

Czy konsorcjum narusza uczciwą konkurencję?

Dodano: 10.05.2017

Nie ma chyba w skali kraju takiego przetargu na usługi leśne, w którym nie brałoby udziału co najmniej jedno konsorcjum. Jest to bardzo popularna forma zrzeszania się zuli, której zastosowanie wynika wprost z przepisów prawa. Dają one bowiem możliwość współpracy wykonawców zmierzającej do uzyskania, a potem wspólnego realizowania zamówienia.



Zdarza się, że działalność konsorcjów jest przedmiotem oceny ich legalności. Było tak chociażby we wspomnianej przeze mnie w poprzednim artykule (opublikowanym [TUTAJ](#)) sprawie, która została na początku marca tego roku rozstrzygnięta przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zwyczajnie konsorcjum spotkało się ze strony konkurentów z zarzutem, że jest formą nieuczciwego porozumienia ograniczającego konkurencję, bo pod pozorem wzajemnego wsparcia zmierza faktycznie do zdominowania lokalnego rynku.

W KIO ukształtował się pogląd, w świetle którego, skoro konsorcja są ustawowo dopuszczalne, zarzut ich niezgodności z prawem wymaga bardzo rzetelnego udowodnienia. Jest to trudne, tym bardziej że specyfika procedury przez Izbą (ciężar dowodu na odwołującym, szybkie tempo spraw) ogranicza możliwość wnikliwego analizowania przyczyn powstania konsorcjów.

Brak dowodów w tym zakresie i bezzasadność zarzutu stwierdzono ostatecznie również we wspomnianym powyżej przypadku.

Funkcjonowanie konsorcjów podlega jednak ocenie legalności nie tylko w sprawach przed KIO. Do tych zrzeszeń stosuje się również bowiem przepisy ustawy o ochronie konkurencji, która służy staniu na straży wolnego rynku urzeczywistniającego ogólnospołeczny interes. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może wszczynać postępowania, aby analizować, czy dane konsorcjum powstało w celu, który wynika z prawa zamówień publicznych (działanie legalne), czy w celu ograniczania konkurencji (działanie nielegalne).

UOKiK jest wyspecjalizowanym organem, posiadającym szerokie kompetencje do weryfikowania takich przypadków i ma prawo inicjatywy dotyczącej konsorcjów we wszystkich zakątkach kraju. Decyzje UOKiK podlegają zaskarżeniu do sądu. Na tle takich spraw można wyróżnić pewne ogólne wytyczne, które pozwalają ocenić, czy dane konsorcjum jest przejawem działania zgodnego z prawem czy też może być obciążone karą pieniężną za antykonkurencyjne zamiary.

Legalność funkcjonowania konsorcjum zależy przede wszystkim od celu, dla którego ono powstało. W sprawach dotyczących ochrony konkurencji przyjmuje się, że konsorcjum jest zawierane, aby umożliwić słabszym firmom wzięcie udziału w przetargu i wejście w szranki z mocniejszymi przedsiębiorcami. Na tle przetargów leśnych jest to szczególnie widoczne. Mamy bowiem do czynienia z dużym rozdrobnieniem rynku (wiele małych zuli) utrudniającym samodzielną realizację pakietów. W takich warunkach pojawia się naturalna konieczność zrzeszania, aby ci słabsi partycypowali w zamówieniach ze strony Lasów Państwowych.

Tworzenie konsorcjów przez dużych graczy w celu eliminacji mniejszych podmiotów jest zabronione.

Konsorcjum stanie pod zarzutem naruszenia konkurencji także wtedy, gdy zostało zawiązane po to, aby jego członkowie, dostatecznie samodzielni przedsiębiorcy, zamiast złożyć konkurencyjne oferty, postanawiają wystartować wspólnie w przetargu. Nie występuje bowiem w takim wypadku rzeczywista chęć udzielenia wzajemnej pomocy, ale kooperacja nakierowana na zapewnienie sobie gwarancji realizacji zamówienia, choćby tylko w części. Samo wyłączenie niepewności co do powodzenia przetargu jako cel zawarcia konsorcjum nie gwarantuje zatem, że zostanie ono uznane za zgodne z prawem.

Jeśli konsorcjanci mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, eliminują tym samym konkurencję między nimi ze szkodą dla zamawiającego. Podsumowując, w uproszczeniu konsorcjum jest dopuszczalne, jeśli jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu, gdyby nie zostało zawiązane. Istotna jest ocena na ile dana firma będzie w stanie samodzielnie wykonać zlecenie zamawiającego, a na ile potrzebuje wsparcia od innych wykonawców. Im więcej potencjału samodzielności wśród konsorcjantów, tym większe ryzyko zarzutu działania na szkodę wolnej konkurencji.

Nie bez znaczenia jest także to, jak wygląda współpraca konsorcjantów po zawarciu umowy. Legalne współdziałanie wymaga rzeczywistego połączenia potencjałów i faktycznej kooperacji. Firmy wspólnie podpisujące kontrakt powinny zatem, choćby w minimalnym zakresie, zapewniać sobie wsparcie w realizacji prac leśnych. W tym kontekście bezwzględny podział terytorialny zakresu robót poszczególnych zuli, spośród których każdy mógłby obsłużyć cały pakiet, stawia pod znakiem zapytania zgodność konsorcjum z prawem.

Bardzo istotne jest to, że antykonkurencyjny skutek zawarcia konsorcjum, w świetle prawa ochrony konkurencji, nie musi być wcale przez jego członków uświadomiony. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzi swoje postępowania pod kątem badania obiektywnych konsekwencji współpracy firm, a nie koniecznie świadomie zamierzonych przez te podmioty celów.

Zachęcam czytelników, aby podejmując decyzje o zawieraniu konsorcjów brali pod uwagę powyżej opisane wytyczne. Skomplikowany problem ochrony konkurencji pomiędzy firmami leśnymi będzie jeszcze w przyszłości przeze mnie rozwijany na łamach Gazety Leśnej i portalu firmylesne.pl.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk & Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.