



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

„Ograniczenie konkurencji” jako czynnik limitujący zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk do porozumień ingerujących w przebieg przetargów

Grzegorz Materna



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

„Ograniczenie konkurencji” jako czynnik limitujący zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk do porozumień ingerujących w przebieg przetargów

Grzegorz Materna

Draft Paper.
Please do not quote

Grzegorz Materna*

„Ograniczenie konkurencji” jako czynnik limitujący zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk do porozumień ingerujących w przebieg przetargów

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Kwalifikacja porozumień przetargowych jako ograniczeń konkurencji – obecne podejście
 1. Orzecznictwo administracyjne i sądowe
 2. Stanowisko doktryny
- III. Postulowany sposób kwalifikacji porozumień przetargowych w świetle przesłanki ograniczenia konkurencji
 1. Porozumienia przetargowe niepowodujące ograniczenia konkurencji
 2. Porozumienia przetargowe niemieszczące się w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Porozumienia między przedsiębiorcami polegające na ustalaniu warunków ofert przetargowych są w polskim orzecznictwie antymonopolowym postrzegane jako jedne z najpoważniejszych naruszeń reguł prawidłowego obrotu gospodarczego, ograniczające konkurencję ze względu na sam swój charakter. Niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie argumentów za zniuansowaniem sposobu kwalifikacji porozumień przetargowych w świetle przesłanki ograniczenia konkurencji. Uzasadnieniem jest to, że opisowi praktyki zawartemu w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk odpowiadają różne typy grupowych zachowań przedsiębiorców ingerujące w przebieg i wyniki przetargu: horyzontalne zmony między konkurentami, porozumienia kooperacyjne oraz tzw. wertykalne zmony przetargowe. „Antykonkurencyjne potencjał” tych różnych kategorii zachowań jest niejednakowy. Mieszczą się wśród nich takie, które wymagają głębszej analizy pod kątem występowania przesłanki ograniczenia konkurencji. W opracowaniu wskazuje się, że niektóre zachowania

* Dr nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN, pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

przedsiębiorców ingerujące w przebieg i wyniki przetargu mimo zbieżności z opisem praktyki zawartym w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, mogą konkurencji nie ograniczać, a przypadku innych dla zastosowania względem nich ustawowego zakazu wymagane byłoby wykazywania antykonkurencyjnego skutku.

I. Wprowadzenie

Problematyka nieuczciwego oddziaływania przez przedsiębiorców na przebieg i wyniki postępowań przetargowych stała się w ostatnim czasie nie tylko przedmiotem rozważań w literaturze naukowej¹, ale również częścią szerszej debaty publicznej na temat nieprawidłowości, w tym nadużyć finansowych i korupcji, w postępowaniach o zamówienie publiczne organizowanych dla realizacji inwestycji współfinansowanych w ramach funduszy europejskich².

Uzgodnienia między uczestnikami obrotu gospodarczego nieuczciwie oddziałujące na przebieg i wyniki postępowań przetargowych postrzegane są jako **jedne z najpoważniejszych negatywnych ingerencji w reguły prawidłowego obrotu gospodarczego**. W sferze legislacyjnej znalazło to wyraz w uznaniu ich zarówno za delikt administracyjny zakazany na podstawie prawa ochrony konkurencji³, jak i – w przypadku

1 Zob. m.in. D.E. Wojtczak, Zwalczanie zmów przetargowych w Polsce, PiP 2010, nr 7, s. 68-77; 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(1), s. 44-56; M. Król-Bogomilska, Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym, Warszawa 2013; G. Borowik, Zwalczanie zmów cenowych jako zagrożenia ekonomicznych interesów RP – próba oceny skuteczności unormowań prawnych, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2013, nr 9(5), s.167-193; P. Semeniuk „Polskie zminy przetargowe” – krytyka, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1(2), s. 53-67; G. Materna, Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, PUG 2013, nr 12, s. 4-13; G. Materna, Formy zmów przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykrywaniu niedozwolonych porozumień [w:] Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych. IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne, Warszawa 2014, s. 7-19; G. Materna, Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców jako źródło ograniczenia konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego Nr 7/2014, s. 15-21.

2 Kontekst tej debaty stanowiło w szczególności postawienie zarzutów w procesie karnym osobom mającym angażować się w zminy przetargowe przy budowie autostrad finansowanych z funduszy UE. Ujawnienie tych informacji spotkało się zresztą z reakcją ze strony Komisji Europejskiej w postaci czasowego zawieszenia wypłaty środków z funduszy UE na współfinansowanie z nich projekty drogowe. Na temat powyższej sprawy, zob. m.in. publikacje prasowe [w:] Newsweek Polska: V. Krasnowska-Salustowicz, Zmowa cenowa na polskich drogach? Operacja ‘Bielizna’, <http://biznes.newsweek.pl/zmowa-cenowa-na-polskich-drogach--operacja--bielizna-99131,1,1.html>; Puls Biznesu: Ruszył proces o głośne ‘zminy przetargowe’ przy budowie polskich dróg, <http://www.pb.pl/3786259,69711,ruszył-proces-o-glosne-zminy-przetargowe-przy-budowie-polskich-drog>; Gazeta Wyborcza: B. Wróblewski, Zmowa przy przetargach drogowych. Operacja ABW ‘Rydwan’, http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,12983958,Zmowa_przy_przetargach_drogowych__Operacja_ABW__Rydwan_.html.

przetargów publicznych – za czyn zabroniony na gruncie kodeksu karnego⁴. Przypisywanie dużego znaczenia problemowi nieuczciwych porozumień przetargowych uzasadnia wielość i waga dóbr prawnie chronionych, na które takie praktyki mogą negatywnie oddziaływać. Porozumienia przetargowe godzą zarówno w interesy zindywidualizowanych podmiotów zaangażowanych w przetarg⁵, jak i w interes publiczny. Porozumienia przetargowe mogą naruszać

dobro jakim w gospodarce rynkowej jest prawidłowe funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, w tym również prawidłowy przebieg przetargów, które mają zapewniać przejrzystość w zawieraniu umów oraz korzyści w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty spośród składanych przez oferentów⁶. Wreszcie, porozumienia między oferentami nieuczciwie wpływające na wyniki przetargu zagrażają prawidłowemu wydatkowaniu środków publicznych, uderzając pośrednio we wszystkich członków społeczeństwa⁷.

Zgadając się z postrzeganiem porozumień nieuczciwie ingerujących w przebieg i wyniki przetargu jako poważnych naruszeń reguł funkcjonowania obrotu gospodarczego, zarazem postulować należy **zniuanowanie oceny porozumień przetargowych** z perspektywy prawa ochrony konkurencji. Naturalnie znaczenie przestrzegania reguł uczciwej konkurencji dla prawidłowego funkcjonowania instytucji przetargu jest bezdyskusyjne⁸. Również postrzeganie prawa ochrony konkurencji jako ważnego instrumentu

3 Na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: uokk) zakazane są porozumienia między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu oraz między tymi przedsiębiorcami i przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub oferowanej ceny.

4 Na podstawie art. 305 ustawy z 6.06.1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm., dalej: kk) karalne jest „wejście w porozumienie z inną osobą” jako jedna spośród wielu form działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której dokonywany jest przetarg publiczny. Inne karalne formy działania to udaremnianie i utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 § 1 kk) oraz rozpowszechnianie informacji i przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu (art. 305 § 2 kk).

5 Nieuczciwe uzgodnienia między przedsiębiorcami mogą godzić w interesy majątkowe właścicieli mienia objętego przetargiem, w interesy podmiotów, na rzecz którego przetarg jest dokonywany, a także w interesy innych osób zaangażowanych majątkowo w przetarg.

6 Por. wyrok SOKiK z 17.04.2008r. (XVII AmA 117/05), niepubl.

7 Por. decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-32/2014 z 3.11.2014 r., s. 8.

8 W szczególności dotyczy to przetargów organizowanych w systemie zamówień publicznych, którego uczciwa konkurencja stanowi jedną z podstawowych zasad. Art. 7 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U z 2013 r., poz. 907 ze zm.) zawiera adresowany do zamawiającego nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tę ogólną zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp doprecyzowują inne przepisy ustawy. Por. M. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 74-75.

przeciwdziałania antykonkurencyjnym porozumieniom nieuczciwie ingerującym w przebieg i wyniki przetargów jest uzasadnione. Jednak w opinii autora antymonopolowa kwalifikacja zachowań przedsiębiorców mogących zniekształcać wyniki przetargu powinna uwzględniać **różnorodność**

typów zachowań, które odpowiadają opisowi praktyki zawartemu w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk. W tej różnorodności zachowań uczestników obrotu gospodarczego obok takich typów uzgodnień, których negatywne oddziaływanie na konkurencję jest oczywiste (ograniczenie konkurencji wynika z samego charakteru praktyki), występują zachowania, które mimo zbieżności z opisem praktyki zawartym w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, mogą konkurencji nie ograniczać lub też mogą skutkować ograniczeniem konkurencji tylko w określonym kontekście gospodarczym.

II. Kwalifikacja porozumień przetargowych jako ograniczeń konkurencji – obecne podejście

Na gruncie prawa antymonopolowego zakazane są te porozumienia między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Tym samym dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję pierwszoplanowe znaczenie ma to, czy jej celem lub skutkiem było ograniczenie konkurencji. Przesłanki te (cel lub skutek) mogą przy tym występować alternatywnie⁹. Zarazem w orzecznictwie przyjmuje się, że **celem** porozumienia jest ograniczenie konkurencji, kiedy analiza przedmiotu uzgodnień zawartych przez strony wskazuje, że „nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Decyduje o tym sprzeczność materii uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy”¹⁰. Stwierdzenie, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, powinno wynikać z analizy treści (przedmiotu) porozumienia oraz z kontekstu gospodarczo-prawnego, w jakim doszło do uzgodnień¹¹. Przypisanie porozumieniu obiektywnie pojmowanego celu (charakteru) ograniczającego konkurencję wyłącza konieczność analizowania rzeczywistych skutków

9 A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 263; B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, KPP 2/2012, s. 35.

10 Wyrok SN z 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP 2010/13-14/179.

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

porozumienia przez organ ochrony konkurencji¹². W pozostałych przypadkach niezbędne jest wykazanie co najmniej potencjalnego, ale realnego zagrożenia¹³ wystąpieniem na rynku antykonkurencyjnego skutku porozumienia.

1. Orzecznictwo administracyjne i sądowe

Odnosząc te wymogi do przedmiotu tego opracowania, należy wskazać, że w obecnym orzecznictwie – administracyjnym i sądowym – można zaobserwować wyraźną **tendencję do generalnego kwalifikowania** mieszczących się w opisie praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk zachowań przedsiębiorców, których istotą jest ingerencja w przebieg i wyniki przetargów, **jako najpoważniejszych naruszeń uokk**, z samej swej istoty (charakteru) ograniczających konkurencję. Wyraźnie wskazuje na to np. uzasadnienie decyzji Prezesa UOKiK nr RKR-30/2014: „do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczające jest (...) wykazanie, że strony porozumienia stawiały sobie za cel ograniczenie konkurencji”¹⁴. Podobne stanowisko Prezes UOKiK wyraża w decyzji nr DOK-11/2014, w której uznaje, że „*naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu*”¹⁵. Przedstawione stanowisko Prezes UOKiK oparł zresztą na wywodach zawartych w uzasadnieniu wyroku SN, wydanego w sprawie naruszenia zakazu porozumień przetargowych¹⁶. Sąd stwierdził, że „*w braku szczególnych okoliczności wynikających z kontekstu, w jakim doszło do uzgodnienia warunków udziału w przetargu, należy uznać, że ich celem jest ograniczenie konkurencji*”¹⁷. Zachowania odpowiadające opisowi praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk postrzega jako naruszenia poważne również SOKiK. W uzasadnieniu jednego z nowszych wyroków SOKiK

12 Wyrok SOKiK z 15.07.1998 r. (XVII AmA 32/98), niepubl.; wyrok SOKiK z 10.9.2003 r. (XVII AmA 136/02), Wokanda 2004/7-8/95; wyrok SOKiK z 6.05.2010 r. (XVII AmA 54/08), niepubl.; wyrok Sądu Apelacyjnego z 9.10.2009 r. (VI ACa 86/09), niepubl.

13 Por. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 266.

14 Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-30/2014 z 15.12.2014 r., s. 28.

15 Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-10/2014 z 30.12.2014 r., s. 35. Identycznie, zob. również: decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-11/2014 z 30.12.2014 r., s. 30. Podobne stwierdzenia znaleźć można również w innych decyzjach dotyczących naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, zob. np. decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-28/2012 z 9.10.2012 r., s. 16; decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-32/2014 z 3.11.2014 r., s. 12; decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-40/2013 z 24.12.2013 r., s. 30.

16 Ściślej rzecz biorąc, wyrok SN dotyczył naruszenia odpowiadającego art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk przepisowi art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm., dalej: uokkk 2000).

17 Wyrok SN z 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP 2010/13-14/179.

znaleźć można stwierdzenie, że są to „jedne z najbardziej szkodliwych typów niedozwolonych porozumień występujących w obrocie gospodarczym”¹⁸. Podobnie w sprawie „zmów przetargowych” wypowiada się Sąd Apelacyjny¹⁹.

Generalne postrzeganie zachowań odpowiadających opisowi praktyki zawartemu w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jako mających za cel ograniczenie konkurencji wiązać też można z dostrzeganą w polskim orzecznictwie²⁰ tendencją do szerokiej interpretacji pojęcia ograniczeń konkurencji ze względu na cel, według której charakter taki przypisany może być większości, lub nawet wszystkim kategoriom porozumień mieszczącym się w ustawowym katalogu praktyk zakazanych (art. 6 ust. 1 pkt 1-7 uokk)²¹. W orzecznictwie uznaje się, że „obie formy oddziaływania na konkurencję stanowią przejaw praktyk ją ograniczających i na równi są przedmiotem zakazu”²². Wskazuje się, że dla zastosowania art. 6 ust. 1 uokk „nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części)”²³. Odnotować też należy inny nurt, w którym badanie skutków porozumienia nie jest konieczne tylko w przypadku porozumień zawierających „oczywiste ograniczenia konkurencji” (*hard-core restrictions*)²⁴.

W świetle orzecznictwa o podstawach do generalnego traktowania zachowań odpowiadających opisowi praktyki w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jako najpoważniejszych ograniczeń konkurencji ze względu na cel świadczy też **wykluczenie²⁵ tej kategorii praktyk spod zasady *de minimis*, na podstawie której zakazu określonego w art. 6 uokk nie**

18 Wyrok SOKiK z 3.10.2013 r. (XVII AmA 137/11), niepubl.

19 Wyrok Sądu Apelacyjnego z 18.7.2012 r. (VI ACa 203/12), niepubl.

20 Np. wyrok SOKiK z 10.9.2003 r. (XVII Ama 136/02), Wokanda 2004/7-8/95. Por. również omówienie orzecznictwa w: B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, KPP 2/2012, s. 45-46.

21 Zob. np. postanowienie SN z 6.11.2012 r. (III SK 16/12), Legalis nr 561251. W nurcie zbieżnym z tą interpretacją pozostaje stanowisko autorów komentarza pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka, zdaniem których „stany faktyczne porozumień wymienionych literalnie w art. 6 zostały uznane przez ustawodawcę za ograniczające konkurencję *per se*”, zob. C. Banasiński, E. Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 194-195. Krytycznie na temat takiego podejścia, zob.: A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2011, s. 229-232; B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, KPP 2/2012, s. 46.

22 Wyrok SOKiK z 22.12.2014 r. (XVII AmA 133/14), niepubl.

23 Wyrpk SOKiK z 6.10.2014 r. (XVII AmA 123/13), niepubl.

24 Wyrok Sądu Apelacyjnego z 12.12.2014 r. (VI ACa 1605/13), niepubl.

25 Obok przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 uokk. Zob. art. 7 ust. 3 uokk.

stosuje się do porozumień bagatelnych²⁶, zawieranych przez przedsiębiorców o nieznacznych udziałach rynkowych²⁷. W konsekwencji w przypadku porozumień przetargowych między przedsiębiorcami o niskich udziałach rynkowych zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie doznaje wyłączenia (w oparciu o zasadę *de minimis*) ani w przypadku horyzontalnych porozumień przetargowych (tj. porozumień zawieranych przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu), ani w stosunku do tzw. wertykalnych porozumień przetargowych (tj. porozumień zawieranych przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu). Jest to interpretowane jako podkreślenie przez ustawodawcę znacznej wagi tego rodzaju naruszeń²⁸, które również „relatywnie często” są kwalifikowane jako ograniczające konkurencję ze względu na cel²⁹. W orzecznictwie uznano to wprost za uzasadnienie stanowiska, że „każde porozumienie tego rodzaju [odpowiadające treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, przyp. GM] jest zakazane bez względu na udział rynkowy uczestniczących w nim przedsiębiorców”³⁰.

2. Stanowisko doktryny

Do kwalifikowania praktyk odpowiadających treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jako ograniczających konkurencję ze względu na sam swój cel (charakter) co do zasady pozytywnie odnoszono się też w piśmiennictwie. W literaturze przedmiotu można np. znaleźć daleko idące stwierdzenia B. Turno, że „do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (...) należą wszystkie horyzontalne porozumienia (w tym kartele) odnoszące się do (...)”

26 Zob. wyrok SOKiK z 3.10.2013 r. (XVII AmA 137/11), niepubl. Por. również: A. Jurkowska, Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji: od formalizmu do ekonomizacji, Warszawa 2005, s. 193; A. Stawicki, Porozumienia zakazane ze względu na cel a porozumienia zakazane ze względu na skutek, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 2012, nr 1(1), s. 15; B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 2/2012, s. 40; A. Zawłocka-Turno, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem?, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4(1), s. 45.

27 Art. 7 ust. 1 i 2 uokk.

28 A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 324; C. Banasiński, E. Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 227.

29 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 310. Typy porozumień, w stosunku do których przywilej płynący z zasady *de minimis* został wyłączony (a więc w szczególności porozumienia odpowiadające opisowi praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk) zostały w doktrynie zaliczone do kategorii praktyk zakazanych ze względu na sam ich cel. Por. A. Stawicki, Porozumienia zakazane ze względu na cel a porozumienia zakazane ze względu na skutek, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 2012, nr 1(1), s. 15.

30 Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-38/2012 z 31.12.2012 r., s. 38. Por. również: Wyrok SOKiK z 3.10.2013 r. (XVII AmA 137/11), niepubl.

zmów przetargowych”³¹. Natomiast P. Podrecki wskazuje, że w przypadku postaci uzgodnień mieszczących się w zakresie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk (określanych przez tego autora zbiorczo jako „zmowy przetargowe”) występuje „domniemanie antykonkurencyjnych skutków”³².

Bardziej zniuansowane stanowisko zajmuje K. Kohutek, który wprawdzie uznał z umowy przetargowe za rodzaj porozumienia, którego celem jest ograniczenie konkurencji, ale zarazem zastrzegł, że statusu umowy przetargowej nie mają tzw. konsorcja przetargowe, które tylko niekiedy mogą być uznane za naruszające uokk³³. Również A. Jurkowska-Gomułka dostrzega, że stopień zagrożenia dla rynku jakie rodzą poszczególne postaci uzgodnień odpowiadające opisowi praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk nie jest jednakowy³⁴. Autorka wiąże to jednak nie tyle z występowaniem lub nie celu (przedmiotu) ograniczenia konkurencji, ile z różnym stopniem naruszenia interesu publicznego³⁵.

III. Postulowany sposób kwalifikacji porozumień przetargowych w świetle przesłanki ograniczenia konkurencji

Przy antymonopolowej ocenie zachowań przedsiębiorców mających wpływ na przebieg i wyniki przetargu, postulować należy uwzględnianie zróżnicowanego charakteru zachowań mieszczących się w opisie praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk. Dość ogólnemu opisowi zakazanego zachowania („uzgadnianie warunków składanych ofert”) odpowiadają różnorodne stany faktyczne występujące w rzeczywistości gospodarczej. Odpowiadać będą mu zarówno **(quasi) kartelowe, na ogół tajne, porozumienia między konkurentami** – oferentami, dążącymi do wpłynięcia na wynik przetargu, w którym składają odrębne oferty, jak i szczególnego rodzaju **wertykalne porozumienia przetargowe**, polegające na

31 B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, *Kwartalnik Prawa Publicznego* nr 2/2012, s. 38-39.

32 P. Podrecki [w:] M. Kępiński (red.) *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*. Tom 15, Warszawa 2014, s. 880.

33 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 287-288.

34 Autorka dokonuje rozróżnienia między przetargami organizowanymi na podstawie przepisów pzp i tzw. przetargami prywatnymi, organizowanymi poza systemem zamówień publicznych. Zob. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 298.

35 Stanowisko Autorki wydaje się zbieżne z poglądem SN wyrażonym w odniesieniu do wertykalnych porozumień cenowych, które – jak uznał SN – mimo niekwestionowanej przynależności do kategorii praktyk „ograniczających konkurencję ze względu na cel”, nie w każdym przypadku zagrażają interesowi publicznemu, czy też naruszają wartości istotne dla prawa antymonopolowego. Zob. wyrok SN z 15.5.2014 r. (III SK 44/13), *Legalis* nr 864667.

uzgodnieniu warunków składanych ofert przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu i przedsiębiorcę będącego organizatorem tego przetargu, a także niektóre, zasadniczo nieujawnione, **porozumienia kooperacyjne** zawierane przez przedsiębiorców w celu wspólnej realizacji zamówienia.

Z uwagi na to zróżnicowanie typów zachowań mieszczących się w zakresie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk należy uznać, że:

- sama **zbieżność zachowań (uzgodnień) przedsiębiorców ingerujących w przebieg i wyniki przetargu z opisem praktyki zawartym w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, nie zawsze może samodzielnie przesądzać o spełnieniu przesłanki ograniczenia konkurencji;**
- **czynnikiem limitującym zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk do porozumień ingerujących w przebieg i wyniki przetargów powinna być ich analiza w aspekcie przesłanki ograniczenia konkurencji.**

W konsekwencji wśród typów zachowań przedsiębiorców odpowiadających opisowi zawartemu w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk oprócz takich naruszeń, które przez sam już swój charakter w oczywisty sposób ograniczają konkurencję, mogą mieścić się również takie, które konkurencji nie ograniczają lub nie mają antykonkurencyjnego celu, a ich zakazanie wymaga wykazania co najmniej potencjalnego zagrożenia wystąpieniem antykonkurencyjnego skutku.

1. Porozumienia przetargowe niepowodujące ograniczenia konkurencji

Przyjąć należy, że z racji wielości typów zachowań przedsiębiorców zbieżnych z ustawowym opisem danej praktyki zakazanej, mogą występować również i takie, które nie będą mieć antykonkurencyjnego charakteru. Poparcie dla takiego stanowiska znaleźć można w uzasadnieniu jednego z postanowień SN³⁶. Sąd Najwyższy wyraźnie podkreślił, że nie każde porozumienie polegające na ustaleniu warunków sprzedaży negatywnie oddziałuje na konkurencję mimo że formalnie odpowiada praktyce zawartej w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. Z jednej bowiem strony, jak wskazał SN, art. 5 ust. 1 uokk 2000 (obecnie: art. 6 ust. 1 uokk) „zakazuje wszelkiego rodzaju porozumień ograniczających konkurencję, bez względu na to, czy są to porozumienia wertykalne, horyzontalne czy też porozumienia między uczestnikami działającymi na różnych, aczkolwiek powiązanych ze sobą rynkach właściwych”, a z drugiej strony, przepis ten „zakazuje tylko takich porozumień między przedsiębiorcami,

³⁶ Postanowienie SN z 6.11.2012 r. (III SK 16/12), Legalis nr 561251. Rozstrzygnięcie zapadło w procesie odwoławczym od decyzji Prezesa UOKiK nr RKR-26/2008 z 11.9.2008 r. dotyczącej porozumienia między ubezpieczycielem a dostawcami części zamiennych dotyczącego ustalenia przez ubezpieczyciela warunków sprzedaży przez wskazanych dostawców części zamiennych warsztatom naprawczym współpracującym z ubezpieczycielem.

których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, przy czym cel ten lub skutek może być konsekwencją zawarcia porozumienia o treści wymienionej w art. 5 ust. 1 pkt 1-7 ustawy³⁷. W rezultacie SN podniósł, że „nie każde porozumienie między dwoma przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest ustalenie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży towarów negatywnie oddziałuje na konkurencję.

Podejście SN zasługuje na aprobatę, będąc przejawem racjonalnego odczytywania treści opisanych w ustawowym katalogu kategorii praktyk ograniczających konkurencję. Stanowisko SN uwzględnia to, że zawarte w art. 6 ust. 1 uokk opisy praktyk zakazanych są siłą rzeczy dość ogólne (ramowe), a różnorodność rynkowych kontekstów, w jakich przedsiębiorcy zachowują się w sposób odpowiadający tym opisom o wiele większa. W rezultacie nie każde porozumienie między przedsiębiorcami, którego przedmiot jest zbieżny z opisem praktyki z ustawowego katalogu zawsze negatywnie oddziałuje na konkurencję. Tym sposobem SN potwierdza stanowisko już wyrażane przez wielu autorów odnośnie do charakteru katalogu praktyk z art. 6 uokk, iż dla uznania określonego zachowania za ograniczające konkurencję może nie być wystarczająca okoliczność, że mieści się ono w tym ustawowym katalogu³⁷. Wartość tego orzeczenia wyraża się też w tym, że ocena charakteru katalogu praktyk w art. 6 uokk nie była dotąd jednolita. W literaturze wskazywano, że treść przepisu „nie udziela jednoznacznej odpowiedzi na pytanie”, czy umieszczenie we wspomnianym katalogu określonej kategorii praktyki przesądza o tym, że każde odpowiadające jej porozumienie ogranicza konkurencję, czy też rozpatrywany katalog ma na celu jedynie przykładowe wskazanie kategorii praktyk, których objęcie zakresem zastosowania art. 6 wymaga wykazania celu lub skutku ograniczającego konkurencję³⁸. Część autorów zdecydowanie opowiadała się za automatyczną kwalifikacją stanów faktycznych odpowiadających literalnie praktykom umieszczonym w katalogu ustawowym jako praktykom „ograniczającym konkurencję *per se*”³⁹. W świetle stanowiska SN, które należy poprzeć, taka interpretacja jest nieuprawniona.

Zaprezentowane podejście SN jest też zbieżne z praktyką orzeczniczą w prawie UE. W jej świetle wśród typów zachowań przedsiębiorstw odpowiadających opisowi kategoriom

37 D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium porównawcze, Kraków 2004, s. 437; A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2011, s. 249.

38 Zob. D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium porównawcze, Kraków 2004, s. 435-436.

39 Tak: C. Banasiński, E. Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 195.

porozumień uznawanych co do zasady za oczywiste ograniczenia konkurencji mogą ujawniać się również i takie, które z uwagi na swój szczególny charakter lub z uwagi na określony kontekst gospodarczy i prawny sprawy nie będą ogranicza

konkurencji. Przykładowo, niezależnie od generalnego uznawania antykonkurencyjnego charakteru porozumień między przedsiębiorstwami i decyzji związków przedsiębiorstw ingerujących w wysokość cen stosowanych przez konkurentów, w szeregu spraw uznano, że dla zastosowania zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE niezbędne jest wykazanie antykonkurencyjnego skutku tego rodzaju uzgodnień⁴⁰.

Uwzględniając powyższe podejście i odnosząc je do problematyki poruszanej w tym opracowaniu należy uznać, że **wśród odpowiadających temu przepisowi porozumień oddziałujących na przebieg i wyniki przetargów znajdują się i takie, które nie spełniają przesłanki „ograniczenia konkurencji”**.

Ze względu na brak spełnienia tej przesłanki o podstawowym znaczeniu dla zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję nie mogą być zasadniczo objęte zakresem zastosowania tego przepisu w szczególności następujące rodzaje porozumień, które nie prowadzą do efektów sprzecznych z celami uokk:

- porozumienia w ramach jednego organizmu gospodarczego (ang. *single economic unit*);
- porozumienia w postaci konsorcjów przetargowych tworzonych na potrzeby złożenia oferty przetargowej przez przedsiębiorców niebędących dla siebie nawet potencjalnymi konkurentami, którzy obiektywnie nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, podjąć się wykonania danego zadania.

Przesłanki ograniczenia konkurencji nie spełniają porozumienia między przedsiębiorcami, którzy ze względu na wzajemne powiązania kapitałowe, osobowe lub inne w praktyce realizują jeden cel gospodarczy, występując na rynku jako jeden organizm gospodarczy (ang. *single economic unit*)⁴¹. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję oddziałuje bowiem na kształt relacji między niezależnymi podmiotami rynkowymi i nie ma

40 Zob. decyzja Komisji z 24.06.2004 r. w sprawie COMP/38.549, *Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, niepubl., pkt 77; decyzja Komisji z 24.07.2002 r. w sprawie COMP/29.373, *Visa International – Multilateral Interchange Fee* (Dz. Urz. WE z 2002 r. L 318, s. 17–36), pkt 60, 64 i 69; decyzja Komisji z 19.12.2007 r. w sprawach: COMP/34.579, *MasterCard*, COMP/36.518, *EuroCommerce*, COMP/38.580, *Commercial Cards*, niepubl., pkt 407.

41 Szerzej na temat koncepcji *single economic unit*, zob. np. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 154-155; G. Materna (w:) J. Cygler, M. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk, G. Materna, *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne*, Warszawa 2013, s. 70-73.

na celu ingerencji w relacje wewnątrzgrupowe⁴². W świetle prawa antymonopolowego uzgodnienia takie nie ograniczają konkurencji. Grupa podmiotów tworząca jeden organizm gospodarczy ma swobodę rozkładu zadań między sobą, tak aby w możliwie najbardziej optymalny sposób realizować wspólne cele gospodarcze wspólne całej grupie. Dla osiągnięcia zakładanych celów gospodarczych mogą oczywiście kreować konkurencję między poszczególnymi swoimi jednostkami. Nie jest to jednak ich obowiązek, tylko uprawnienie. W konsekwencji *stricte* wewnątrzgrupowe uzgodnienia między przedsiębiorcami⁴³, nawet jeżeli służą zmanipulowaniu wyniku przetargu, nie mogą być poddane zakazowi na podstawie uokk⁴⁴.

Konkurencji zasadniczo nie ogranicza również tworzenie konsorcjów przetargowych na potrzeby złożenia oferty przetargowej przez przedsiębiorców niebędących dla siebie nawet potencjalnymi konkurentami, którzy obiektywnie nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, podjąć się wykonania danego zadania. W aktualnym orzecznictwie Prezesa UOKiK uznaje się, że uzgodnienie przez przedsiębiorców warunków wspólnej oferty składanej w przetargu w ramach konsorcjum odpowiada opisowi praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk i zasadniczo jest uznawane za ograniczające konkurencję bez względu na udział rynkowy uczestniczących w nim przedsiębiorców⁴⁵. Konkurencji nie będzie jednak zasadniczo ogranicza

– co również jest uwzględniane przez Prezesa UOKiK – uzgodnienie między niezależnymi przedsiębiorcami mające na celu opracowania wspólnej oferty przetargowej i następnie wspólną realizację zamówienia w ramach konsorcjum, jeżeli motywowane to jest potrzebą połączenia uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów przez przedsiębiorców, którzy samodzielnie, bez współpracy ze sobą, nie mogliby podjąć się wykonania danego zadania⁴⁶. Uzgodnienie przez przedsiębiorców warunków złożenia

42 A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 261, Nb 15.

43 Teza nie odnosi się do porozumień ograniczających konkurencję, które kilka ściśle powiązanych przedsiębiorców zawiera z jeszcze innym, niezależnym przedsiębiorcą. Szerzej, zob. G. Materna, Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2013, Nr 12, s. 6.

44 Zob. 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(1), s. 50-56. Odmienne, por. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2011, s. 242.

45 Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-38/2012 z 31.12.2012 r., s. 38.

46 Raport UOKiK. System zamówień publicznym, a rozwój konkurencji w gospodarce, Warszawa 2013, s. 80-81.

wspólnej oferty w zarysowanym stanie faktycznym nie tylko nie ogranicza konkurencji, ale dodatkowo zwiększa jej poziom – skoro w przypadku niepodjęcia przez przedsiębiorców współpracy w formie konsorcjum żaden z nich nie złożyłby oferty w przetargu.

Do odmiennych wniosków mogłoby prowadzić dodatkowe uzgodnienie przez konsorcjantów warunków, które nie są niezbędne do skutecznej realizacji umowy konsorcjum, a które oddziałują na poziom konkurencji np. prowadząc do koordynacji działań rynkowych w sferach działalności przedsiębiorców, w których są oni dla siebie konkurentami.

2. Porozumienia przetargowe niemieszczące się w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel

Wbrew przypisywaniu w sposób generalny celu (charakteru) ograniczającego konkurencję zachowaniom odpowiadającym opisowi praktyki z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, należy przyjąć, że nie zawsze mieszczą się one w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel. Ocenę praktyk kwalifikowanych jako naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk należałoby zniuansować i różnicować w zależności od typu (rodzaju) rozpatrywanej praktyki. Wniosek taki uzasadnia powołana już wyżej okoliczność, iż przepis ten nie odnosi się do praktyk o jednorodnym charakterze. W zakres art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk wchodzi tak różne rodzaje grupowych zachowań przedsiębiorców jak:

- horyzontalne tajne zmony między wykonawcami, mające za cel zmanipulowanie wyników przetargu (często zbliżone do klasycznych zμών kartelowych),
- swoiste zmony wertykalne, polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu i przedsiębiorcę będącego organizatorem tego przetargu,
- porozumienia kooperacyjne, których warunki co do zasady nie są utajniane i które są podejmowane w celu wspólnego uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, a następnie wspólnej realizacji zamówienia.

Każdy ze wskazanych powyżej rodzajów grupowych praktyk przedsiębiorców ma różny stopień antykonkurencyjnego potencjału. I tak postrzeganie odpowiadających treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk zachowań przedsiębiorców ingerujących w przebieg i wyniki przetargu jako najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest bez wątpienia właściwe w przypadku gdy przepis ten jest stosowany np. do:

- porozumień między oferentami (konkurentami) o charakterze bliskim klasycznym zmonom kartelowym,

- porozumień formalnie realizujących legalne cele, ale w praktyce służących ukryciu zmowy między konkurentami, mającej oddziaływa
- na ceny, wielkość produkcji lub kierunki sprzedaży uczestników porozumienia.

Generalna ocena powyższych typów naruszeń art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jako jednych z najpoważniejszych naruszeń jest zarazem zbieżna z ich oceną w innych krajowych systemach prawa konkurencji oraz w prawie UE, w którym co do zasady są traktowane jako porozumienia ograniczające konkurencję ze swej istoty⁴⁷. Jednak z takiej oceny zmów przetargowych w prawie UE nie można wyprowadzać generalnych wniosków co do wszystkich typów zachowań mieszczących się w zakresie wyznaczonym opisem praktyki w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk. Te bowiem, jak już wykazano, obejmują nie tylko zmowy przetargowe w sensie ścisłym, ale także inne rodzaje praktyk przedsiębiorców ingerujących w przebieg i wyniki przetargu. Nie zawsze ograniczają one konkurencję ze względu na cel i mogą wymagać, dla zastosowania do nich zakazu z art. 6 ust. 1 uokk, zbadania ich antykonkurencyjnych skutków.

Szczególnego podejścia wymagają zwłaszcza zawierane przez oferentów porozumienia kooperacyjne podejmowane w celu wspólnej realizacji zamówienia. Uznawanie tych porozumień za ograniczenia konkurencji ze względu na cel może być uzasadnione przede wszystkim wówczas, gdy:

- horyzontalna kooperacja przedsiębiorców jest jedynie narzędziem służącym ukryciu zmowy kartelowej między choćby potencjalnymi konkurentami,
- podjęcie kooperacji stanowi dla konkurentów jedynie mechanizm zmniejszania niepewności co do uzyskania zamówienia, które jednak mogłoby być realizowane odrębnie przez każdego z nich, a zarazem nie prowadzi do zwiększenia wydajności w wyniku większej integracji gospodarczej lub poczynionych inwestycji.

W innych przypadkach należałoby przyjąć co do zasady za konieczne wykazanie antykonkurencyjnych skutków współpracy kooperantów. Ponadto przy antymonopolowej ocenie kooperacji podejmowanej na potrzeby wspólnego startu w przetargu i wspólnej realizacji zamówienia należałoby uwzględnić, że niektóre typy współpracy podejmowanej w tym celu mogą podlegać wyłączeniu w oparciu o reguły grupowych wyłączeń porozumień specjalizacyjnych. W oparciu o te reguły wyłączeniu podlegają np. zawierane pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia specjalizacyjne w sprawie wspólnej produkcji, na mocy

⁴⁷ Guidance on restrictions of competition „by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the *De Minimis Notice*, {C(2014) 4136 final}, s. 11;
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf.

których strony zobowiązują się wspólnie produkować określone towary⁴⁸ - np. w formie konsorcjum, wspólne przedsiębiorstwo lub w formie podwykonawstwa⁴⁹. Wyłączenie obejmuje również uzgodnienia dotyczące wspólnej komercjalizacji (dystrybucji)⁵⁰ wspólnej produkcji na wspólnie ustalonych zasadach, w tym w oparciu o wspólnie ustalone ceny dla bezpośrednich klientów⁵¹. Grupowe wyłączenie tego typu porozumień oznacza, że – o ile spełniają one przesłanki jakościowe wyłączenia (nie zawierają tzw. klauzul czarnych) – ich ograniczające konkurencję skutki mogą być podstawą do zastosowania zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jedynie w przypadku przekroczenia określonych w rozporządzeniu progów udziałów rynkowych⁵².

Oparty zasadniczo na analizie skutków ograniczających konkurencję sposób antymonopolowej oceny porozumień kooperacyjnych zawieranych w celu wspólnej realizacji zamówienia publicznego mogą uzasadniać formułowane także w doktrynie prawa konkurencji uwagi wskazujące – przynajmniej w odniesieniu do konsorcjów przetargowych – na trudności w ustaleniu w konkretnej sprawie charakteru konsorcjum oraz na równoczesne występowanie w przypadku konsorcjów skutków zarówno antykonkurencyjnych jak i pozytywnych z punktu widzenia rynku⁵³.

Takie podejście byłoby bliskie podejściu w prawie UE, w którym:

- nie każde porozumienie między konkurentami uznaje się za negatywnie oddziałujące na konkurencję ze względu na sam swój charakter, a kategoria ograniczeń konkurencji zakazanych ze względu na cel jest formułowana ściśle⁵⁴,
- jako niemające charakteru ograniczającego konkurencję uznaje się przejawy kooperacji konkurentów o ograniczonych udziałach rynkowych, gdy „na podstawie obiektywnych czynników nie byłoby w stanie niezależnie zrealizować projektu lub

48 Zob. § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 13.12.2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo- rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011, Nr 288, poz. 1691).

49 Zob. pkt 150-152 Wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz. UE z 2011 r. nr C 11, s. 1).

50 Zob. § 3 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia Rady Ministrów z 13.12.2011 r.

51 Zob. § 3 ust. 2 pkt 5 ww. rozporządzenia Rady Ministrów z 13.12.2011 r.

52 Zob. § 4-6 ww. rozporządzenia Rady Ministrów z 13.12.2011 r.

53 A. Zawłocka-Turno, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem?, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4(1), s. 46.

54 Wyrok TS z 11.9.2014 r. w sprawie C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB), niepubl., pkt 78.

działania będącego przedmiotem współpracy, na przykład w wyniku ograniczonych możliwości technicznych stron (...), chyba że strony mogłyby zrealizować projekt przy mniej surowych ograniczeniach⁵⁵,

- porozumienia kooperacyjne uznaje się za co do zasady nienależące do kategorii ograniczeń ze względu na cel, tylko na wymagające, dla zastosowania zakazu, wykazania skutku w postaci ograniczenia konkurencji⁵⁶,
- w szczególności w odniesieniu do porozumień produkcyjnych stwierdza się, że wynikające z nich ustalanie cen, ograniczanie produkcji lub podział rynków lub klientów nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel i wymaga badania skutków, jeżeli **(i)** ustalenia dotyczące wspólnej produkcji nie eliminują innych parametrów konkurencji, **(ii)** a w przypadku porozumienia produkcyjnego powiązanego ze wspólną dystrybucją, gdy wspólne ustalanie cen dotyczy sprzedaży tylko produktów objętych wspólną produkcją, pod warunkiem że jest to niezbędne dla wspólnej produkcji (gdy w przeciwnym wypadku strony nie miałyby bodźca zachęcającego do zawierania porozumień produkcyjnych)⁵⁷.

Podkreślić należy, że proponowanej, zróżnicowanej kwalifikacji poszczególnych typów zachowań odpowiadających treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk nie sprzeciwia się wykluczenie w stosunku do praktyk określonych w tym m.in. przepisie zastosowania reguły *de minimis*⁵⁸. Reguła ta w rzeczywistości nie odnosi się do oceny charakteru poszczególnych kategorii praktyk, tj. za jej pomocą nie dokonuje się ściśle rozróżnienie na te kategorie praktyk, które na pewno mają ograniczający konkurencję charakter i te, które nie mają takich cech więc ich zakazanie zależy od wykazania antykonkurencyjnego skutku. Umieszczenie rozpatrywanej kategorii praktyk wśród tych, które podlegają zakazowi nawet przy bagatelnych udziałach rynkowych ich uczestników, świadczy o przypisywaniu tej kategorii

55 Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz. UE z 2011 r. nr C 11, s. 1), pkt 30.

56 Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, C(2014) 4136 final, pkt. 2, s. 5.

57 Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz. UE z 2011 r. nr C 11, s. 1), pkt 160.

58 Art. 7 ust. 3 uokk.

porozumień określonego negatywnego potencjału (szczególnej wagi)⁵⁹. Nie przesądza jednak ich oceny z punktu widzenia występowania antykonkurencyjnego celu.

IV. Podsumowanie

Porozumienia między przedsiębiorcami zniekształcające przebieg i wyniki przetargów poważnie ingerują w reguły prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego. Praktyki tego rodzaju mogą negatywnie oddziaływać na wiele dóbr prawnie chronionych, godząc zarówno w interesy zindywidualizowanych podmiotów zaangażowanych w przetarg, jak i w interes publiczny w postaci prawidłowego funkcjonowania mechanizmu konkurencji.

Niezależnie od tej generalnej konstatacji, stosując do tego rodzaju porozumień prawo ochrony konkurencji uwzględniać należy różnorodność typów grupowych zachowań przedsiębiorców ingerujących w przebieg i wyniki przetargu antymonopolowa. Dotyczący ich zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk odnosi się zarówno do typowych horyzontalnych zmów między konkurentami, jak i do porozumień kooperacyjnych, a także do swoistych wertykalnych porozumień przetargowych między uczestnikiem i organizatorem przetargu. Wśród wymienionych tu typów zachowań odpowiadających opisowi zawartemu w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk oprócz naruszeń, które przez sam już swój charakter ograniczają konkurencję, mieszczą się również i takie, które wymagają głębszej analizy pod kątem występowania podstawowej z punktu widzenia art. 6 uokk przesłanki ograniczenia konkurencji.

W konsekwencji część zachowań przedsiębiorców ingerujących w przebieg i wyniki przetargu mimo zbieżności z opisem praktyki zawartym w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk może konkurencji nie ograniczać. Inne z kolei mogą nie mieć antykonkurencyjnego celu, a ich zakazanie wymagać może wykazania takiego skutku. O występowaniu oczywistego ograniczenia konkurencji można mówić przede wszystkim w przypadku porozumień przetargowych będących elementem kartelu mającego szerszy zasięg (oddziałującego również na nieprzetargowe segmenty rynku), w przypadku współpracy przedsiębiorców w istocie ukrywającej kartel jak również w przypadku quasi kartelowych uzgodnień między co najmniej dwoma wykonawcami, mających za cel zmanipulowanie wyników przetargu. Wśród porozumień, których efektem jest złożenie wspólnej oferty przetargowej, za oczywiste ograniczenie konkurencji uznane powinny być formy współpracy stanowiące dla

⁵⁹ Por. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 2014, s. 324; C. Banasiński, E. Piontek (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 227.

konkurentów jedynie mechanizm zmniejszania niepewności co do uzyskania zamówienia, które jednak mogłyby być realizowane odrębnie przez każdego z nich, a zarazem nie prowadzi do zwiększenia wydajności w wyniku większej integracji gospodarczej lub poczynionych inwestycji. Inne przypadki współdziałania przedsiębiorców w związku z organizowanym przetargiem zasadniczo powinny być oceniane w oparciu na analizę skutków porozumienia.