

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



**Autorzy:**

*Edyta Hajtka*

*wspólnik, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy*

*Mateusz Oskroba*

*radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy*

## **Wybrane formy współpracy między przedsiębiorcami a ryzyko praktyk ograniczających konkurencję**

Szeroko pojęta współpraca między przedsiębiorcami jest współcześnie powszechnym zjawiskiem. Aktualnie bez zawierania porozumień pomiędzy poszczególnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, niezwykle utrudnione byłoby skuteczne konkutowanie na rynku właściwym, w obszarze którego funkcjonuje dany przedsiębiorca. Dzięki różnego rodzaju umowom, przedsiębiorca jest w stanie oferować towary lub świadczyć usługi wysokiej jakości, optymalizując jednocześnie koszty prowadzonej działalności. Zasada działalności wolności gospodarczej wyrażona w art. 20 Konstytucji RP oraz swoboda umów wystawiona w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego doznają jednak ograniczeń w zakresie, w jakim zachowanie przedsiębiorców może stanowić praktyki ograniczające konkurencję. W niniejszym artykule zwrócono uwagę na rodzaje istniejących porozumień, prawne sposoby współpracy między przedsiębiorcami oraz poddano analizie dwie z nich – porozumienia o zakupach oraz umowy konsorcjum.

### **1. Rodzaje porozumień między przedsiębiorcami**

Należy wyróżnić dwa rodzaje porozumień między przedsiębiorcami – porozumienia horyzontalne oraz porozumienia wertykalne<sup>1</sup>.

Porozumienia horyzontalne to porozumienia zawarte między konkurentami tj. przedsiębiorcami, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać w tym samym czasie towary na rynku właściwym (art. 4 pkt 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej ustawą okik). Przykładowo umowa konsorcjum między przedsiębiorcami budowlanymi, którzy postanowili wspólnie złożyć ofertę na udzielenie zamówienia. Na pojęcie rynku właściwego składają się dwa elementy - rynek w ujęciu produktowym czyli rynek towarów (lub usług), które są względem siebie zamiennikami oraz rynek w ujęciu geograficznym tj. terytorium, na którym towary (usługi) te są oferowane. Rynek w ujęciu geograficznym jest zakreślany m.in. różnice w dostępie do tego rynku, różnych preferencji konsumentów, czy znaczących różnic cen.

Porozumienia wertykalne to porozumienia zawierane na różnych szczeblach obrotu, między niekonkurującymi ze sobą przedsiębiorcami. Jako przykład porozumienia należącego do tej kategorii wskazać można porozumienie między sprzedawcą materiałów budowlanych a przedsiębiorcą budowlanym, na podstawie którego ustalane są zasady nabywania materiałów przez przedsiębiorcę budowlanego.

---

<sup>1</sup> Por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Porozumienia wertykalne. Warszawa 2013. str. 4 i nast.

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



W praktyce większe ryzyko w zakresie możliwego naruszenia konkurencji wywołują porozumienia horyzontalne, albowiem z samej istoty konkurencji wynika, że konkurencji powinni rywalizować ze sobą o klienta a nie wspólnie podejmować skoordynowane działania.

## 2. Prawne sposoby współpracy

Obowiązujące przepisy prawne regulują różne sposoby współpracy między przedsiębiorcami. Zasadniczo można wyróżnić takie, które sprowadzają się do utworzenia nowego podmiotu (np. spółki prawa handlowego), zawarcia umowy cywilnoprawnej regulującej wzajemne prawa i obowiązki jej stron, czy też zawarcia nieformalnego (np. ustnego) porozumienia, na podstawie którego przedsiębiorcy ustalają zasady wzajemnej współpracy lub dostosowują swoje działania. W przypadku zamiaru utworzenia nowego podmiotu należy ocenić, czy nie zaistnieje wymóg zgłoszenia takiego przedsięwzięcia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem UOKiK) z uwagi na treści przepisów dotyczących kontroli koncentracji (art. 13 ust. 1 i ust. 2 ustawy okik).

## 3. Wybrane formy współpracy – ryzyka antykonkurencyjne

Zgodnie z art. 6 ustawy okik Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób *konkurencji* na rynku właściwym polegające m.in. na:

- a) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (ust. 1 pkt 1.),
- b) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (ust. 1 pkt 7.).

Porozumienie o wspólnych zakupach oraz umowa konsorcjum, mogą stanowić formy współpracy, które spełniają przesłanki uznania ich za porozumienia antykonkurencyjne. Zasadne wydaje się zatem przeprowadzenie pobieżnej analizy tych dwóch form współpracy między przedsiębiorcami.

## 4. Porozumienia o wspólnych zakupach (grupy zakupowe)

Porozumienia o wspólnych zakupach zawierane są najczęściej przez podmioty działające na tym samym rynku w ujęciu produktowym. Wspólne zakupy mogą być dokonywane:

- a) przez wspólnie kontrolowanego przedsiębiorcę,
- b) przez przedsiębiorcę, w którym duża liczba innych przedsiębiorców posiada udziały mniejszościowe,
- c) w ramach porozumienia umownego,
- d) w ramach swobodniejszych form współpracy<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Punkt 194 Komunikatu Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE 2011/C 11/01) – zwane dalej Wytycznymi Komisji..

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zwykle wygenerowanie siły nabywczej, dzięki której uczestnicy porozumienia mogą uzyskać niższe ceny lub wyższą jakość produktów i usług. W konsekwencji korzyści wypracowane przez takich przedsiębiorców przekładają się na polepszenie warunków oferty kierowanej do ich klientów<sup>3</sup>.

Zawiązane porozumienie zakupowe może wpływać na dwa rynki w ujęciu produktowym:

- a) na rynek zakupu, w ramach którego oferowany jest towar,
- b) na rynek sprzedaży, czyli rynek, w którym strony porozumienia prowadzą swoją działalność handlową lub usługową<sup>4</sup>.

Wpływ porozumienia na rynek zakupu nie powinien budzić wątpliwości. Strony porozumienia składają bowiem wspólną ofertę producentowi lub dostawcy produktów, celem uzyskania dla siebie korzystniejszej oferty. Jak wskazuje Komisja Europejska, jeżeli strony porozumienia zakupowego posiadają znaczny stopień władzy rynkowej na rynku zakupu (siłę nabywczą), istnieje ryzyko, że mogą one zmusić dostawców do zmniejszenia zakresu lub jakości produkowanych przez nich produktów, co może spowodować skutki ograniczające konkurencję, takie jak obniżenie jakości, porzucanie działań w zakresie innowacji lub ostatecznie podaż na poziomie poniżej wielkości optymalnej<sup>5</sup>.

Jeżeli uczestnicy grupy zakupowej nie działają na tym samym właściwym rynku sprzedaży tzn. nie są względem siebie konkurentami, to okoliczność powyższa eliminuje w mojej ocenie potrzebę (a nawet możliwość) badania wpływu porozumienia na rynek sprzedaży, gdyż jednego rynku sprzedaży po prostu nie ma. Zawarte porozumienie może na pewno korzystnie wpłynąć na rynki, w których strony porozumienia oferują swoje towary lub usługi, gdyż dzięki zmniejszeniu kosztów nabycia przedsiębiorcy ci mogą zaproponować mniejsze ceny dla swoich klientów. Z drugiej jednak strony Komisja Europejska zauważa, że posiadanie istotnej siły rynkowej na rynkach sprzedaży przez strony porozumienia może skutkować nieprzeniesieniem na konsumentów korzyści uzyskanych ze zmniejszonych cen nabycia oraz może zostać wykorzystane ze szkodą dla pozycji konkurencyjnej innych uczestników na ich odpowiednich rynkach zbytu.<sup>6</sup>

W przypadku stron porozumienia działających na tym samym rynku sprzedaży, które to strony nabywają jednocześnie znaczną część swoich towarów lub usług wspólnie, powstaje ryzyko, że koordynacja zakupów przełoży się na koordynację sprzedaży, co w rzeczywistości spowoduje eliminację konkurencji pomiędzy tymi podmiotami<sup>7</sup>.

Nie ulega więc wątpliwości, że celem porozumień zakupowych nie jest eliminowanie, ograniczanie lub w inny sposób naruszanie konkurencji na rynku właściwym. W konsekwencji należy poddać ocenie, czy ewentualne korzyści wynikające z istnienia grupy przeważają nad potencjalnym antykonkurencyjnym charakterem takiego porozumienia.

<sup>3</sup> Tamże.

<sup>4</sup> Tamże punkt 197.

<sup>5</sup> Tamże punkt 202.

<sup>6</sup> Tamże punkt 201 oraz punkt 212.

<sup>7</sup> Tamże.

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



Według Komisji Europejskiej, istnienie ryzyka naruszenia konkurencji jest mało prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku lub rynkach zakupu nieprzekraczający 15 % oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu także nieprzekraczający 15 %. Natomiast w przypadku przekroczenia powyższych pułapów należy poddać szczegółowej analizie skutki porozumienia na dany rynek. Istnieje prawdopodobieństwo pojawienia się antykonkurencyjnej siły nabywczej, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach obejmuje wystarczająco dużą część całkowitej wielkości rynku zakupu, w wyniku czego dostęp do rynku dla konkurujących nabywców może zostać zamknięty<sup>8</sup>.

Powyższe Wytyczne Komisji są wskazówką dla przedsiębiorców oraz krajowych organów antymonopolowych, w jaki sposób należy oceniać zawiązywane porozumienia o wspólnych zakupach. W dotychczasowym orzecznictwie Prezes UOKiK nie kwestionował legalności istnienia grup zakupowych jako takich, tzn. nie badał, czy grupy zakupowe same w sobie są szkodliwe dla rynku, czy też nie. Decyzje Prezesa UOKiK, której stroną była m.in. Grupa Polskie Składy Budowlane S.A.<sup>9</sup> nie odnosiły się bezpośrednio do samej idei porozumień o wspólnych zakupach. Dotyczyły one antykonkurencyjnych elementów zawartych w porozumieniach pomiędzy grupą zakupową a dostawcą oraz pomiędzy grupą zakupową a jej członkami (akcjonariuszami). Warto jednak zauważyć, że na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nr RKT-43/2009, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej SOKiK) w uzasadnieniu do wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r. wskazał na następującą kwestię: *Sąd podziela stanowisko doktryny powołane przez powoda, iż ustalenie w umowie między dostawcą a grupą, cen, po jakim produkt będzie sprzedawany członkom grupy, a nie odbiorcom finalnym nie może być uznane za zakazane ustalanie cen, gdyż grupa wobec swoich członków występuje w roli zbliżonej do agenta handlowego, nie operuje na odrębnym poziomie obrotu gospodarczego, a ustalona cena nie jest ceną odsprzedaży produktu na rynku. O ile członkowie grupy zakupowo-sprzedażowej utrzymują niezależność w kształtowaniu cen oferowanych przez siebie własnym kontrahentom rynkowym, uzgodnienia dotyczące cen podejmowane przez grupę z dostawcami nie powinny być zakazane<sup>10</sup>.* Aktualnie zatem dopuszczalność istnienia grupy kapitałowej nie powinna budzić wątpliwości.

## 5. Konsorcjum

Dopuszczalność zawarcia umowy konsorcjum, poza zasadą swobody umów wyrażoną w kodeksie cywilnym, wynika również z ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą pzp), gdzie w art. 23 ust. 1 wskazano, że *Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia*. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia wymaga porozumienia między wykonawcami, które powinno przybrać formę umowy określającej m.in. wzajemne prawa,

<sup>8</sup> Tamże punkty 208-210.

<sup>9</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-43/2009 oraz Decyzja nr RKR-32/2007.

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt XVII 121/10, źródło:

[http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000121\\_2010\\_U\\_z\\_2014-03-31\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/$N/154505000005127_XVII_AmA_000121_2010_U_z_2014-03-31_001) (wykorzystano w dniu 14 marca 2016 roku).

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



obowiązki oraz zakres odpowiedzialności każdej ze stron takiej umowy za wykonanie i nienależyte wykonanie zamówienia.

Umowa konsorcjum może jednak wywoływać wątpliwości, co jej zgodności z przepisami ustawy oikik, albowiem właśnie w jej ramach przedsiębiorcy dokonują rzeczywistego podziału własnych zadań w związku z realizacją zamówienia oraz ustalają wspólną cenę za wykonanie zamówienia. Umowa konsorcjum może wzbudzać w szczególności wątpliwości w przypadku, gdy jest ona zawierana między konkurentami. Należy jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 listopada 2012 roku stwierdził, że: *art. 5 ust. 1 [aktualnie art. 6 ust. 1 – M.O.] ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje tylko takich porozumień między przedsiębiorcami, 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 [aktualnie art. 6 ust. 1 pkt 1-7 – M.O.] ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie każde porozumienie między dwoma przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest ustalenie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży towarów negatywnie oddziałuje na konkurencję.*

W dotychczasowej praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK warto zwrócić uwagę na decyzję z dnia 31 grudnia 2012 roku<sup>11</sup>, w której stwierdził on, że dwóch przedsiębiorców zawierając umowę konsorcjum dopuściło się naruszenia zakazu zawierania porozumienia antykonkurencyjnego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy oikik na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta Białystok. Naruszenie w ocenie Prezesa UOKiK polegało na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu ogłoszonego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku w dnia 23 kwietnia 2008 r. warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi poprzez zawarcie umowy konsorcjum i złożenie wspólnej oferty. W uzasadnieniu tej decyzji Prezes UOKiK wskazał m.in. że *porozumienie, które dzieli zamówienie pomiędzy uczestników przetargu, którzy mogliby bez trudu wykonywać je samodzielnie jest ze swojej natury antykonkurencyjne*. Na skutek odwołania od tej decyzji SOKiK uchylił w całości zaskarżoną decyzję<sup>12</sup>. W uzasadnieniu wyroku SOKiK stanął na stanowisku, że *działania powodów, polegające na zawarciu porozumienia w celu przedstawienia wspólnej oferty w ramach przetargu, nie naruszają powołanego przepisu [Art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy oikik – M.O.]... Jako zakazane w rozumieniu ustawy można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, albowiem bezspornie powodowie złożyli wspólną ofertę w postępowaniu przetargowym*. Z powyższego twierdzenia wynika, że art. Art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy oikik nie może być podstawą uznania umowy konsorcjum za porozumienie antykonkurencyjne, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie do tylko zmwów przetargowych a taką zmwą nie jest zawarcie umowy konsorcjum i wspólne złożenie oferty w ramach zamówienia publicznego. Powyższy argument wydaje się być przekonujący i należy się z nim zgodzić. Nie zmienia to jednak okoliczności, że

<sup>11</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU 38/2012.

<sup>12</sup> Wyrok SOKiK z dnia 10 marca 2015 roku, sygn. akt XVII Ama 73/13, źródło:

[http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000073\\_2013\\_U\\_z\\_2015-03-10\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/$N/154505000005127_XVII_AmA_000073_2013_U_z_2015-03-10_001). (wykorzystano w dniu 14 marca 2016 roku.)

# VIII Konferencja dla Budownictwa, 4-5.04.2016



zawarta umowa konsorcjum może wypełniać przesłanki innego porozumienia antykonkurencyjnego<sup>13</sup>.

W cytowanym wyroku SOKiK zauważył również, że: *materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala stwierdzić, że żaden z powodów przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia nie dysponował wymaganą przez zamawiającego ilością pojemników na odpady. Nabywanie dodatkowych pojemników przez każdego z powodów z osobna wiązało się z uiszczeniem ceny przewyższającej wartość zamówienia przetargowego. Stąd uprawnione jest twierdzenie, że samodzielne wykonywanie usługi na rzecz (...) w B. byłoby nieoptyczne. Zdanie to jest niezwykle istotne, gdyż odwołuje się do ekonomicznego uzasadnienia zawiazania umowy konsorcjum przez jej strony. Od powyższego wyroku została złożona apelacja przez Prezesa UOKiK. Należy więc oczekiwać na rozstrzygnięcie tej sprawy przez Sąd Apelacyjny w Warszawie.*

Nie ulega zatem wątpliwości, że przedsiębiorcy mogą złożyć w ramach zamówienia wspólną ofertę jako konsorcjanci, jeżeli niemożliwym jest samodzielne podjęcie się zamówienia przez każdego z nich z osobna. W mojej ocenie również w przypadku, gdy przedsiębiorcy są w stanie samodzielnie wykonać całość zamówienia, jednakże istnieje obiektywne uzasadnienie ekonomiczne dla wspólnego wykonania zamówienia), przedsiębiorcy ci mogą przystąpić do przetargu jako konsorcjanci. Sytuacja taka wystąpi m.in. w przypadku, gdy przedsiębiorca zaangażuje część kapitału w realizację innego zamówienia i aktualnie nie będzie w stanie samodzielnie złożyć oferty w kolejnym zamówieniu.

## 6. Podsumowanie

Przedsiębiorcy, prowadząc działalność gospodarczą, w tym zawierając umowy współpracy zobowiązani są brać pod uwagę przepisy ustawy okik. Przedstawione powyżej formy współpracy i ryzyka wynikające z zawarcia takich porozumień wskazują, że przedsiębiorcy w nich uczestniczący powinni uwzględniać rzeczywisty cel zawartego porozumienia. Jeżeli bowiem cel zawartej umowy współpracy (w ramach grupy zakupowej lub konsorcjum) nie godzi w konkurencję jako taką, gdyż przedsiębiorcy zawierają daną umowę z uwagi na posiadaną niewielką siłę rynkową lub ze względu na brak dostatecznego potencjału ekonomicznego, to działalność taka nie powinna być uznawana za godzącą w konkurencję. Jeżeli jednak podmioty o istotnej sile rynkowej i potencjale ekonomicznym zawierają umowy współpracy (w tym przypadku porozumienie o wspólnych zakupach lub umowę konsorcjum) ze swoimi konkurentami, pomimo że w rzeczywistości zawarcie takiej umowy jest zbędne, to takie działanie może wzbudzać uzasadnione wątpliwości, co do jego zgodności z prawem antymonopolowym.

---

<sup>13</sup> Tak też M. Salitra w artykule *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny nr 8(4) 2015 str. 57. Dostęp pod adresem: <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/31/pdf/53.pdf> (wykorzystano w dniu 14 marca 2016 roku).