

Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Istota konsorcjum przetargowego
- III. Analiza celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
 1. Antykonkurencyjny cel lub skutek jako podstawa kwalifikacji porozumienia przetargowego jako zakazanego
 2. Przesłanka niezbędności jako ekonomiczne uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
- IV. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł prezentuje problemy, jakie pojawiają się przy ocenie celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum przetargowe jest prawnie dopuszczoną formą udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Istotą konsorcjum przetargowego jest złożenie wspólnej oferty, a wcześniej jej uzgodnienie.

W związku z tym, że uzgadnianie ofert przez wykonawców przystępujących do przetargu jest kwalifikowane jako porozumienie ograniczające konkurencję kluczowe jest określenie, w jakich okolicznościach złożenie wspólnej oferty ma antykonkurencyjny charakter. Zwłaszcza że dopuszczenie konsorcjum do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało obwarowane żadnymi warunkami, np. niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu indywidualnie przez konsorcjantów. W związku z tym, istotne jest określenie, kiedy porozumienie konsorcjantów posiada antykonkurencyjny charakter. Kwestie te budzą kontrowersje, zwłaszcza jeżeli chodzi o ocenę celu udziału konsorcjum w postępowaniu w sytuacji obiektywnej możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez konsorcjantów. Omawiane w artykule problemy dotyczą charakteru konsorcjum przetargowego oraz oceny celu jego udziału w postępowaniu. Zaprezentowano ponadto przesłanki stanowiące uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K21; porozumienie ograniczające konkurencję; antykonkurencyjny cel lub skutek; konsorcjum przetargowe; ekonomiczne uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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

I. Wprowadzenie

Swoboda działalności gospodarczej przedsiębiorców pozwala prowadzić działalność gospodarczą bez obawy o nieuzasadnioną ingerencję organów administracji publicznej. Wolność jej prowadzenia kończy się jednak tam, gdzie przepisy prawa wprowadzają różnego rodzaju zakazy. Jednym z nich jest zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹. Generalnie ujmując, z jego treści wynika, że przedsiębiorcy nie mogą zawierać antykonkurencyjnych porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przejawem jego naruszenia jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zmowa przetargowa może występować zarówno w przetargach prywatnych, jak i w publicznych². Swoboda udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega ograniczeniu przez regulacje prawa antymonopolowego. Pomimo jasnego, jak się wydaje, zakazu owo uzgadnianie jest dozwolone przez przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³. Wykonawcy przystępujący bowiem do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą złożyć wspólną ofertę w ramach konsorcjum. Trudno wyobrazić sobie, aby nie została ona uzgodniona przez nich w zakresie warunków udziału w postępowaniu. W istocie zatem mamy do czynienia z uzgodnieniem ofert przez kilku wykonawców przystępujących wspólnie do jednego postępowania. Z punktu widzenia jego kwalifikacji prawnej kluczowe jest określenie, w jakich okolicznościach owo uzgodnienie jest (będzie) kwalifikowane jako porozumienie ograniczające konkurencję czy to przez zamawiającego (następnie KIO lub sąd), czy też organ antymonopolowy. Zwłaszcza że dopuszczenie konsorcjum do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało obwarowane żadnymi warunkami, np. niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu indywidualnie przez konsorcjantów. W związku z tym, że każde uzgodnienie wyłącza konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami istotne jest określenie, kiedy porozumienie wykonawców w ramach konsorcjum nosi znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję (zmowy przetargowej).

W związku z powyższym nasuwają się dwa istotne pytania: 1) jakie przesłanki (okoliczności) przemawiają za kwalifikacją konsorcjum jako antykonkurencyjnego porozumienia wykonawców oraz 2) jakie przesłanki (okoliczności) wyłączają (umożliwiają wyłączenie) antykonkurencyjny charakter konsorcjum.

II. Istota konsorcjum przetargowego

W związku z tym, że porozumienia przetargowe są formą kooperacji wykonawców, co do warunków składanych ofert, umożliwiając im wspólny udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać je za **porozumienia przetargowe kwalifikowane**. Różnią się one od zwykłych porozumień zawieranych przez wykonawców przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osobno (indywidualnie).

¹ Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

² Zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 286.

³ Tj. Dz.U. 2013, poz. 907 ze zm.

Biorąc pod uwagę prawną dopuszczalność udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum (art. 23 ustawy PZP) pojawia się potrzeba wnikliwej analizy nie tylko celu jego udziału w postępowaniu, lecz także wpływu na zamówienie publiczne. Zanim jednak to nastąpi trzeba ustalić podstawy dopuszczalności udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość składania ofert wspólnych pojawiła się wraz z uchwaleniem ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych⁴. Przed wejściem w życie wskazanej nowelizacji ustawy PZP możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne była wykluczona⁵. **Konsorcjum przetargowe stanowi formę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.** Niezależnie od obranej formy (konsorcjum może przybrać formę umowy lub też stać się nieformalnym porozumieniem) jego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia przez połączenie posiadanych zasobów oraz rozłożenie ryzyka gospodarczego pomiędzy konsorcjantów⁶. Warto wskazać, że konsorcjum nie dość, że nie występuje jako nazwana umowa, ale brak jego definicji w prawie polskim. **Konsorcjum należy określić jako formę organizacyjną nieposiadającą określonej podmiotowości prawnej, struktury organizacyjnej czy też odrębnego majątku, utworzoną przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego, wytyczonego celu gospodarczego.** Konsorcjum umożliwia złożenie wspólnej oferty w związku z tym występuje jako stosunek obligacyjny między wykonawcami. Również ustawa PZP nie wymaga żadnej formy konsorcjum, co pozostawia wykonawcom dowolność, oczywiście w ramach zasady swobody umów. Treść umowy konsorcjum ma być przedstawiona zamawiającemu tylko wówczas, gdy oferta konsorcjum została wybrana. Zatem brakuje prawnych możliwości ingerencji przez zamawiającego w stosunek prawny, który łączy konsorcjantów. Przed wyborem najkorzystniejszej oferty zamawiający nie może ocenić czy z treści zawartej umowy wynika antykonkurencyjny cel (np. przez zamieszczenie klauzuli podziału rynku).

Można zauważyć podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, co pozwala zastosować art. 860 k.c. Przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w oznaczony sposób, w szczególności przez wniesienie wkładów. Nie można jednak przyjąć, że umowa konsorcjum to typowa umowa spółki cywilnej⁷. Osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych⁸. Stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z zamawiającym nie jest odrębna struktura, lecz wszyscy członkowie konsorcjum (wykonawcy)⁹. Powyższe upodabnia konsorcjum do spółki

⁴ Dz.U. Nr 76, poz. 813 ze zm., Zob. art. 1 pkt 7 oraz art. 4.

⁵ Zob. np. wyr. SN z dnia 13 grudnia 1999 r. III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118.

⁶ Szeroka analiza konsorcjum zob. M. Sieradzka, *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX zamówienia publiczne 2014/el.; wyr. KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 567/10. Na temat naruszenia prawa konkurencji przez konsorcjum zob. M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015; R. Szostak, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1; Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2010; R. Świątek, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, PPH 2007, s. 40 i n.; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 44–56.

⁷ Zob. wyr. SA w Białymstoku z dnia 17 października 2012 r., I ACa 460/12, MoPH 2013, Nr 4, s. 44.

⁸ Co sprawia, iż przepis art. 869 § 2 k.c. może być stosowany jedynie odpowiednio – zob. wyr. SA w Szczecinie z dnia 7 marca 2013 r. I ACa 718/12, Legalis.

⁹ Uchwała KIO z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO/KU 54/11.

cywilnej, a status konsorcjantów do współników spółki cywilnej, co nie zmienia jednak faktu, iż stosunek prawny łączący konsorcjantów nie będzie spełniał przesłanek umowy spółki cywilnej. Umowę konsorcjum należy zatem traktować jako umowę nienazwaną prawa cywilnego, do której należy odpowiednio stosować przepisy k.c. dotyczące spółki cywilnej¹⁰. Warunkami wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego jest ustanowienie pełnomocnika (lidera konsorcjum). Natomiast przedstawienie zamawiającemu umowy konsorcjum (umowy regulującej zasady współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego) ma miejsce już po wyborze oferty.

Istotą konsorcjum przetargowego jest udział w jednym postępowaniu większej liczby podmiotów (wykonawców), którzy składają wspólną (jedną) ofertę. Pomimo korzyści, jakie wynikają z udziału konsorcjum stanowi ono również potencjalne zagrożenie dla konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ konsorcjanci, składając jedną ofertę, w istocie uzgadniają jej treść. Uzgodnienie wspólnej oferty jest jednak prawnie dopuszczalne i nie może zostać ograniczone przez zamawiającego¹¹.

Oceniając umowę konsorcjum na gruncie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zakwalifikować ją jako porozumienie w świetle art. 4 pkt 5 uokik. Przez pojęcie porozumienia należy rozumieć nie tylko umowy, lecz także wszelkie uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorcami dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Umowa konsorcjum jako porozumienie podlega zatem ocenie w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez wykonawców warunków składanych ofert. Samo uzgodnienie oferty, jako istota konsorcjum przetargowego, nie może być zatem samoistną przesłanką uznania konsorcjum za porozumienie ograniczające konkurencję. Nasuwa się zatem pytanie o charakter konsorcjum przetargowego, co jest uzasadnione z uwagi na to, że porozumienia przetargowe należą do najcięższych ograniczeń prawa konkurencji¹².

Powyżej zaakcentowano brak kontroli zamawiającego nad treścią umowy konsorcjum. Zamawiający może jednak oceniać zachowanie wykonawców pod kątem zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przetargowego. Z uwagi na to, że zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję ogranicza swobodę tworzenia konsorcjum istotna staje się antymonopolowa ocena jego charakteru.

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 sobą¹³. Autonomiczne podmioty tworzą konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty. U podstaw tworzenia konsorcjum leży umożliwienie udziału w postępowaniu również tych podmiotów, które samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Wówczas wykonawcy nie są konkurentami, gdyż samodzielnie nie mogą przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto jednak pamiętać, że żaden przepis prawa nie zakazuje udziału w postępowaniu konsorcjum, w sytuacji, gdyż każdy

¹⁰ Art. 860-865 k.c.

¹¹ Na taki zakaz złożenia oferty wspólnej wskazał SN w wyr. z dnia 13 grudnia 1999 r. III CKN 478/98, OSNC 2000, Nr 6, s. 118.

¹² Zob. art. 7 ust. 3 uokik.

¹³ Sygn. akt KIO/UZP 567/10. Warto w tym miejscu wskazać, że w literaturze wyrażane są poglądy, iż nie tylko obiektywne uzasadnienie utworzenia konsorcjum, ale też subiektywny czynnik może przesądzać o braku antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum; tak zob. A. Sanchez Graells, *Public procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 278.

z konsorcjantów spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należy określić, czy wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy każdy z konsorcjantów może wziąć udział w postępowaniu samodzielnie, przesądza o antykonkurencyjnym celu złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum?

III. Analiza celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik stanowi, że 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 ceny¹⁴. Celem omawianego zakazu jest ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych¹⁵. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu są zobowiązani do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wyartykułowanej w art. 7 ustawy PZP¹⁶. Zgodnie z tą zasadą wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiają niezależne oferty oparte na kalkulacji ryzyka. Prawidłowa konkurencja na rynku zamówień publicznych wyłącza uzgadnianie w zakresie warunków składanych ofert. Tym samym zakazane jest nawiązywanie wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest wykluczenie lub ograniczenie ryzyka związanego z suwerennym działaniem w warunkach konkurencji¹⁷.

Jak zatem w świetle zakazu z art. 6 ust. 1 uokik zakwalifikować umowę konsorcjum? Przed udzieleniem odpowiedzi już na wstępie należy odrzucić możliwość automatycznej kwalifikacji konsorcjum jako zmowy przetargowej (w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik) jedynie w oparciu o fakt istnienia możliwości samodzielnego udziału przez członków konsorcjum w zamówieniu publicznym. Badając cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących składaniu wspólnej oferty oraz skutki jej złożenia. Warto w tym miejscu odwołać się do przepisów ustawy PZP dotyczących udziału w postępowaniu podmiotów powiązanych (należących do jednej grupy kapitałowej). Zarówno polski, jak i unijny ustawodawca zakazał automatycznego wykluczania z postępowania wykonawców powiązanych składających w jednym postępowaniu odrębne oferty¹⁸. Podobne rozwiązanie należałoby przyjąć przy ocenie udziału konsorcjum w postępowaniu, pomimo braku w ustawie PZP postępowania wyjaśniającego w celu badania wpływu konsorcjum na przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Tym samym udowodnienie braku możliwości samodzielnego udziału w zamówieniu publicznym przez konsorcjantów będzie wyłączać jego antykonkurencyjny cel (szerzej na ten temat poniżej).

¹⁴ Na temat zmowy przetargowej zob. w szczególności E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz*, Twigger, Warszawa 2002 s. 85; A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. G. Materna, *Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców jako źródło ograniczenia konkurencji w postępowaniach o zamówienia publiczne*, PUG 2014, nr 7, s. 15; M. Krasnodębska-Tomkiel, *Uzgadnianie ofert w przetargach to też zмова*. Pobrano z: <http://prawo.gazetaprawna.pl> (30.01.2013).

¹⁵ Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych jest także zapewniona przez przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm). Zmowa przetargowa jest kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy.

¹⁶ Na temat tej zasady szeroko zob. P. Szustakiewicz, *Zasady zamówień publicznych*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2007, s. 135 i n, W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 74 i n.

¹⁷ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2013 r., RKT 46/2013.

¹⁸ Zob. art. 24 b ustawy PZP. Na temat udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych zob. wyr. TSUE z 19 maja 2009 r., C-538/07 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* z glosą M. Sieradzkiej/Lex/el.

Konsorcjum przetargowe umożliwia połączenie zasobów (zdolności) posiadanych przez konsorcjantów (np. finansowych, organizacyjnych). Powszechnie zauważa się, iż celem powołania konsorcjum powinno być umożliwienie przedsiębiorcom pozyskania zamówienia, którego nie byłoby w stanie uzyskać (wykonać) jako pojedynczy wykonawca (zob. decyzja RLU Nr 38/2012, z 22 września 2004 r., Nr RKR -31/2004, wyrok KIO z 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 560/14, KIO 569/14). Podkreśla się także, że konsorcjanci nie są potencjalnymi konkurentami, w związku z czym ich udział w postępowaniu nie ogranicza konkurencji (tak w wytycznych KE w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz.U. UE 2011, C 11/01, pkt 237¹⁹). Z powyższego wynika, że umowa konsorcjum ma (celem jej zawarcia jest) umożliwić udział w postępowaniu podmiotom, które bez jej zawarcia nie mogłyby uczestniczyć w postępowaniu (brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Konsorcjum przetargowe, którego celem jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz jego wykonanie nie może stanowić ograniczenia konkurencji, jeśli przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu nie są w stanie samodzielnie uzyskać i wykonać zamówienia²⁰.

Czy można jednak **przyjąć, że dopuszczalność tworzenia konsorcjum istnieje jedynie wówczas, gdy konsorcjanci nie są w stanie uzyskać zamówienia samodzielnie?** Z dotychczasowej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK wynika, że jeżeli każdy z nich mógł wystartować w przetargu samodzielnie, to wówczas doszło do ograniczenia konkurencji (zob. decyzję w sprawie *ASTWA i MPO* z 31 grudnia 2012 r. oraz precedensowy wyrok SOKiK w tej sprawie z dnia 10 marca 2015 r. sygn. akt XVII AmA 73/13). Jak jednak pogodzić powyższą kwalifikację w oparciu o identyfikację obiektywnego celu zawarcia umowy konsorcjum z prawną dopuszczalnością udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego²¹? Przyjęcie, iż tylko brak obiektywnej możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez konsorcjantów stanowi warunek udziału konsorcjum w postępowaniu w praktyce wpłynęłoby na ograniczenie potencjalnej liczby wykonawców zamówienia publicznego, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców²².

Poza tym ustawa PZP nie wprowadza żadnych ograniczeń w przedmiocie udziału konsorcjum w postępowaniu.

Analizując przesłanki zawarcia umowy konsorcjum, możemy wyróżnić:

- 1) brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ustawy PZP);
- 2) brak możliwości samodzielnego wykonania zamówienia, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) możliwość samodzielnego udziału oraz wykonania zamówienia, ale w warunkach ekonomicznej nieopłacalności samodzielnego wykonania zamówienia;
- 4) spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz możliwość samodzielnego wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy ustalić, kiedy porozumienie wykonawców przybierające formę konsorcjum będzie mogło być zakwalifikowane jako antykonkurencyjne. Już na wstępie do

¹⁹ „Szczególnym zastosowaniem tej zasady byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie. Ponieważ strony umów konsorcyjnych nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 (...)”

²⁰ Tak zob. wyr. TSUE z dnia 24 października 1988 r. (88/568/EWG) w sprawie *Eurotunnel*.

²¹ W świetle art. 23 ustawy PZP bez względu na ocenę spełnienia przez konsorcjantów indywidualnie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

²² Dochodzi bowiem do sytuacji, gdy legalny jest jedynie udział w postępowaniu konsorcjantów, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

dalszych rozważań warto podkreślić, że ocena w tym przedmiocie powinna zostać dokonana *ad casu*. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na brak przepisów prawa warunkujących (uzależniających) udział konsorcjum w postępowaniu od wykazania, iż złożenie wspólnej oferty nie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Chodzi o ocenę udziału konsorcjum w konkretnym zamówieniu publicznym. Zasadne staje się zatem przeanalizowanie konsorcjum przetargowego pod kątem antykonkurencyjnego celu lub skutku. Zwłaszcza, że z dotychczasowej praktyki orzeczniczej organu antymonopolowego wynika, że zgodne z prawem konkurencji są jedynie konsorcja tworzone przez wykonawców, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub nie są zdolni do wykonania zamówienia publicznego.

1. Antykonkurencyjny cel lub skutek jako podstawa kwalifikacji porozumienia przetargowego jako zakazanego

W świetle prawa konkurencji zakazane jest zawieranie porozumień przetargowych, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik uzgodnienie wspólnej oferty przez członków konsorcjum może być uznane za naruszające zakaz porozumień ograniczających konkurencję. W związku z kwalifikacją zmwów przetargowych do tzw. porozumień *card core* nie podlegają one wyłączeniu spod zakazu na podstawie art. 7 uokik²³. Kwalifikacja określonego porozumienia jako zakazanego z uwagi na antykonkurencyjny cel (przedmiot) zwalnia z konieczności wykazywania antykonkurencyjnego skutku²⁴. W związku z tym uzgodnienie wspólnej oferty, a następnie jej złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należałoby zawsze kwalifikować jako zmwę przetargową. Jednak jak wiadomo złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum jest dozwolone na podstawie art. 23 ustawy PZP.

Pojawia się zatem pytanie: jak należy rozumieć antykonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu? Zwłaszcza że zawsze jego udział prowadzi do wyłączenia konkurencji na rzecz wzajemnej współpracy, a w konsekwencji złożenia wspólnej oferty. Jest to szczególnie zauważalne, gdy wykonawcy tworzący konsorcjum mogą samodzielnie wziąć udział w postępowaniu lub wykonać zamówienia. Dlatego też kluczowe staje się rozróżnienie pomiędzy prokonkurencyjnym a antykonkurencyjnym celem udziału konsorcjum w postępowaniu. Jak ukazuje bowiem praktyka działania konsorcjów przetargowych ich udział w postępowaniu może obniżyć koszty wykonania zamówienia publicznego i to pomimo możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu przez konsorcjantów²⁵. Możemy bowiem zidentyfikować sytuację, gdy samodzielne wykonanie zamówienia jest nieopłacalne i to nie tylko dla wykonawców, lecz także dla zamawiającego. Złożenie kilku ofert przez konsorcjantów zwiększa konkurencję, ale nie oznacza, iż będą to oferty korzystniejsze ekonomicznie, ponieważ pomimo iż posiadają oni indywidualnie zdolności (zasoby) niezbędne do wykonania zamówienia, złożenie wspólnej oferty jest korzystniejsze. **Rezygnacja z walki o uzyskanie zamówienia publicznego będzie kwalifikowana jako naruszająca zakaz z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, jeżeli współpraca konsorcjantów nie znajduje ekonomicznego uzasadnienia.**

²³ W oparciu o regułę *de minimis* – na jej temat zob. P. Grabowski, *Zasada de minimis w nowych wyjaśnieniach Komisji Europejskiej i polskiej ustawie antymonopolowej*, Przegląd Prawa Handlowego 2003, nr 3, s. 26.

²⁴ Szeroko na temat antykonkurencyjnego celu lub skutku zob. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 2, s. 34. Autor wskazuje, że adekwatne byłoby używanie wyrażenia „ograniczenia zakazane z uwagi na przedmiot”; A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1, s. 10 i n.

²⁵ W sytuacji, gdy samodzielny udział i wykonanie jest możliwe, ale nieopłacalne; zob. wyr. SOKiK z 10.03.2015 r., sygn.akt AmA 73/13, z glosą M. Sieradzkiej, LEX/el.

Z ekonomicznym uzasadnieniem złożenia wspólnej oferty mamy do czynienia, gdy istnieje, uzasadniony obiektywnymi okolicznościami, ekonomiczny sens złożenia wspólnej oferty. Twierdzę, że umowa konsorcjum może być zgodna z prawem konkurencji, nawet jeżeli wykonawcy zawierają ją w sytuacji, gdy samodzielnie są w stanie: 1) spełnić warunki udziału w postępowaniu, jednak nie mogą samodzielnie wykonać zamówienia lub 2) wykonać zamówienie publiczne (jednak nie spełniają warunków udziału w postępowaniu); 3) spełnić warunki i wykonać zamówienie publiczne. **Jednak oczywiste jest, że brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest właśnie tym obiektywnym (ekonomicznym) sensem zawarcia konsorcjum** (o czym szeroko poniżej). W dotychczasowej praktyce orzeczniczej to właśnie możliwość samodzielnego udziału w postępowaniu decydowała o istnieniu antykonkurencyjnego konsorcjum. Warto jednak pamiętać, że prawo nie ogranicza dopuszczalności zawiązania konsorcjum. Dlatego należy przyjąć, iż w sytuacji, gdy przedsiębiorcy zawiązują konsorcjum w celu realizacji zadania, które nie wymaga współpracy i mogłoby zostać wykonane samodzielnie przez każdego z przedsiębiorców, mamy do czynienia z domniemaniem antykonkurencyjnego skutku umowy konsorcjum. Cel jest zatem tylko jedną z przesłanek kwalifikacji konsorcjum jako zakazanego porozumienia przetargowego. Jak już podkreślano ocena zawarcia porozumienia przetargowego w formie konsorcjum powinna zostać dokonana *ad casu*. Badanie antykonkurencyjnego celu wymaga odniesienia do konkretnego kontekstu gospodarczego. Należy przecież zdawać sobie sprawę, że u podstaw zawarcia konsorcjum leży chęć uzyskania zamówienia publicznego. Celem konsorcjantów jest zatem uzyskanie i wykonanie zamówienia. Warto wskazać na brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel, co dotyczy w szczególności porozumień przetargowych. Pojawia się pytanie o cel złożenia wspólnej oferty, gdy każdy z konsorcjantów mógłby samodzielnie wziąć udział w postępowaniu, a pomimo tego dochodzi do zawiązania konsorcjum. Ponieważ nawet w przypadku stwierdzenia, że wykonawcy są w stanie samodzielnie wykonać całość zamówienia, może się okazać, że posiadane zasoby są zaangażowane w realizację innych zamówień. W celu wykonania zamówienia wymagane zatem staje się zawiązanie konsorcjum.

Jak wskazywano powyżej oczywistym jest, że połączenie w ramach konsorcjum ma (powinno mieć) podstawy w braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub możliwości samodzielnego wykonania zamówienia, stanowiąc jednocześnie obiektywne (ekonomiczne) uzasadnienie zawarcia konsorcjum. Czy jednak ekonomiczne uzasadnienie zawarcia konsorcjum przetargowego wystąpi przy faktycznej możliwości samodzielnego wykonania zamówienia? Jak ukazuje praktyka orzecznicza organu antymonopolowego naruszeniem zakazu porozumień ograniczających konkurencję będzie działalność konsorcjów przetargowych tworzonych w sytuacji, gdy konsorcjanci spełniają warunki udziału w postępowaniu, a tym samym mogą złożyć odrębne oferty. Wówczas konsorcjanci nie są konkurentami, gdyż niemożliwe jest wystąpienie przez nich osobno w przetargu.

Zawarcie umowy konsorcjum może jednak mieć miejsce również wówczas, gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz posiadają wystarczające zasoby (zdolności) pozwalające na wykonanie zamówienia. Jednak jakie okoliczności świadczą wówczas o ekonomicznym uzasadnieniu jej zawarcia? Antykonkurencyjna kwalifikacja porozumienia zawartego w tych okolicznościach uniemożliwiłaby udział wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy (konsorcjanci) muszą mieć możliwość udowodnienia prokonkurencyjnych skutków udziału konsorcjum w postępowaniu. W szczególności wykazania, że samodzielne wykonanie

zamówienia publicznego jest nieopłacalne (ekonomicznie nieuzasadnione). Konsorcjanci muszą zatem **wykazać wystąpienie przesłanki niezbędności zawarcia umowy konsorcjum**. Prawo nie ogranicza bowiem możliwości tworzenia konsorcjum jedynie do tzw. porozumień branżowych polegających na połączeniu potencjału i doświadczenia danych podmiotów w konkretnych różnych branżach. Dozwolone jest zawieranie konsorcjów przez podmioty działające w tej samej branży, które z różnych względów organizacyjnych, gospodarczych czy ekonomicznych podejmują decyzje o wspólnej realizacji przedsięwzięcia²⁶. Zatem możliwe powinno być obalenie domniemania antykonkurencyjnych skutków konsorcjów przetargowych.

Reasumując, zawarcie konsorcjum nie może być automatycznie kwalifikowane jako naruszające zakaz z art. 6 ust. 1 uokik. Ocena celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może opierać się jedynie na badaniu przesłanki samodzielnego udziału lub wykonania zamówienia publicznego. Wymagane jest dodatkowo ustalenie czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum. Pomimo możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów utworzenie konsorcjum nie ogranicza konkurencji, 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 zamówienia. Jak bowiem podkreśla się w doktrynie wykazanie, iż porozumienie nie ogranicza konkurencji jest prostsze, niż udowodnienie zaistnienia przesłanek indywidualnego zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²⁷. Chodzi w tym przypadku o udowodnienie przez konsorcjantów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, że pomimo możliwości samodzielnego wykonania zamówienia publicznego konsorcjum przetargowe znajduje ekonomiczne (gospodarcze) uzasadnienie. Należy bowiem zdawać sobie sprawę, że udział konsorcjum przetargowego w postępowaniu, przy możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez konsorcjantów w istocie prowadzi do wyłączenia konkurencji pomiędzy wykonawcami²⁸. Brak dopuszczalności obalenia antykonkurencyjnego skutku konsorcjum prowadziłby do sytuacji, gdy udział konsorcjum w postępowaniu przy możliwości samodzielnego udziału w przetargu (posiadanie środków technicznych i finansowych) zawsze byłby kwalifikowany jako zakazany z uwagi na antykonkurencyjny cel.

2. Przesłanka niezbędności jako ekonomiczne uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Powyżej zaprezentowano okoliczności wyłączające antykonkurencyjną kwalifikację celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano na przesłankę niezbędności zawarcia konsorcjum, która pozwalałaby na obalenie domniemania antykonkurencyjnego skutku zawarcia umowy konsorcjum. Warto wskazać, że praktyka stosowania ustawy PZP pozwala zidentyfikować sytuacje, w których działalność konsorcjum nie narusza prawa konkurencji, pomimo że wystąpiła przesłanka możliwości samodzielnego złożenia oferty lub wykonania zamówienia. Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może bowiem być korzystny nie tylko dla zamawiającego, lecz także np. użytkowników przedmiotu zamówienia

²⁶ Tak KIO w wyr. z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 567/10.

²⁷ Zob. B. Turno, *Kategoria porozumień...*, s. 43.

²⁸ Są oni bowiem zdolni do samodzielnego udziału i wykonania zamówienia publicznego.

publicznego. Przykładem może być zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia publicznego, co będzie przecież korzystne dla zamawiającego oraz użytkowników. Utworzenie konsorcjum może bowiem skutkować efektywniejszym wykonaniem określonego zadania, przekładającym się na korzyści dla zamawiającego, które przeważają nad ewentualnymi szkodami dla konkurencji (zob. np. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 567/10).

Zatem utworzenie konsorcjum na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być uznane za ekonomicznie uzasadnione. 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. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów umożliwia bowiem 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 zakazane. Warto w tym miejscu zauważyć, że w prawie zamówień publicznych nie występuje procedura postępowania wyjaśniającego zmierzającego do ustalenia czy złożenie wspólnej oferty nie narusza zasady uczciwej konkurencji (tak jak w sytuacji udziału w postępowaniu podmiotów powiązanych). Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający badał istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum.

Wracając do możliwości zastosowania do konsorcjum przesłanek zwolnienia z art. 8 ust. 1 uokik należy już na wstępie wskazać, że będzie to w praktyce trudne (lecz nie wykluczone). Wynika to z kwalifikacji porozumienia przetargowego do najcięższych naruszeń prawa konkurencji (tzw. *hard core restrictions*). Jednak, co już wielokrotnie podkreślano, konsorcjum jest formą kwalifikowaną porozumienia przetargowego, którego istotą jest uzgodnienie wspólnej oferty (jej warunków). Biorąc zatem pod uwagę zasadę równego traktowania wykonawców nie można automatycznie uznawać, że cel utworzenia konsorcjum jest antykonkurencyjny. Chociaż – co wskazano powyżej – porozumienie przetargowe jest właśnie zakazane z uwagi na antykonkurencyjny cel (przedmiot). Konsorcjanci jednak muszą wykazać, że owo uzgodnienie nie jest jedynym celem złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum. Konsorcjum może zostać uznane za zgodne z prawem konkurencji, jeśli spełnia przesłanki wyłączenia indywidualnego z art. 8 ust. 1 uokik, czyli przyczynienia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewnienia nabywcy odpowiedniej części wynikających z porozumienia korzyści, nie nakładając zarazem na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Wskazane przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie²⁹. Warto wskazać, że o ile ciężar dowodu w zakresie wykazania czy konsorcjum narusza art. 6 ust. 1 uokik spoczywa na organie antymonopolowym, to już

²⁹ Warto wskazać, że w doktrynie podkreśla się różnice pomiędzy regułą rozsądku a wyłączeniem w oparciu o przesłanki z art. 8 ust. 1 uokik. Reguła rozsądku zmierza do prawnej i ekonomicznej oceny porozumienia w oparciu o ogólne pojęcie ograniczenia konkurencji; tak P. Podrecki, [w:] M. Kępińskiego (red.), *Prawo konkurencji, System Prawa prywatnego*, t. 15, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 828. Natomiast w przypadku wyłączenia z art. 8 ust. 1 uokik wydaje się, że jest to sposób prawnie określony – opiera się na precyzyjnie określonych przesłankach (art. 8 ust. 1 uok oraz art. 101 TFUE).

wykazanie, że porozumienie przetargowe korzysta ze zwolnienia z art. 8 ust. 1 uokik spoczywa na przedsiębiorcy (wykonawcy) (art. 8 ust. 2).

W tym miejscu należy określić, kiedy (w jakich okolicznościach) możliwe staje się wykazanie przez konsorcjantów, iż cel udziału konsorcjum w postępowaniu nie narusza prawa konkurencji. Chodzi o zidentyfikowanie korzyści dla rynku zamówień publicznych, w tym przecież też dla zamawiającego lub użytkowników, a nie samych członków konsorcjum. 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. Chodzi o udowodnienie, 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 mogą jawić się jako zarówno korzyści ekonomiczne, jak i korzyści poza ekonomiczne³⁰. Te pierwsze są związane z obniżeniem cen, co jest szczególnie korzystne dla zamawiającego, natomiast korzyści pozaekonomiczne odnoszą się do innych korzyści, które mogą wynikać z porozumienia przetargowego, np. wzrost jakości świadczonych usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, efektywniejsze wykonanie zamówienia. Przy czym nie ma znaczenia czy zamawiający otrzyma wskazane korzyści bezpośrednio – niska cena oferty, czy pośrednio w ramach realizacji zamówienia publicznego. Mamy zatem do czynienia ze swoistego rodzaju bilansem-porównaniem korzyści, jakie porozumienie przetargowe przynosi lub może przynieść z ograniczeniami konkurencji, które wynikają z jego zawarcia. Podkreśla się, że art. 8 ust. 1 uokik stanowi swoistego rodzaju racjonalizację zakazu porozumień ograniczających konkurencję³¹. Korzyści z porozumienia przetargowego muszą tym samym, co najmniej równoważyć niekorzystne skutki wynikające z jego zawarcia dla konkurencji na rynku zamówień publicznych. Ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne i konieczne dla osiągnięcia korzyści dla użytkowników lub nabywców³² (zasada proporcjonalności). Elementem zasady proporcjonalności jest konieczność ograniczeń konkurencji³³. Ograniczenie konkurencji przez konsorcjum musi być po pierwsze konieczne dla osiągnięcia wskazanych korzyści, po drugie, ich realizacja (osiągnięcie) nie jest możliwe wskutek zastosowania innych środków (czyli takich, które nie wpływają niekorzystnie na konkurencję)³⁴. Niezbędność wiąże się z koniecznością wykazania przez wykonawcę związku przyczynowego między zawarciem umowy konsorcjum a jej skutkami. Konieczne jest wykazanie, że zawarcie umowy konsorcjum i złożenie wspólnej oferty jest konieczne z punktu widzenia osiągnięcia korzyści, a jednocześnie nie prowadzi (nie powoduje) istotnego ograniczenia konkurencji. Oczywiście chodzi o szersze pojęcie korzyści, a nie o korzyści konsorcjantów³⁵.

³⁰ Decyzja Komisji z dnia 24 lipca 2002 r. w sprawie VISA International II, 2002/871, Dz.Urz. UE L z 2002, Nr 318, s. 17, pkt 82 i n., decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r., 2004/2007, O2 Germany T-Mobile, Dz.Urz. UE L Nr 75, s. 32, pkt 123.

³¹ A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008, s. 34 i n.

³² K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 318 i n., D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 454.

³³ Na temat zasady proporcjonalności zob. J. Dylewska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1, s. 49.

³⁴ Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE. Aspekt korzyści został przedstawiony w wyr. Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995 r. XVII Amr 66/94. zob. też A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 212 i n.

³⁵ W szczególności np. zob. powołanie się na trudności w uzyskaniu zamówienia publicznego przy indywidualnym ubieganiu się o zamówienie. Ewentualne trudności w wykonywaniu działalności gospodarczej nie mogą stanowić uzasadnienia dla ograniczeń prawa konkurencji; zob. Z. Jurczyk, *Kartele w Polityce Konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 356.

Udowodnienie przesłanki braku istotnego ograniczenia konkurencji wymaga zbadania czy członkowie konsorcjum zajmują na rynku pozycję dominującą. Wówczas można określić czy stosowana praktyka eliminuje pozostałą konkurencję. W orzecznictwie podkreśla się znaczenie badania pozycji rynkowej (udziałów w rynku) konsorcjantów (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 15 maja 2012 r., VI ACa 1270/11).

W związku z powyższym prokonkurencyjny wpływ konsorcjum na rynek konkretnego zamówienia publicznego będzie tym większy, im mniejsze będzie prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie. Poza tym w sytuacji, gdy pomiędzy konsorcjantami istnieje komplementarność zasobów prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego skutku konsorcjum zmniejsza się. Również brak substytucyjności zasobów posiadanych przez konsorcjantów będzie minimalizował skutki antykonkurencyjne udziału konsorcjum w postępowaniu o zamówienia publiczne.

W ramach *de lege ferenda* należałoby zastanowić się czy brak wystąpienia antykonkurencyjnego skutku zawarcia umowy konsorcjum nie powinien być przedstawiony w ramach oceny jego wpływu na konkurencję. Wówczas pomimo antykonkurencyjnego celu (kwalifikacja w ramach *object box*) możliwe byłoby obalenie domniemania antykonkurencyjnego skutku porozumienia przetargowego³⁶. W postępowaniach antymonopolowych przyjęta jest jednak kwalifikacja z uwagi na cel, a następnie w ramach reguły rozsądku możliwość udowodnienia przesłanek zwolnienia z art. 8 ust. 1 uokik. Jak ukazuje praktyka orzecznicza organu antymonopolowego, kwalifikacja konsorcjum jako zmowy przetargowej (na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik), a następnie próba wykazania przez konsorcjantów ekonomicznych przesłanek zwolnienia (z art. 8 ust. 1 uokik) może okazać się niemożliwa. Konieczne bowiem jest wykazanie przez konsorcjantów korzyści organizacyjnych, technicznych czy gospodarczych, jakie miałyby przynieść porozumienie, aby można było uznać, iż istnieją podstawy do wyłączenia go spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 uokik ustawy o ochronie konkurencji w oparciu o regułę rozsądku³⁷.

IV. Zakończenie

Celem regulacji rynku zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający przedmiot zamówienia publicznego muszą podejmować decyzje, co do wyboru najkorzystniejszej oferty w warunkach niezakłóconej konkurencji. Stworzone przez uczestników porozumienia pozory konkurencji prowadzą do wyeliminowania reguł konkurencji, jakie w założeniach ma gwarantować przetarg publiczny. Każde bowiem porozumienie wykonawców, niezależnie od formy – zwykłej czy też kwalifikowanej – co do warunków składanych ofert, zakłóca efektywność wyboru. Wynik przetargu zostaje bowiem ustalony wcześniej wskutek dokonanych uzgodnień stron porozumienia. Kwalifikowaną formą udziału wykonawców w przetargu jest konsorcjum. W założeniu (co do zasady) zawarcie umowy konsorcjum ma na celu wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne poprzez połączenie posiadanych zasobów (zdolności), gdy samodzielnie wykonawcy nie są w stanie spełnić warunków udziału. Jednak w ustawie PZP brak ograniczeń dotyczących udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia

³⁶ Na dopuszczalność „podważenia” antykonkurencyjnego celu porozumień ograniczających konkurencję przez brak wystąpienia antykonkurencyjnych skutków wskazuje m.in. O. Odudu, *Restrictions of Competition by Object – What’s the Beef*, „Competition Law Journal” 2008, nr 9, s. 10 i n.

³⁷ Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 16 grudnia 2013 r. Nr RKT – 46/2013.

publicznego, w szczególności w zakresie wykazania przez konsorcjantów, że złożenie wspólnej oferty nie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Nie oznacza to, że swoboda kontraktowa konsorcjantów nie podlega ocenie pod kątem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Jeżeli bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawarto antykonkurencyjne porozumienie, to doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Kluczowe znaczenie ma zatem ich efektywne wykrywanie i zwalczanie oraz eliminowanie ich uczestników z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak ukazuje jednak praktyka zamówień publicznych to właściwa identyfikacja zachowania wykonawców ma kluczowe znaczenie. Eliminowanie konsorcjum z postępowania musi bowiem znajdować podstawy w braku ekonomicznego uzasadnienia udziału w nim. Wystąpienie przesłanki możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu nie jest w mojej ocenie wystarczające, aby zakwalifikować konsorcjum jako antykonkurencyjne porozumienie, zakazane w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Należy przecież pamiętać, że celem systemu zamówień publicznych, jakim jest zagwarantowanie wszystkim wykonawcom, a zatem także konsorcjantom, niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych. Z uwagi na to, że ocena konsorcjum jako porozumienia ograniczającego konkurencję musi uwzględniać zasadę proporcjonalności tak istotne jest ustalenie rzeczywistego celu i skutków jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczne zatem staje się dopuszczenie wykazania, iż udział konsorcjum w postępowaniu nie ogranicza prawa konkurencji (nie wywołuje antykonkurencyjnych skutków). Konsorcjum może bowiem wiązać się zarówno z prokonkurencyjnymi, jak i antykonkurencyjnymi korzyściami dla rynku zamówień publicznych.

Bibliografia

- Dylewska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Grabowski P., *Zasada de minimis w nowych wyjaśnieniach Komisji Europejskiej i polskiej ustawie antymonopolowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 3.
- Jurczyk Z., *Kartele w Polityce Konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Jurkowska A. (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008.
- Kohutek K. (w:) Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Materna G., *Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców jako źródło ograniczenia konkurencji w postępowaniach o zamówienia publiczne*, PUG 2014, nr 7.
- Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz*, Twigger, Warszawa 2002.
- Podrecki P., [w:] M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego*, t. 15, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Odudu O., *Restrictions of Competition by Object – What’s the Beef*, „Competition Law Journal” 2008, No. 9.

- Sanchez Graells A., *Public procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford 2011.
- Sieradzka M., *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX zamówienia publiczne 2014/el.
- Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Stawicki A., *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1.
- Stawicki A. [w:] Stawicki A., E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 212 i n.
- Szostak R., *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Szustakiewicz P., *Zasady zamówień publicznych*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2007.
- Świstak R., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, PPH 2007.
- Turno B., *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 2.
- Zawłocka-Turno A., *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1).