k., ale nie narusza art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., rodzi prawne konsekwencje. Na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Nie wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję są przez prawo konkurencji traktowane na równi. Po pierwsze, choć wszystkie rodzaje porozumień są zakazane, niektóre z nich korzystają z szerszego zakresu wyłączeń niż inne. Jeżeli porozumienie zostanie zakwalifikowane jako porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 lub art. 6 ust. 1 pkt 1–3 u.o.k.i.k., nie może ono skorzystać z wyłączenia *de minimis* na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 u.o.k.i.k., co wprost wynika z art. 7 ust. 3 u.o.k.i.k. Brak możliwości zastosowania wyłączenia *de minimis* do tych porozumień świadczy o tym, że ustawodawca traktuje je jako szczególnie niebezpieczne<sup>21</sup>. Kwalifikacja prawna zмовы przetargowej może mieć zatem fundamentalne znaczenie dla stwierdzenia jej bezprawności.

Co więcej, poza karami nakładanymi na przedsiębiorcę, Prezes UOKiK może nałożyć na osobę zarządzającą przedsiębiorcą karę pieniężną w wysokości do 2 000 000 zł za umyślne dopuszczenie do naruszenia zakazu zawierania niektórych porozumień antykonkurencyjnych (art. 106a ust. 1 u.o.k.i.k.). Co jednak istotne, wśród katalogu tych porozumień nie ma porozumień, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Oznacza to, że możliwość nałożenia kary na osobę zarządzającą w związku z zawartą zmovą przetargową istnieje tylko wtedy, gdy zmovы takiej nie można zakwalifikować na podstawie przywołanego wyżej przepisu i gdy jednocześnie wypełnia ona przesłan-

<sup>20</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95, John Deere p. Komisji; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 lutego 1992 r. w sprawie 92/157/EEC, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*; S. Józwiak, *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*, Warszawa 2011, s. 14.

<sup>21</sup> Wyrok SOKiK z dnia 10 stycznia 2013 r., XVII AmA 140/10; wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2012 r., XVII AmA 179/11.

ki jakiegokolwiek z innych, nazwanych porozumień antykonkurencyjnych, na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k.

Zatem to, jak zostanie zakwalifikowane dane antykonkurencyjne porozumienie, może mieć istotne znaczenie dla ustalenia bezprawności czynu oraz możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności osoby zarządzającej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt komentowanego orzeczenia, wydaje się, że SA powinien był przyjąć, że Ukarani Przedsiębiorcy naruszyli art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k., a nie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Kwestia trzecia dotyczy testu ekonomicznego uzasadnienia. Zastosowanie przez SA tego testu, powszechnie stosowanego w prawie konkurencji do analizy innych zagadnień, należy przyjąć z aprobatą. Test ekonomicznego uzasadnienia umożliwia bowiem rozróżnienie prokonkurencyjnych od antykonkurencyjnych konsorcjów. Jeżeli przedsiębiorcy nie mają możliwości samodzielnej realizacji zamówienia, konsorcjum nie będzie ograniczało konkurencji, ponieważ bez istnienia konsorcjum przedsiębiorcy w ogóle nie mogliby złożyć swojej oferty w przetargu. W tym przypadku współdziałanie przedsiębiorców nie będzie ograniczało konkurencji, lecz będzie dla niej korzystne. Będzie tak, ponieważ złożenie w przetargu oferty przez przedsiębiorców, którzy bez możliwości zawarcia konsorcjum oferty tej by nie złożyli, zwiększy presję konkurencyjną na innych przedsiębiorców. Jeżeli natomiast przedsiębiorcy mają możliwość samodzielnego udziału w przetargu, należy zgodzić się z SA, że wspólne złożenie oferty będzie ograniczało konkurencję. W tej sytuacji, zamiast konkurować ze sobą, przedsiębiorcy zdolni do takiej konkurencji łączą siły, co oznacza, że konkurencja na rynku została ograniczona.

Z aprobatą należy także przyjąć wskazanie przez SA, jakie kryteria mogą być pomocne przy badaniu, czy przedsiębiorcy są w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu. Kryteria zastosowane przez SA wydają się adekwatne, a ich wskazanie powinno przyczynić się do zwiększenia pewności prawa i jednolitości orzecznictwa.

### *Podsumowanie*

Zawiązanie konsorcjum przetargowego może podlegać analizie z perspektywy prawa konkurencji, a przydatny w tej analizie będzie test ekonomicznego uzasadnienia udziału przedsiębiorcy w konsorcjum. Jednocześnie konsorcja przetargowe, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, powinny być kwalifikowane jako naruszające art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k lub, ewentualnie, art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k, nie zaś art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k.