

MAŁGORZATA BRZÓSKA – Autorka jest radcą prawnym, partnerem w Kancelarii BBP Legal

MONIKA NOWAK – Autorka jest aplikantem adwokackim w Kancelarii BBP Legal



BBP Legal

Konsorcja wykonawców a zmowy przetargowe

Przy okazji ogłaszania nowych postępowań przetargowych na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na forach samorządowych oraz wśród przedsiębiorców powraca dyskusja o granicach prawnej dopuszczalności wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie. Orzeczenie w tej sprawie wydał Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Umowy o wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (w ramach tzw. umów konsorcjum) zawierane były do tej pory przede wszystkim przy organizowanych przez gminy przetargach na odbiór oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych. Natomiast w niewielu przypadkach dotyczyły przetargów obejmujących wyłącznie odbiór odpadów komunalnych.

Prawna dopuszczalność wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w formule umów konsorcjalnych zagwarantowana jest zarówno w art. 353¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.), w tzw. zasadzie swobody umów, jak i na poziomie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).

WAŻNE

Za umowy konsorcjum nie mogą zostać uznane przypadki podwykonawstwa, gdzie stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zawsze tylko jeden wykonawca.

Generalna **zasada swobody umów** wyraża się w przyznaniu stronom ustawowego prawa do kształtowania swoich stosunków zobowiązaniowych w dowolny sposób, z zastrzeżeniem, by treść lub cel stosunków zobowiązaniowych nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na gruncie Pzp zasadę tę doprecyzowuje art. 23 ust. 1, który stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jak się wskazuje w komentarzach do Pzp, umowa konsorcjum nie jest zdefiniowana w polskim prawie. Celem zawiązania/zawarcia umowy konsorcjum jest dążenie do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego, którym w zamówieniach publicz-

nych jest złożenie oferty wspólnej, a następnie wspólna realizacja umowy z zachowaniem odpowiedzialności solidarnej uczestników konsorcjum.

Jednak od dozwolonych prawem konsorcjów należy odróżnić porozumienia między przedsiębiorcami spełniające przesłanki tzw. zmwów przetargowych. Zmowy przetargowe są formą współpracy przedsiębiorców, która ma na celu ograniczenie konkurencji.

Zmowy przetargowe

W literaturze wskazuje się, że zmowa cenowa może przybrać różne formy. Dla zobrazowania tego zjawiska można wskazać np. ograniczanie ofert przetargowych polegające na powstrzymaniu się od złożenia ofert lub wycofaniu ofert wcześniej złożonych, co ma na celu wybór przez zamawiającego oferty innego przedsiębiorcy, który zaproponował wyższą cenę. W ramach zmowy cenowej mogą być stosowane także różne metody podziału zysków pomiędzy uczestników takiego porozumienia, np. zapłata gotówki za umówione wcześniej zachowanie pozwalające na wybór wytypowanej przez zamawiających wcześniej oferty, podział rynku czy obietnica zawiązania dodatkowych umów. Tak czy inaczej, zmowa jest mechanizmem ograniczającym konkurencję poprzez ingerencję przedsiębiorców w sferę wolnego rynku.

W Polsce wskazuje się, że często dochodzi do wykorzystywania powtarzalnego schematu zmwów przetargowych, choć oczywiście występuje wiele ich typów. Do takiej konstatacji można dojść po analizie treści decyzji **Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)**. Takim powtarzającym się schematem 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”.

W tym miejscu istotne jest odwołanie się do art. 6 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.i.k.), który stanowi jedno z najważniejszych odniesień, gdy rozpatrujemy legalność wspólnego działania przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych. Z przepisu tego wynika, że **zasada swobody umów, w tym umów np. konsorcjum, doznaje ograniczenia**. Zakazane są bowiem wszelkie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Tym samym niedozwolone jest zachowanie oferentów polegające na wcześniejszych uzgodnieniach, które mogłyby spowodować naruszenie równowagi innych uczestników rynku. Mowa zatem o skutkach takiego porozumienia – jeśli miałyby ono stwarzać możliwość wyeliminowania z rynku konkurencji, nie może być uznane za legalne. Innymi słowy, porozumienia, które mogą prowadzić do eliminacji konkurencji na znacznej części rynku, są niedopuszczalne.

Wyjątki od zakazu

Zakazu zawierania niedozwolonych porozumień nie stosuje się do tych, które spełniają **łącznie następujące przesłanki**:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego,
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści,

3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,

4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Tym samym porozumienia teoretycznie naruszające konkurencję w świetle art. 6 u.o.k.i.k. mogą być uznane za dopuszczalne, jeśli spełnione zostaną wskazane przesłanki.

Dodatkowo, co bywa pomijane, warto zaznaczyć, że w razie wykrycia porozumienia i następnie przeprowadzenia kontroli przez UOKiK, **organ nie ma obowiązku badania, czy wymienione cztery przesłanki łącznie zostały spełnione**. Ciężar ich udowodnienia spoczywa na przedsiębiorcy powołującym się na ich istnienie. W praktyce może to stanowić dużą trudność dowodową.

Z punktu widzenia przedsiębiorcy istotne jest rozważanie, jak jego kroki mające na celu optymalizację działania na rynku mogą zostać ocenione i ewentualnie mogą zostać uznane za zмовę przetargową. W konsekwencji w każdym przypadku rozpatrywania zawarcia umowy zmierzającej do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przedsiębiorcy w pierwszej kolejności powinni dokonać oceny własnych potencjałów – z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu – a następnie sprawdzić, czy którykolwiek z nich faktycznie jest w stanie samodzielnie wykonać zamówienie. Dobrze już na tym etapie określić te obszary ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), których wykonawca nie jest w stanie wykonać samodzielnie, i w tym celu musi przybrać do współpracy kooperanta.

Celem zмовы przetargowej jest zaburzenie konkurencji na rynku właściwym. Dochodzi do niego w dwóch płaszczyznach. Pierwszej, rozumianej wąsko, jako zachwianie konkurencji w konkretnym postępowaniu przetargowym. Drugiej, rozumianej jako zaburzenie konkurencji na skalę szerszą, tj. dotyczące całego rynku,

gazeta samorządu
i administracji

Polecamy prenumeratę GSiA na 2015 rok

Dowiedz się więcej

www.sklep.infor.pl/oferta

co sprowadza się do tego, że pieniądze publiczne nie są spożytkowane w sposób efektywny.

Kompetencje Prezesa UOKiK

Warto w tym miejscu przytoczyć **orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 12 lipca 2013 r.** (sygn. akt KIO 1544/13), zgodnie z którym kwestia porozumień między przedsiębiorcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia może podlegać ocenie KIO jedynie przez pryzmat przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które za przedmiot ochrony mają indywidualny interes przedsiębiorców. Uprawnienie zamawiającego, a w konsekwencji KIO, do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wynika z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Ani zamawiający, ani KIO nie są natomiast właściwi do oceny działań wykonawców pod kątem ewentualnego naruszenia przepisów u.o.k.i.k., która to ochrona podejmowana jest – zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy – w interesie publicznym, a organem wyłącznie właściwym w takich sprawach jest centralny organ administracji rządowej, czyli Prezes UOKiK (art. 29 ust. 1 u.o.k.i.k.).

Cechy niedozwolonego postępowania

Artykuł 23 Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest rodzajem umowy cywilnoprawnej, zawieranej w ramach swobody umów. Zawarcie takiej umowy, jak każde inne działanie przedsiębiorców, nie może naruszać przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawarcie umowy konsorcjum nie powinno z góry być poczytywane przez zamawiających jako nieuczciwa konkurencja, która w rezultacie wymaga zbadania możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie.

Dokonując dystynkcji pomiędzy umową konsorcjum a porozumieniem ograniczającym konkurencję, należy mieć na względzie **decyzję UOKiK Delegatura w Lublinie z 31 grudnia 2012 r.** (zn. RLU-410-1/09/MW) dotyczącą konsorcjum ASTWA z MPO Sp. z o.o. w Białymstoku. W postępowaniu tym UOKiK stanął na stanowisku, że porozumienie jest niedozwolone, jeżeli:

- 1) wymagania określone w SIWZ nie przekraczają indywidualnych możliwości finansowych i organizacyjnych pojedynczego przedsiębiorcy,
- 2) samodzielni przedsiębiorcy mogliby bez trudu wykonać zamówienie,

- 3) wskutek zawarcia niedozwolonego porozumienia nastąpiło ograniczenie wolności działania przedsiębiorców przez koordynowanie ich zachowań.

Z kolei **Komisja Europejska** uznała za całkowicie dopuszczalne i niewchodzące w zakres zakazu tworzenia karteli porozumienie pomiędzy kontraktującymi a podwykonawcami robót budowlanych, standaryzujące procedury przetargowe (**decyzja KE w sprawie FIEC/CEETB, Dz.U. EWB 1988 r., C 52/2**). Tym samym porozumienia, które przynoszą korzyści polegające na obniżeniu kosztów organizacji i uczestnictwa w przetargu, nie powinny być rozpatrywane w kategoriach działania niezgodnego z prawem.

Konkludując, konsorcjum zawierane przez wykonawców na podstawie art. 353¹ k.c. oraz art. 23 Pzp jest **ustawowym prawem uczestników postępowania przetargowego do swobodnego kreowania strony podmiotowej po stronie wykonawcy**, mimo że *de facto* może ono prowadzić do wyłączenia konkurencji między uczestnikami konsorcjum. Przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni jednak mieć świadomość konieczności udowodnienia, że zawarta przez nich umowa – oceniana zarówno przez pryzmat celu, jak i przypisania danemu uczestnikowi konsorcjum konkretnych zadań do wykonania – nie stanowi porozumienia ograniczającego konkurencję. Dlatego też nie jest uprawniona – co, niestety, spotyka się w praktyce – interpretacja rozszerzająca decyzji UOKiK z 31 grudnia 2012 r. (decyzja w sprawie ASTWA) polegająca na przyjmowaniu *a priori* niemożliwości zawiązywania konsorcjów przez przedsiębiorców z branży odpadowej w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Należy również pamiętać, że podwykonawstwo w ramach umów w sprawie zamówień publicznych nie jest formą wspólnego udziału w postępowaniu, zatem nie może być uznane za konsorcjum. Nie wyklucza to jednak całkowicie zarzutu polegającego na uznaniu, że także umowa o podwykonawstwo może – wyłącznie w określonych ściśle okolicznościach faktycznych danego przypadku – stanowić porozumienie naruszające konkurencję. ■

PODSTAWY PRAWNE

- ▶ art. 1 ust. 1, art. 6 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331; ost. zm. Dz.U. z 2014 r. poz. 945)
- ▶ art. 23 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 907; ost. zm. Dz.U. z 2014 r. poz. 1232)
- ▶ ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503; ost. zm. Dz.U. z 2009 r. nr 201, poz. 1540)
- ▶ art. 353¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (j.t. Dz.U. z 2014 r. poz. 121; ost. zm. Dz.U. z 2014 r. poz. 827)