

*Sygn. akt VI ACa 651/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 czerwca 2016 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Marcin Strobel*

*Sędziowie: SA Grażyna Kramarska*

*SO (del.) Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: protokolant Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 8 czerwca 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Usługowo- (...) sp. z o.o. w B.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z udziałem zainteresowanego (...) sp. z o.o. w B.*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*oraz sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w B.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z udziałem zainteresowanego Przedsiębiorstwa Usługowo- (...) sp. z o.o. w B.*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 lutego 2015 r., sygn. akt XVII AmA 73/13*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:*

*1) w punkcie pierwszym oddala oba odwołania,*

*2) w punkcie drugim zasądza od Przedsiębiorstwa Usługowo- (...) sp. z o.o. w B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,*

*3) w punkcie trzecim zasądza od (...) sp. z o.o. w B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;*

**II. zasądza od Przedsiębiorstwa Usługowo- (...) sp. z o.o. w B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

**III. zasądza od (...) sp. z o.o. w B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

**IV. nakazuje pobrać od Przedsiębiorstwa Usługowo- (...) sp. z o.o. w B. i (...) sp. z o.o. w B. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwoty po 500 zł (pięćset złotych) tytułem nieuiszczonej opłaty od apelacji, od której pozwany był zwolniony.**

**Sygn. akt VI ACa 651/15**

## UZASADNIENIE

W dniu 31.12.2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) wydał decyzję nr (...), w której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm., dalej: u.o.k.k.), poprzez zawarcie przez Przedsiębiorstwo Usługowo- (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (dalej: (...)) oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (dalej: (...)) porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta B., polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu ogłoszonego przez Zarząd (...) w B. (dalej: (...)) z dnia 23.04.2008 r. warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi.

W uzasadnieniu decyzji wskazano, że (...) i (...) są spółkami prowadzącymi działalność w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych. W dniu 23.04.2008 r. (...) ogłosił przetarg nieograniczony na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją z nieruchomości zarządzanych przez (...). Określono szczegółowy wykaz nieruchomości i pojemników do selektywnej zbiórki odpadów i pozostałych odpadów, przy czym pojemniki miał dostarczyć wykonawca. Zamawiający wskazał liczbę 314 pojemników, których zapewnienie stanowiło obowiązek oferenta, jak i dostarczenie 382 pojemników do selektywnej zbiórki odpadów. Do przetargu przystąpiło czterech przedsiębiorców, w tym konsorcjum złożone z ww. spółek. Umowa konsorcjum zawarta w dniu 29.05.2008 r. stanowi dowód zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego, a strony – uzgadniając swoją rolę w porozumieniu – dokonały podziału zasobów mieszkaniowych (...) i przypisały obsługę każdej z wydzielonych części (...) lub (...). Faktycznie nie doszło w ramach wykonywanego zadania do deklarowanej współpracy między spółkami, która miała polegać na wzajemnej wymianie posiadanych zasobów. Zakres zawartego porozumienia był szerszy niż to wynikało z treści umowy konsorcjum. Celem przedsiębiorców było wyłączenie konkurencji między nimi w związku z chęcią utrzymania posiadanych udziałów rynkowych. Ustalona między stronami współpraca zakładała zawarcie umowy konsorcjum i złożenie w przetargu wspólnej oferty w celu zminimalizowania ryzyka związanego z postępowaniem przetargowym. Składając wspólną ofertę spółki musiały konkurować w przetargu jedynie z mniejszymi przedsiębiorcami, a więc mniej groźnymi graczami rynkowymi. Nadto zamówienie złożone przez (...) nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych każdej ze spółek z osobna. Bez zawarcia porozumienia każdy z jego uczestników byłby w stanie wykonać zlecenie samodzielnie. Twierdzenia obu spółek, że gdyby wykonywały umowę samodzielnie, koszt usługi kilkakrotnie przewyższyłby wartość wynagrodzenia, a zatem przedsięwzięcie nie byłoby możliwe do zrealizowania, było bezpodstawne. Żadna ze spółek nie wykazała, aby zawarte porozumienie skutkowało okolicznościami, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Niemniej Prezes UOKiK postanowił odstąpić od wymierzenia kary obu spółkom, z uwagi na precedensowy charakter sprawy. Konsorcja są przewidziane przepisami prawa, a uczestnikom konsorcjum trudno było przewidzieć, że ich zachowanie może zostać uznane za naruszenie prawa konkurencji.

Odwołania od powyższej decyzji każda ze spółek złożyła oddzielnie, zaś Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) połączył obie sprawy do łącznego rozpoznania i orzekania.

Wyrokiem z dnia 19.02.2015 r. SOKiK, w sprawie XVII AmA 73/13, uchylił zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) i (...) to przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych. W dniu 23.04.2008 r. (...) ogłosił przetarg nieograniczony na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją z nieruchomości zarządzanych przez (...). Zakres przedmiotu zamówienia został opisany szczegółowo w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zamawiający określił 176 lokalizacji, z których miały być transportowane odpady, jak również wskazał liczbę 314 pojemników, których zapewnienie stanowiło obowiązek oferenta. Obowiązkiem oferenta było dostarczenie 382 pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, która to usługa wprowadzona została po raz pierwszy na tak dużą skalę w zasobach (...). Ponieważ ani (...), ani (...) samodzielnie nie dysponowały tak znaczną liczbą pojemników na odpady selektywne, odpowiednią ilością sprzętu specjalistycznego typu (...), zaś analiza kosztów realizacji zamówienia będącego przedmiotem przetargu wykazała, że koszt samodzielnej obsługi nieruchomości (...), przy doliczeniu kosztów nabycia pojemników, przez jednego tylko przedsiębiorcę kilkakrotnie przewyższy wartość wynagrodzenia za usługę, w dniu 29.05.2008 r. spółki zawarły umowę konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o zawarcie umowy i wykonanie zadań zleconych w ramach przetargu. Każdy z partnerów miał ponosić odpowiedzialność za realizację zobowiązań podjętych w ramach powierzonego zadania stosownie do zakresu terytorialnego działania każdego z nich. Wobec zamawiającego partnerzy ponosić mieli odpowiedzialność solidarną. W sprawach konsorcjum partnerów na zewnątrz reprezentować miał lider, tj. (...).

Do przetargu przystąpiło łącznie czterech oferentów, w tym konsorcjum, którego oferta została wybrana, z uwagi na kryterium najniższej ceny oferty brutto 40,61 zł/m<sup>3</sup>. W wyniku tego w dniu 8.07.2008 r. konsorcjum podpisało z (...) umowę, w której wykonawca zobowiązał się do: zapewnienia właściwej ilości pojemników do gromadzenia odpadów na nieruchomościach, w tym także do selektywnej zbiórki odpadów, odbioru i transportu odpadów na wysypisko gromadzonych w pojemnikach, wystawiania opróżnionych pojemników w miejscu ich lokalizacji, transportu odpadów w terminach uzgodnionych z zamawiającym, zabezpieczenia właściwej ilości pojemników, utrzymania ich należytego stanu technicznego i estetycznego, przestrzegania przepisów sanitarno-porządkowych i drogowych oraz utrzymywania czystości wokół kontenerów. Wykonując zadania zlecone przez (...) w 2009 r., (...) wykorzystywała łącznie 93 pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów i 196 pojemników do zbiórki odpadów niesegregowanych, zaś (...) odpowiednio – 180 i 124 pojemników.

Umowa konsorcjum została rozwiązana z upływem czasu na jaki została zawarta, tj. z dniem 15.08.2011 r. (...) osiągnęła w 2011 r. przychód z działalności w wysokości 17.144 265,49 zł, zaś (...) 41.076.081,09 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że działania powodów polegające na zawarciu porozumienia w celu przedstawienia wspólnej oferty w ramach przetargu, nie naruszały art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Jako zakazane można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno, a taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie, gdyż powodowie złożyli wspólną ofertę w postępowaniu przetargowym. Co do zasady, naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert. Współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z filarów funkcjonowania gospodarki rynkowej. Współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje prokonkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku.

Zachowanie powodów należało nadto ocenić jako legalne także dlatego, że było zgodne z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 20.01.2004 r. – Prawo o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: p.z.p.), gdyż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym wykonawcy mają prawo wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku przy ocenie, czy przedstawiona oferta

spełnia warunki zamówienia należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny współpracujących przedsiębiorców. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwolił stwierdzić, że żaden z powodów przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia nie dysponował wymaganą przez zamawiającego ilością pojemników na odpady. Nabycie dodatkowych pojemników przez każdego z powodów z osobna wiązało się z uiszczeniem ceny przewyższającej wartość zamówienia przetargowego, a więc uprawnione jest twierdzenie, że samodzielne wykonywanie usługi na rzecz (...) byłoby nieopłacalne. Brak było dowodów, że w dniu złożenia oferty powodowie posiadali zaplecze organizacyjne (potencjał techniczny) niezbędne do wykonania zamówienia. Nie można więc czynić im zarzutu, że do przetargu mogli przystąpić samodzielnie.

Według Sądu Okręgowego dowolne i nieuprawnione w świetle art. 22 ust. 1 pkt 3 p.z.p. było twierdzenie pozwanego, że z zamówienia przetargowego nie wynikało, aby obowiązkiem oferenta było udokumentowanie, iż przed przystąpieniem do przetargu oferent posiadał ilości pojemników na odpady wskazane w warunkach zamówienia, a zakup na własność brakujących pojemników przez powoda nie był jedyną możliwą opcją uzupełnienia brakujących zasobów, gdyż „dysponowanie” to pojęcie szersze niż „posiadanie na własność”. Wyłącznie od uznania oferenta zależy, w jaki sposób uzupełni on braki w zakresie potencjału technicznego. Warunki przetargu określały konkretną ilość pojemników na odpady, którymi dysponować miał startujący w przetargu. Powodowie udowodnili, że każdy z nich oceniany osobno nie dysponował wymaganą ilością pojemników, a więc niemożliwe było samodzielne wystąpienie przez każdego z nich z osobna w przetargu. Zatem niezbędne było zawarcie między powodami umowy o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, przy czym strony jasno określiły jej cel, zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 p.z.p.

Tym samym brak było przesłanek do uznania, że zawarte między nimi porozumienie naruszało art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., a więc – zdaniem Sądu Okręgowego – wydana w sprawie decyzja jest pozbawiona podstawy prawnej i jako taka winna być uchylona zgodnie z żądaniem powodów.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes UOKiK, zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miast B., polegającego na uzgodnieniu przez powodów przystępujących do przetargu zorganizowanego przez (...) warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi, poprzez:

a) bezpodstawne przyjęcie, że zakazane w świetle ww. przepisu są jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobo, a w konsekwencji działania powodów polegające na zawarciu porozumienia w celu przedstawienia wspólnej oferty, w sytuacji, gdy powodowie przystępowali do przetargu wspólnie, nie naruszają art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., gdy tymczasem formalnie wspólne przystępowanie przez konsorcjantów do przetargu (samo w sobie) nie wyłącza oceny działania konsorcjantów pod kątem zawarcia niedozwolonego porozumienia,

b) bezpodstawne przyjęcie, że naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych tworzonych w celu wspólnego przedstawienia ofert, gdy nawet w sytuacji złożenia przez powodów formalnie jednej, wspólnej oferty dopuszczalność zawarcia konsorcjum może być wyłączona, w sytuacji, gdy obiektywnym celem konsorcjantów było wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, zaś konsorcjanci byli w stanie wykonać samodzielnie zadanie objęte SIWZ,

2) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. poprzez błędną jego wykładnię i w efekcie jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące bezpodstawnym przyjęciem, że niezasadny jest zarzut naruszenia tego przepisu w sytuacji, gdy żaden z powodów przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponował wymaganą przez zamawiającego ilością pojemników na odpady, zaś uzupełnienie brakujących zasobów w tym zakresie, którego sposób przeprowadzenia należy do wyłącznego uznania oferenta, powodował „brak opłacalności” samodzielnego wykonania zadania na rzecz (...) (niezalenie od podniesionego przez pozwanego zarzutu błędnego ustalenia faktyczne

w tym zakresie), co skutkowało stwierdzeniem, że powodowie nie mieli możliwości samodzielnego wykonania zadania określonego w SIWZ, gdy okoliczność nieposiadania przez powodów pojemników na odpady przed przystąpieniem do przetargu nie determinuje stwierdzenia o braku możliwości samodzielnego wykonania zadania, jak również nie determinuje go kwestia „braku opłacalności” samodzielnego wykonania usługi,

3) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez błędną wykładnię tych przepisów, a w efekcie ich niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia przez powodów niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, na skutek bezpodstawnego przyjęcia przez SOKiK, iż filarem funkcjonowania gospodarki rynkowej jest współpraca pomiędzy przedsiębiorcami, w tym zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, co zakłada korzyści z zawierania porozumień, gdy tymczasem ocena działania przedsiębiorców dokonana pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., jak i ustawy p.z.p. powinna zakładać, że filarem tym jest konkurencja, z czego wywodzi się zasadę samodzielnego działania przedsiębiorców, a wyłączenie tej zasady w postaci zgody na zawieranie porozumień pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami musi mieć uzasadnienie, poprzez wykazanie określonych korzyści płynących z zawarcia porozumienia, które to korzyści są rozumiane jako możliwość złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez przedsiębiorców, którzy samodzielnie ni mogliby przystąpić do przetargu,

4) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez błędną wykładnię tych przepisów, a w efekcie ich niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia przez powodów niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w sytuacji, gdy działania powodów są zgodne z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., który w przypadku wspólnego przedstawienia oferty przez konsorcjantów nakazuje ocenę tej oferty pod kątem spełnienia warunków zamówienia biorąc pod uwagę łączny potencjał współpracujących przedsiębiorców, gdy tymczasem działanie powodów zgodne z tym przepisem nie wyklucza oceny i stwierdzenia, że działania powodów naruszają art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.,

5) naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w zw. z art. 22 ust. 1 p.z.p. poprzez błędną wykładnię tych przepisów, a w efekcie ich niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia przez powodów niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w sytuacji, mimo że cel działania powodów został określony zgodnie z treścią art. 23 ust. 1 p.z.p., gdy tymczasem przy ocenie naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. należy odnieść się do celu rozumianego jako wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a nie subiektywnego celu zawarcia umowy konsorcjum wskazanego przez powodów;

II. przepisów prawa procesowego mające wpływ na wynik sprawy:

1) art. 227 k.p.c. i art. 245 w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez oparcie zaskarżonego orzeczenia na błędnie ustalonym stanie faktycznym, z pominięciem przeprowadzenia własnego postępowania i dokonania ustaleń, poprzez:

a) bezpodstawne, niemające oparcia w materiale dowodowym sprawy, ustalenie faktu sporządzenia przez powodów analizy kosztów realizacji zamówienia będącego przedmiotem przetargu, która to kalkulacja, zdaniem SOKiK, została sporządzona na okoliczność, że koszt samodzielnej obsługi nieruchomości (...) (po doliczeniu kosztów nabycia pojemników) przez jednego tylko przedsiębiorcę kilkakrotnie przewyższy wartość wynagrodzenia za usługę,

b) bezpodstawne przyjęcie, że wartość brakujących zasobów do samodzielnego wykonania zadania określonego w SIWZ przewyższy wartość zamówienia przetargowego, co czyni samodzielne wykonanie zadania przez każdego z powodów osobno nieopłacalnym,

2) art. 232 i 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i błędną ocenę dowodów, naruszającą zasadę obiektywnej oceny dowodów, sprowadzającą się do oparcia zaskarżonego wyroku na twierdzeniu, że żaden z powodów nie mógł samodzielnie wykonać zadania objętego SIWZ, ponieważ przed przystąpieniem do postępowania przetargowego nie posiadał wystarczającej liczby pojemników na odpady, co

skutkowało uchynieniem decyzji pozwanego w związku ze stwierdzeniem braku naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., w sytuacji, gdy powyższe stwierdzenia SOKiK zostały dokonane z:

a) naruszeniem art. 233 k.p.c. poprzez oparcie orzeczenia na wadliwych wnioskach wyciągniętych z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, w zakresie, w jakim SOKiK wiąże fakt nieposiadania w dniu złożenia oferty przez każdego z powodów właściwej liczby pojemników na odpady z nieposiadaniem w dniu złożenia oferty przez powodów zaplecza organizacyjnego (potencjał techniczny) niezbędnego do wykonania zadania, z czego wywodzi, że powodowie nie mogli przystąpić do przetargu samodzielnie, gdy tymczasem SOKiK w części ustalającej wyroku prawidłowo ustalił, że zobowiązanie powodów do zapewnienia właściwej liczby pojemników na odpady wynikało dopiero z zawartej z (...) umowy z dnia 8.07.2008 r., zatem nie jest uzasadnione wiązanie tego faktu z wnioskiem o nieposiadaniu przez każdego z powodów zaplecza organizacyjnego (potencjał techniczny) niezbędnego do wykonania zadania,

b) naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów wynikającej z art. 233 k.p.c., w zakresie, w jakim SOKiK z faktu niedysponowania przez powodów przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia publicznego wymaganej przez zamawiającego liczby pojemników na odpady, wywodzi wniosek, że koszt uzupełnienia brakujących zasobów przewyższy kilkakrotnie możliwą do uzyskania wartość wynagrodzenia za usługę, w konsekwencji wniosek o nieopłacalności samodzielnego wykonania zadania przez powodów wskutek nieposiadania zasobów technicznych i warunków ekonomicznych, co skutkowało bezpodstawnym stwierdzeniem po niemożności samodzielnego wykonania zadania przez powodów na rzecz (...),

c) że SOKiK bezpodstawnie, bez wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, wywodzi z faktu niedysponowania przed przystąpieniem przez powodów do przetargu wymaganej przez zamawiającego liczby pojemników na odpady, wniosek o niemożności samodzielnego wykonania zadania przez powodów na rzecz (...) w sytuacji, gdy istniała potencjalna dostępność uzupełnienia brakujących zasobów przez każdego z powodów w celu samodzielnego wykonania zadania, którą to możliwość SOKiK całkowicie pominął, twierdząc, że wyłącznie do uznania oferenta należy, w jaki sposób uzupełni on braki w zakresie potencjału technicznego,

d) pominięciem części materiału dowodowego zawierającego dane dotyczące zasobów technicznych i warunków ekonomicznych powodów, przy jednoczesnej nieznaczącej wielkości zlecenia wraz z tendencją spadkową, przemawiające za możliwością samodzielnego wykonania usługi na rzecz (...), gdy rodzaj zadania określonego w SIWZ w żadnym razie nie przekracza możliwości finansowych i organizacyjnych powodów, a w tym samym przetargu samodzielne oferty złożyli przedsiębiorcy znacznie mniejsi od powodów, deklarując dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, co doprowadziło Sąd I Instancji do błędnego przyjęcia, że zasoby techniczne powodów nie były wystarczające do samodzielnego wykonania zamówienia i wymagały zakupu dodatkowych pojemników, podczas gdy połączenie potencjałów wykonawców i wspólne ubieganie się o zamówienie mogło mieć miejsce wyłącznie ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia czy jego szczególny zakres, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca,

e) że SOKiK, opierając swoje stanowisko wyłącznie na fakcie braku nieokreślonej ilości pojemników na odpady na etapie ubiegania się przez powodów o udzielenia zamówienia publicznego, stwierdził brak przesłanek do uznania, że zawarte pomiędzy powodami porozumienie narusza art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., bez uwzględnienia okoliczności, która wykazało przeprowadzone postępowanie administracyjne, a powodowie faktu tego nie zakwestionowali, iż sposób wykonywania przez każdego z nich zadania określonego w umowie zawartej z (...) nie pokrywał się ze sposobem wykonania zadania określonym w umowie konsorcjum, co dyskwalifikuje wyjaśnienia powodów dotyczące korzyści ze wspólnego wykonania zamówienia w postaci możliwości zaoferowania ceny usługi niższej niż stosowana przed wykonywaniem zlecenia przez konsorcjum,

f) że SOKiK, stwierdzając brak przesłanek do uznania, iż zawarte pomiędzy powodami porozumienie narusza art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., całkowicie pominął wykazany przez pozwanego fakt nieistnienia wskazanych przez powodów korzyści z zawarcia umowy konsorcjum w postaci obniżenia ceny wywozu odpadów komunalnych z zasobów (...),

pomimo, że okoliczność ta może świadczyć o stosowaniu przez powodów ceny dumpingowej, co przemawia za antykonkurencyjnym charakterem zawartego porozumienia;

3) art. 328 § 2 w. zw. z art. 233 k.p.c. poprzez nierozpoznanie całego zebranego materiału dowodowego, a także brak odniesienia się przez Sąd I instancji do materiału dowodowego zebranego przez pozwanego w toku postępowania antymonopolowego, a w konsekwencji niewyjaśnienie podstawy faktycznej i podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa i oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na dowodzie z dokumentu prywatnego przedstawiającego stan ilościowy pojemników na dzień 31.12.2007 r. oraz nieumotywowaniu w uzasadnieniu orzeczenia dlaczego innym dowodom ten Sąd odmówił wiarygodności, co powoduje, że zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli apelacyjnej

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołań oraz o zasądzenie na jego rzecz od pozwanych kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W odpowiedzi na apelację powód (...) wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była zasadna w całości, aczkolwiek nie wszystkie zarzuty w niej podniesione były uzasadnione.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz ewentualnie także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny. O ile uzasadnienie Sąd I instancji w niniejszej sprawie było stosunkowo lakoniczne, szczególnie w kwestii dotyczącej problematyki zawarcia przez powodów niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego, co wymagało pogłębionej analizy, to nie sposób stwierdzić, aby nie poddawało się kontroli instancyjnej. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób oceniała materiał dowodowy zebrany w sprawie.

Spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do dwóch podstawowych kwestii, a mianowicie:

- 1) czy przepisy u.o.k.k., a konkretnie art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, mają zastosowanie do konsorcjum, w przypadku złożenia przez konsorcjantów wspólnej oferty w postępowaniu w ramach zamówienia publicznego;
- 2) jeśli odpowiedź na pytanie nr 1 byłaby pozytywna, to czy w tym konkretnym przypadku pomiędzy spółkami (...) doszło do tzw. zмовы przetargowej w rozumieniu powołanego przepisu.

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia, to zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są 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. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd I instancji nie wyraził wprost swojego stanowiska, czy przepis ten ma zastosowanie w przypadku konsorcjów, jako że raz mowa była o tym, że „co do zasady, naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert”, a za innym razem, że „jako zakazane w rozumieniu ustawy można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są

przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno” (s. 6-7 uzasadnienia). Jednak całość rozważań tego Sądu pozwala przyjąć, że przychylił się on do tego drugiego poglądu.

Także w doktrynie wyrażony został pogląd, że statusu zmony przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. nie mają tzw. konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu (zob. J. E. Nowicki [w:] A. Bazan, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX/el. 2014).

Z takim stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić.

Z brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wynika, że w niniejszej sprawie wskazane zagadnienie można rozpatrywać jedynie jako uzgadnianie przedsiębiorców przystępujących do przetargu „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”, a więc znowę przedsiębiorców w tym przedmiocie. Pod pojęciem porozumienia należy rozumieć umowy zawierane między przedsiębiorcami oraz wszelkie uzgodnienia w tym zakresie, dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców (art. 4 pkt 5 lit. a-b u.o.k.k.). Porozumienia przetargowe są kwalifikowane jako zakazane z uwagi na antykonkurencyjny cel, stanowią bowiem jedne z najcięższych naruszeń prawa konkurencji (zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, Warszawa 2014, s. 287). Z oczywistych względów w tym wypadku odpada ocena porozumienia między powodami jako porozumienia między przedsiębiorcą/-ami i przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu, jako że ani (...), ani (...) nie były organizatorem przetargu, a podmiotami przystępującymi do niego, składającymi ofertę w ramach postępowania przetargowego. Sąd I instancji wywiódł, że skoro w przepisie mowa jest o „warunkach składanych ofert”, to nie może on mieć zastosowania do konsorcjum, gdyż w jego ramach konsorcjanci składają jedną, wspólną ofertę. Wynika więc stąd wniosek, że została zastosowana wykładnia literalna, której wynik miałby być jednoznaczny.

Oczywistym jest, że umowa konsorcjum jest dozwoloną formą współpracy w rozumieniu art. 353<sup>1</sup> k.c., często nawet pożądaną, jako że może podnosić efektywność działania przedsiębiorców, pozwolić im na wdrażanie nowych technologii, wiedzy i know-how, co powinno skutkować zwiększeniem konkurencyjności na rynku, a konsekwencji – konkurencyjności i innowacyjności całej gospodarki państwa. Została ona dopuszczona wprost w art. 23 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnych ograniczeń w możliwości składania ofert w ramach konsorcjum, zarówno od strony organizatora przetargu, jak i uczestników konsorcjum.

W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że chociaż umowa konsorcjum nie została uregulowana w kodeksie cywilnym i nie doszło do wypracowania jej legalnej definicji, to jej dopuszczalność wynika z zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Niemniej konsorcjum nie ma osobowości prawnej, a jest wyłącznie umową pomiędzy dwoma podmiotami lub większą ich liczbą (osobami prawnymi, fizycznymi, ułomnymi osobami prawnymi), zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje osobny byt prawny posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają wyłącznie członkowie tworzący konsorcjum. Umowa konsorcjum może stanowić podtyp spółki cywilnej, być spółką cywilną albo mieć samodzielny charakter, jeżeli nie ma podstaw do ustalenia, że występują w niej istotne cechy spółki cywilnej (zob. np. wyroki SN: z dnia 20.11.2014 r., V CSK 177/14, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 10, s. 43, z dnia 9.07.2015 r., I CSK 353/14, Legalis nr 1303686, z dnia 10.09.2015 r., II CSK 536/14, Legalis nr 1352510 i z dnia oraz postanowienie SN z dnia 6.03.2015 r., III CZP 113/14, Legalis nr 1186742). Jednak status prawny konsorcjum i podział tej formy współpracy na konsorcjum zewnętrzne i wewnętrzne, co ma wpływ na ustalenie legitymacji członków konsorcjum do dochodzenia roszczeń lub ustalenie zasad ich odpowiedzialności w stosunkach wewnętrznych, nie ma żadnego wpływu na możliwość złożenia przez konsorcjantów wspólnej oferty w ramach zamówienia publicznego w celu wygrania przetargu, a następnie realizacji zamówienia zgodnie z umową zawartą z zamawiającym. Niezależnie bowiem od regulacji dotyczących wskazanych kwestii, członkowie konsorcjum mają prawo złożyć ofertę, o ile spełniają wymagania przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym. Konsorcjum nie jest odrębnym przedsiębiorcą, nie posiada osobowości prawnej jako odrębny podmiot, gdyż to konsorcjanci zachowują status odrębnych przedsiębiorców. Konsorcjum nie posiada



własnego majątku, odrębnego od majątku konsorcjantów, a każdy z konsorcjantów zachowuje posiadane tytuły prawne do przedmiotów, przy pomocy których w ramach kooperacji (umowy konsorcjum) będzie wykonywał swoje zadania. W takiej sytuacji ocena zachowania (zwykle działania) nie może dotyczyć konsorcjum jako podmiotu prawa, ale wyłącznie działań poszczególnych uczestników tej formy współpracy.

W założeniu taka kooperacja jest przeznaczona dla podmiotów, które same nie byłyby w stanie uzyskać zamówienia publicznego. Duże i silne ekonomicznie podmioty, mający stosowne doświadczenia w danej branży, które samodzielnie spełniają wymogi zamówienia publicznego, zwykle nie są zainteresowane taką kooperacją, jako że bardziej zasadne jest skorzystanie z innych przedsiębiorców w ramach stosunku podwykonawstwa. W wyniku zawartej umowy konsorcjum jej członkowie łączą bowiem swoje potencjały ekonomiczne i finansowe, ale również zasoby ludzkie i techniczne (sprzętowe), co ma pozwolić na efektywny start w przetargu, czyli uzyskanie zamówienia publicznego, a następnie jego wykonanie. Zatem w założeniu taka kooperacja powinna służyć słabszym przedsiębiorcom, którzy startując samodzielnie, nie byłiby w stanie pokonać konkurentów. I chociaż zgodnie z art. 2 pkt 11 p.z.p. wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, a konsorcjanci, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne, składają wspólną ofertę jako konsorcjum, to w świetle prawa są to odrębne podmioty, odrębni przedsiębiorcy, których w praktyce połączył wspólny cel gospodarczy. O ile więc zamawiający nie może wprowadzić zakazu złożenia oferty przez kilka podmiotów łącznie, a w przypadku wybrania takiej oferty stają się oni jednym wykonawcą w rozumieniu tego przepisu, to nie tracą bytu prawnego i są przedsiębiorcami w świetle art. 4 pkt 1 u.o.k.k. Wspólne przystąpienie do przetargu i złożenie wspólnej oferty nie oznacza bowiem, że przedsiębiorcy tracą swoją odrębność prawną i stają się jednym przedsiębiorcą. Na tym etapie każdy jest oferentem, a to, że składają jedną ofertę, oznacza tylko tyle, że kilku oferentów składa jedną ofertę. W związku z tym traktowani są jako wykonawca, ale tylko o tyle, że każdy z nich jest solidarnie odpowiedzialny w stosunku do zamawiającego za wykonanie umowy.

Brak zakazu zawierania porozumień w ramach konsorcjum w celu wzięcia łącznego udziału w przetargu nie oznacza a limine, że tego rodzaju porozumienie nie może podlegać ocenie jako sprzeczne z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Powstaje pytanie, czy wyznacznikiem dla zastosowania tego przepisu jest liczba ofert złożonych w ramach przetargu, jak to przyjął Sąd I instancji, czy fakt zawarcia przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia. Warto zauważyć, że w przypadku akceptacji wykładni przedstawionej przez Sąd I instancji zastosowanie przepisów ustawy antymonopolowej uzależnione byłoby władnie od liczby ofert złożonych przez podmioty przystępujące do przetargu, jak i tego, czy złożyły je tylko konsorcja przedsiębiorców. Zatem w każdej sytuacji, gdy zostałaby złożona jedna wspólna oferta przez wszystkich przedsiębiorców startujących w przetargu, właśnie w ramach konsorcjum, a nawet gdyby oferty złożyły same konsorcja, ustawa nie miałaby w ogóle zastosowania. Innymi słowy, gdyby podmioty zainteresowane wygraniem przetargu uznały, że ryzyko porażki jest zbyt wysokie, gdyż oznaczałaby ona eliminację z określonego rynku i zawarły umowę konsorcjum, w którym ustaliłyby zakres funkcjonowania każdego z nich na tym rynku po wygraniu przetargu i złożyły wspólną ofertę, eliminowałyby to możliwość ingerencji Prezesa UOKiK.

W ten stosunkowo prosty sposób przedsiębiorcy mogliby wyłączyć w każdym postępowaniu przetargowym swoje zachowania spod działania ustawy antymonopolowej – wystarczyłoby, aby rezygnując z części potencjalnego zysku (kwotowego), jaki mógłby zostać wypracowany przy wykonywaniu całego zamówienia, zgodzili się na nieco niższy kwotowy zysk w zamian za pewność, że dane zamówienie będą wykonywać, chociaż w nieco mniejszym zakresie. Do tego wystarczające byłoby składanie przez przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty w każdym przetargu, szczególnie w ramach zamówień publicznych, aby taką niepewność wyeliminować. W takiej sytuacji, przy zastosowaniu wykładni, że jedna oferta wyłącza zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., doszłoby do wyłączenia możliwości badania ich zachowania z punktu widzenia tej ustawy, chociaż dochodzi do uzgodnienia przez przedsiębiorców warunków, jakie miałyby zostać zaproponowane zamawiającemu. Nie zmienia tego okoliczność, że następuje to przed przystąpieniem do przetargu, gdy nie ma jeszcze wspólnej oferty.

Pogląd zaprezentowany przez Sąd I instancji jest sprzeczny z celami i istotą ustawy wyrażonymi w art. 1 ust. 1, zgodnie z którym ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie

publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i przedsiębiorców. Celem ustawy jest przede wszystkim ochrona konsumentów i przedsiębiorców przed niewłaściwymi zachowaniami innych przedsiębiorców, w szczególności eksploatacją ze strony silniejszych od nich uczestników rynku. W związku z tym interes publiczny można zdefiniować jako konieczność zapewnienia prawidłowych zasad funkcjonowania rynku, aby każdy przedsiębiorca miał równe szanse wejścia na ten rynek i funkcjonowania na nim. Nie chodzi tu więc o ochronę prywatnych interesów poszczególnych uczestników rynku, ale rynku jako całości, czyli miejsca, w którym styka się podaż z popytem. W razie naruszenia prywatnego interesu uczestników rynku, czyli konsumentów lub przedsiębiorców, przysługuje im ochrona realizowana na podstawie przepisów prawa prywatnego (kodeks cywilny, kodeks spółek handlowych) przed sądami powszechnymi lub sądami administracyjnymi. Słusznie podnosi się w orzecznictwie, że naruszenie interesu publicznoprawnego w rozumieniu art. 1 u.o.k.k. ma miejsce wówczas, gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania antymonopolowego, zagrożony jest interes ogólnospołeczny, a także wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa antymonopolowego, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku lub gdy działania te wywołują niekorzystne zjawiska rynkowe (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 5.09.2012 r., VI ACa 363/12, Legalis nr 740963).

Nie można nie wziąć pod uwagę, że konsorcjanci mogą wpływać na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż skoro przedstawiają wspólną ofertę, dokonują wzajemnych uzgodnień odnośnie do jej warunków, w szczególności ceny, zakresu wykonywanych prac, terytorium, na jakim każdy z nich będzie wykonywał prace itd. Wynikiem takich ustaleń jest wspólna oferta, przy czym ta „wspólność” może być jedynie pozorna, jako że jej cel jest zupełnie inny, a mianowicie opisany powyżej. Zatem tak naprawdę mielibyśmy wówczas do czynienia z dwiema częściowymi ofertami, chociaż pod względem formalnym z jedną. Istotne jest nie tyle, ile faktycznie ofert zostało złożonych w toku postępowania przetargowego, ale jaki wpływ ma, a przynajmniej może mieć zawarte porozumienie i złożona oferta na stosunki między konsorcjantami i na rynek. O ile można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu I instancji, że do oferenta należy wybór w zakresie uzupełnienia brakującego mu potencjału, to nie w tym przejawia się istota problemu. Ważne jest bowiem, w jakim celu przedsiębiorcy zawierają porozumienie (w tym przypadku: umowę konsorcjum) i składają wspólną ofertę, ewentualnie jaki był jego skutek, nawet jeżeli nie obejmowali swoją świadomością antykonkurencyjnego charakteru porozumienia. Nie sposób bowiem abstrahować od celu regulacji zawartej w art. 23 ust. 1 p.z.p., czyli umożliwienia wygrania postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, uzyskania zamówienia i jego wykonania przez wykonawców, którzy nie mają możliwości osiągnąć tego samodzielnie, jak również gdyby samodzielne wykonanie zamówienia przez przedsiębiorcę byłoby dla niego ekonomicznie nieuzasadnione.

Słusznie więc przyjął Prezes UOKiK, że nie jest zasadne czynienie z faktu „złożenia przez przedsiębiorców na dalszym etapie procedury przetargowej” jednej, wspólnej oferty przesłanki, która przesądzałaby o legalności działania konsorcjantów.

Także w doktrynie przedstawiono pogląd, że jako zmywy przetargowe mogą być oceniane uzgodnienia między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu w ramach konsorcjum. Na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. konsorcjum nie jest traktowane jak jeden przedsiębiorca. Na gruncie prawa ochrony konkurencji podmiotami zakazanych zμών przetargowych są przedsiębiorcy (działający samodzielnie, przez swoje organy lub osoby działające w ich imieniu lub w ich interesie) uczestniczący w przetargach oraz organizujący je (ci ostatni tylko, gdy wchodzi w porozumienie z uczestnikiem przetargu). Do naruszenia zakazu określonego w tym przepisie może dojść, gdy co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców mających opisane wyżej cechy zawiera porozumienie określone we wskazanym przepisie. Tak więc konsorcja, podobnie jak inne formy umownej kooperacji między przedsiębiorcami, stanowią porozumienia, których cele i skutki powinny być oceniane w aspekcie ograniczenia konkurencji (zob. G. Materna, Zakres podmiotowy zakazu zμών przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, PUG 2013, nr 12, s. 4-13, tenże, Zmywy przetargowe – granice i formy kooperacji w świetle aktualnej praktyki stosowania prawa ochrony konkurencji, PUG 2015, nr 10, s. 14 i n.; zob. też M. Sieradzka, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13, Lex/el. 2015).

Oczywiście nie można zapominać, że konsorcjum jest dopuszczalną formą porozumienia, często pożądaną, szczególnie jeżeli pozwala mniejszym i słabszym przedsiębiorcom konkurować z podmiotami o znacznie większym potencjale ekonomicznym. Istotne jest więc ustalenie, czy horyzontalna kooperacja przedsiębiorców, w wyniku której składają oni wspólnie ofertę w ramach przetargu, ma na celu właśnie taką kooperację, konsekwencją której będzie dalsza współpraca w ramach wygranego zamówienia, czy służy jedynie ukryciu zmywy kartelowej, której celem jest zmniejszenie, a nawet – w skrajnych przypadkach, gdy konsorcjantami są wszyscy przedsiębiorcy przystępującymi do przetargu – wyłączenie niepewności co do wygrania przetargu i uzyskania zamówienia, które następnie każdy z konsorcjantów będzie realizował oddzielnie, niezależnie od pozostałych.

Zatem ta forma współpracy (kooperacji) powinna być rozpatrywana z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, ale przy uwzględnieniu, że w założeniu, przy faktycznie zawartej i realizowanej umowie konsorcjum, umowa tego rodzaju powinna wywoływać prokonkurencyjne efekty, co powinno ją wyróżniać od zmów kartelowych, które w swoim założeniu w praktyce są tajnymi porozumieniami, gdyż zawierając takie porozumienie, przedsiębiorcy raczej nie manifestują tego faktu na zewnątrz. Istotne jest więc ustalenie, czy takie porozumienie wywarło lub mogło wyrzucić negatywne skutki rynkowe w postaci naruszenia zasad konkurencji.

Reasumując, można w tym przedmiocie wskazać, że zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byliby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi – ze szkodą dla zamawiającego. W uproszczeniu – konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji, jeśli jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu, gdyby nie zostało zawiązane (zob. P. Wierzbicki, Konsorcja na bakier z prawem konkurencji, „Rzeczpospolita” PCD 2014, nr 4, s. 9). Nie chodzi tu o automatyczne kwalifikowanie konsorcjum jako niedozwolonej formy współpracy, gdyż byłoby to oczywiście sprzeczne z istotą i celem tej formy współpracy, jednak niezasadne jest określenie a priori takiej kooperacji jako zgodnej z prawem konkurencji.

W odniesieniu do drugiej kwestii, skoro możliwe jest badanie konsorcjum z punktu widzenia ustawy antymonopolowej, to zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przyjęcie, że doszło do naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, wymaga ustalenia w postępowaniu antymonopolowym, że:

- 1) doszło zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia,
- 2) celem lub skutkiem takiego porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- 3) nie wystąpiły przesłanki wyłączające określone w art. 7 i 8 u.o.k.k.

Niewątpliwie umowa konsorcjum może być porozumieniem, o jakim mowa w art. 4 pkt 5 lit. a u.o.k.k. Jest to sformalizowane porozumienie, szczególnie że (...) i (...) zawarły je na piśmie w dniu 29.05.2008 r. (k. 342-345, 379-388 t. II akt adm.).

Rozpatrując kwestię celu, w jakim konsorcjanci wybrali tę formę współpracy, trzeba mieć na względzie, że o tym, iż mamy do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem, świadczyć mogłyby okoliczności takie jak:

- oferta jest składana przez „dużych graczy” na określonym rynku, a więc mają oni znaczny udział w rynku właściwym,
- konsorcjanci oddzielnie spełniali wymogi określone w SIWZ, byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu i złożyć samodzielne oferty, a samo zamówienie nie zawierało „wyśrubowanych” warunków,
- konsorcjanci oddzielnie mieli realne szanse wygrania przetargu,

- konsorcjanci byli w stanie samodzielnie wykonać zadanie objęte postępowaniem przetargowym,
- po zawarciu umowy z zamawiającym nie dochodzi do połączenia potencjałów konsorcjantów, a doszło między nimi wyłącznie do podziału zamówienia w zakresie jego wykonania.

Wystąpienie tych okoliczności może uzasadniać przypuszczenie, że umowa konsorcjum ma charakter niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Jest to oczywiście wyliczenie jedynie przykładowe, ale oddające istotę niedozwolonego porozumienia przetargowego. Innymi słowy, konsorcjanci składają wówczas wspólną ofertę w celu, którym nie jest kooperacja. W doktrynie wskazuje się np. że chociaż celem zawarcia porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie jest także rozłożenie ryzyka między wszystkich uczestników porozumienia, to rozłożenie ryzyka może mieć znamiona zмовы, czyli zamierzonego działania w celu naruszenia konkurencyjności (S. Mosur-Drugim argumentem przeciwko uchyleniu decyzji jest ugruntowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego pogląd, zgodnie z którym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może przy rozpatrywaniu sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu ograniczyć się tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. Celem postępowania przed tym sądem nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. W toku tego postępowania Sąd uwzględnia materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym. SOKiK jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Transportu Kolejowego, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego. Mimo, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie były one na tyle ważne, aby uznać nieważność zaskarżonej decyzji. W związku z tym Sąd obowiązany był dokonać oceny jej trafności i zasadności (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312). Blezel, Niekonkurencyjne konsorcjum, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 3, s. 23). Wskazuje się również, że możliwe jest naruszenie przez konsorcjum przetargowe art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w przypadku jego utworzenia przez konkurentów bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, jeśli konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania (A. Zawłocka-Turno, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych, iKAR 2012, nr 4, s. 47).

Powyższe okoliczności nie skutkują automatyczną kwalifikacją porozumienia jako zмовы przetargowej. Kwestia ta podlega badaniu in casu, jako że nie można pominąć faktu, iż umowę konsorcjum mogą zawrzeć także duże i silne ekonomicznie podmioty, gdyż art. 23 ust. 1 p.z.p. nie zawiera w tym przedmiocie żadnych wyłączeń. Niezasadne byłoby przyjęcie a priori, że tacy przedsiębiorcy nie mogą zawierać takich umów, gdyż w przeciwnym razie doszłoby do preferowania podmiotów, które same nie są w stanie uzyskać i zrealizować zamówienia, gdyż nie spełniają nawet warunków umożliwiających przystąpienie do przetargu. Trzeba mieć jednak na względzie, w jakim celu duży i silny ekonomicznie przedsiębiorca, który miałby możliwość samodzielnego uzyskania zamówienia i jego realizacji, nawiązuje taką współpracę z innym przedsiębiorcą, tracąc możliwość uzyskania części potencjalnego zysku, który mógłby wypracować, gdyby samodzielnie złożył ofertę.

W tym przedmiocie Sąd I instancji wskazał jedynie, że żaden z powodów przed przystąpieniem do przetargu nie dysponował wymaganą przez zamawiającego ilością pojemników na odpady, nabycie dodatkowych pojemników przez każdego z powodów z osobna wiązało się z uiszczeniem ceny przewyższającej wartość zamówienia przetargowego, a więc samodzielne wykonywanie usługi na rzecz (...) byłoby nieopłacalne, a powodom nie można czynić zarzutu, że do przetargu mogli przystąpić samodzielnie. Jak wynika z uzasadnienia w zakresie ustaleń stanu faktycznego, takie twierdzenia zostały oparte na treści pisma (...) z dnia 27.08.2008 r. (k. 364-368 akt adm.). Faktycznie w tym

piśmie powód wskazał: „(...) samodzielnie nie dysponowała tak znaczną liczbą pojemników na odpady selektywne, ani odpowiednią ilością specjalistycznych pojazdów do wywozu takich odpadów. Z kalkulacji wynikało, że koszt obsługi nieruchomości (...), przy doliczeniu kosztów nabycia znacznej liczby pojemników, kilkakrotnie przewyższy wartość wynagrodzenia, które realnie może być uzyskane na rynku (...) za tego rodzaju usługę. Okazało się, że świadczenie usług dla (...) może okazać się nieopłacalne. Konsorcjum umożliwiło podział wykonania zadania na dwa podmioty i wykorzystanie już posiadanego specjalistycznego sprzętu obu partnerów”. Podobnie (...) podnosiło w piśmie z dnia 7.03.2011 r.: „Z naszej kalkulacji wynikało, że samodzielna obsługa zasobów (...) i konieczność poniesienia dużych nakładów związanych z ich obsługą nie pozwoliłyby na zaoferowanie atrakcyjnej, z punktu widzenia zamawiającego, ceny. Tak więc część korzyści płynących z umowy zawartej między (...) a (...) przypadło w udziale zamawiającemu, który uzyskał pożądaną usługę za najniższą w tych warunkach cenę, oszczędzając w okresie od lipca 2008 r. do końca 2010 r. około 700.00 zł” (k. 780-786 t. IV akt adm.).

Oparcie przez Sąd I instancji ustaleń jedynie na tym piśmie, nota bene strony postępowania, naruszało zasady oceny materiału dowodowego wynikające z art. 233 § 1 k.p.c. Zasady logicznego myślenia i doświadczenia życiowego nakazują, aby z dużą dozą ostrożności podchodzić do oświadczeń strony, a takie zostały zawarte w powołanym piśmie, ale również i w innych, jako że trudno przypuszczać, aby uczestnik niedozwolonego porozumienia przyznał tę okoliczność. To oświadczenia (...) ocenić należało w kontekście całego materiału dowodowego.

Generalnie powodowie podnosili w toku postępowania administracyjnego, a następnie w toku postępowania sądowego, że przyczyną zawarcia umowy konsorcjum była konieczność ustawienia dużej liczby pojemników na odpady selektywne, co było wynikiem wymogów zawartych w SIWZ, i wykorzystanie pojazdów specjalistycznych, których nie miała (...), co miało wpływać na obniżkę kosztów (pisma powodów k. 340, 364-368 t. II akt adm., 587-588 t. III akt adm., k. 780-785 t. IV akt adm.).

Faktem jest, że w ogłoszonym w dniu 23.04.2008 r. przez (...) przetargu nieograniczonym w trybie p.z.p. na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją na 3 lata zostały ustalone warunki:

- liczba lokalizacji 176, pojemników 314 na odpady komunalne zapewnienie przez oferenta (o 290 mniej niż w poprzednim okresie),

- obowiązkiem oferenta było dostarczenie 382 pojemników do selektywnej zbiórki odpadów (o 298 więcej niż w poprzednim okresie) – przy czym w 2007 r. (...) i (...) miały ich łącznie 84 (odpowiednio 36 i 48).

Wbrew stanowisku Sądu I instancji, samo w sobie nie przesądzało to jednak o nieantykonkurencyjnym charakterze porozumienia zawartego przez powodów. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że do przedsiębiorcy należy wybór sposobu uzupełnienia braków w potencjale ekonomicznym, finansowym, technicznym czy ludzkim, jednak z zastrzeżeniem, że zostaje to dokonane w celu, który nie dotyczy wyłączenia konkurencji. O ile nie była kwestionowana okoliczność, że (...) i (...) nie miały wszystkich wymaganych pojemników, co przyznała pełnomocnik pozwanego (nagranie z k. 99: 27 min 50-58 s), to nie to było celem umowy konsorcjum. Przede wszystkim należy pamiętać, że mieliśmy tu do czynienia z dwoma największymi graczami na rynku, których udział rynku odpadów niesegregowanych w H. wynosił w 2008 r. aż 64%, przy czym udział odpadów (...) to około 6% rynku odpadów komunalnych. Były to podmioty, które od lat działają na (...) rynku, które przez lata nie miały w zasadzie konkurencji, gdyż bezsporne było, że przed 2008 r. ich udział w rynku właściwym był jeszcze wyższy niż wskazany powyżej. Prezes Urzędu w prawidłowy sposób ustalił rynek właściwy (art. 4 pkt 9 u.o.k.k.) jako rynek odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta B., jako że powodowie działają na tym właśnie rynku, zaś przetarg ogłoszony przez (...) dotyczył jego segmentu. Warunki świadczenia usług na rynku odpadów komunalnych określone są przez poszczególne gminy, a więc są to rynki o charakterze lokalnym. Okoliczność ta nie była w żaden sposób kwestionowana przez powodów. I na takim rynku (...) z (...) miały w momencie składania oferty udział na poziomie 2/3, co oznacza, że pozostałe podmioty, które świadczyły tego rodzaju usługi w B., „zagospodarowały” zaledwie 1/3 rynku.

Co istotne, powodowie nie tylko zajęli zdecydowaną większość rynku, ale również postanowili ten stan rzeczy utrzymać. W umowie konsorcjum znalazły się postanowienia:

- § 4 ust. 6: „Partnerzy oświadczają, że każdy z nich w ramach powierzonego sektora terytorialnego będzie samodzielnie wykonywał powierzoną usługę, w szczególności przy użyciu posiadanych środków transportu i innych środków niezbędnych do należytego i kompleksowego wykonania zadania i w tym zakresie samodzielnie ponosił koszty swojego działania”;

- § 3 ust. 2: „Żadne z postanowień niniejszej umowy nie może uniemożliwić Partnerowi prowadzenia jej normalnej działalności we własnym interesie i dla własnych korzyści. Jednakże żaden z Partnerów nie może wydzierżawić, użyczać lub w inny sposób udostępniać sprzętu bądź w jakikolwiek sposób współdziałać z osobami trzecimi (...) i/lub ze stronami niniejszej umowy w celu złożenia Zamawiającemu oferty konkurencyjnej w stosunku do oferty (...) złożonej przez Konsorcjum, a także realizacji umowy zawartej z Zamawiającym w wyniku wyboru oferty konkurencyjnej. Naruszenie tego zakazu rodzi obowiązek zapłaty każdemu z pozostałych Partnerów kary umownej w wysokości po 350.000 zł”.

Widać wyraźnie, że nacisk został położony na terytorialny podział rynku, a nie współpracę w ramach konsorcjum. Świadczyła o tym również treść załącznika nr 2 do umowy konsorcjum, w którym dokonano terytorialnego podziału usług wykonywanych przez partnerów: (...) miała wywozić pojemniki z 98 lokalizacji, zaś (...) z 78 lokalizacji. Co istotne, terytorialny podział w załączniku nr 2 odpowiadał zasadniczo obszarom obsługiwanym dotychczas przez (...) i (...), co stwierdził Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji (s. 44-45), czego powodowie w żaden sposób nie kwestionowali, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. Zatem w umowie konsorcjum doszło do podziału przez dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych w B. rynku pod względem terytorialnym praktycznie w tym samym zakresie, w jakim do tej pory (...) i (...) obsługiwały te wywozy. Do tego zmierzało de facto porozumienie w zakresie złożenia wspólnej oferty. Było to wynikiem tego, że o ile wcześniejsze przetargi miały charakter częściowy, to przetarg z 2008 r. dotyczył całościowej oferty, a więc całości odpadów w budynkach (...). Składając ofertę w ramach konsorcjum, powodowie złożyli tak naprawdę częściowe oferty w ramach określonych obszarów miasta. To, że nie chodziło o jakąkolwiek współpracę, ale właśnie o podział rynku, świadczyło powołane pismo (...) z dnia 7.03.2011 r. w którym spółka ta przyznała, że „przy wykonywaniu usług na rzecz (...) nie korzystała z zasobów (...)” i że „nie jest w posiadaniu informacji, jaki rodzaj sprzętu wykorzystuje (...) do obsługi zasobów (...). Tymczasem według twierdzeń powodów, miało chodzić o połączenie potencjałów spółek. Gdyby faktycznie tak było, to oczywistym jest, że jedna spółka miałaby pełną wiedzę odnośnie do zasobów drugiej, które miały być jakoby połączone. Skoro kooperanci nie mieli żadnej wiedzy, czym dysponuje drugi z nich, to oczywistym jest, że nie chodziło tu o współpracę, ale o zachowanie status quo, czyli dotychczasowych zasad odbioru odpadów komunalnych na wskazanym rynku.

Całkowicie niewiarygodne było stwierdzenie powodów, że nie byli w stanie samodzielnie obsłużyć tego kontraktu, a przynajmniej mogłoby się to okazać dla nich nieopłacalne, co miałoby wiązać się z koniecznością zapewnienia dodatkowych pojemników. Bezsporne było, że (...) i (...) spełniały samodzielnie wszystkie wymogi określone w punktach IV.1 i 2 SIWZ. Żaden z tych warunków nie nakładał na oferenta obowiązku posiadania określonej ilości pojemników na poszczególne odpady już w dniu złożenia oferty. Tej kwestii nie dotyczył również żaden z dokumentów, które miał złożyć każdy z wykonawców. Ponieważ w warunkach przetargu nie było takiego wymogu, wystarczające było złożenie w ofercie oświadczenia o posiadaniu potencjału technicznego, co też powodowie uczynili, że spełniają wymogi w tym zakresie. Jednak również to nie stanowiło deklaracji oferenta co do posiadania ww. liczby pojemników. Także w zamieszczonym w SIWZ „Opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków”, który stanowił sposób weryfikacji oświadczenia złożonego przez powodów w ramach złożonej oferty w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie zawarto odniesienia do liczby posiadanych przez oferentów pojemników na odpady komunalne. Z treści zamówienia publicznego wynikało, że (...) kładł nacisk na wartość wykonywanych przez oferentów zamówień, jako najbardziej miarodajne dla oceny doświadczenia i zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, w tym ich zasobów technicznych, w związku z czym określił to jako jeden z podstawowych warunków do spełnienia przez oferentów.

Co charakterystyczne, powodowie twierdzili, że wskazanego wymogu nie byliby w stanie sami spełnić, a przynajmniej byłoby to znacznie utrudnione, podczas gdy do przetargu przystąpiły znacznie słabsze podmioty, które te warunki byłyby w stanie spełnić. Przykładowo, spółka (...), której potencjał był z pewnością mniejszy niż potencjał każdego z powodów z osobna, złożyła ważną ofertę na samodzielne wykonywanie usługi wywozu i transportu odpadów komunalnych z zasobów (...). Innymi słowy, dwaj najwięksi odbiorcy odpadów mieli mieć problemy z samodzielnym wykonaniem zamówienia publicznego, zaś zdecydowanie mniejsze podmioty – nie. A przecież nie było konieczne kupienie nowych pojemników, chociaż (...) tak uczyniło, gdyż kupiło nowe pojemniki za 160.003 zł (wyjaśnienia, faktury k. 700-706 t. IV akt adm.), ale (...) na potrzeby zamówienia dzierżawiła pojemniki lub otrzymała je w bezpłatne używanie i to m.in. od Miasta B., a więc faktycznie od zamawiającego (umowy, faktury k. 695-699 t. IV akt adm.). Zobowiązanie powodów do zapewnienia właściwej liczby pojemników na odpady wynikało bowiem dopiero z zawartej z (...) umowy z dnia 8.07.2008 r. Potwierdza to okoliczność, że powodowie uzupełniali stan pojemników już po zawarciu tej umowy, o czym świadczyła data części z powołanych dokumentów.

Nadto o ile wzrosła liczba pojemników na odpady segregowane, to zdecydowanie spadła liczba pojemników na odpady niesegregowane, a żadna ze stron nie podnosiła, aby nie mogły one zostać wykorzystane w nowym przetargu. Natomiast odnośnie do używanych pojazdów, to ilość pojazdów (...) dla obsługi (...) zmniejszyła się o 3 sztuki (z 10 do 7), w przypadku (...) pozostała bez zmian (8), a więc po wygraniu przetargu do obsługi było 15 pojazdów, zamiast wcześniejszych 18, a ponieważ obaj powodowie korzystali wyłącznie z własnego sprzętu i urządzeń, nie doszło do deklarowanej przez (...) wymiany zasobów.

Samo zamówienie nie było jakoś specjalnie skomplikowane pod względem technicznym, każdy z powodów, którzy funkcjonowali na rynku przez wiele lat, a więc znali jego realia, posiadał wiedzę, technologię i zasoby, aby samodzielnie wystartować w przetargu. Jak wskazano, spełniali oni wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożenie odrębnych ofert nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych żadnego z powodów, tym bardziej, że brak było dowodów, jak podnosili powodowie, aby mogło dojść do przewyższenia wartości zamówienia przetargowego, jak również mając na względzie okoliczność, że usługi świadczone na zasobach mieszkaniowych (...) stanowiły zaledwie kilka procent rynku właściwego, tj. rynku odpadów komunalnych w B..

Należy zauważyć, że w powołanym piśmie z dnia 27.08.2008 r. (...) wskazała, że „dokonała ponownej kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, z której wynikało, że koszt obsługi nieruchomości przewyższył kilkakrotnie wartość wynagrodzenia, które realnie może być uzyskane na rynku (...) za tego rodzaju usługę”. Z zaskarżonej decyzji wynikały wnioski zupełnie inne, pozwany zakwestionował, aby koszt samodzielnej obsługi nieruchomości (...) (po doliczeniu kosztów nabycia pojemników) przez jednego tylko przedsiębiorcę przewyższył wartość zamówienia przetargowego, co podtrzymał przed Sądem Okręgowym, a mimo to (...) nie przedstawiła żadnej kalkulacji kosztów obrazującej tezę wskazaną w tym piśmie. Sąd Okręgowy nie wyciągnął z tego prawidłowych wniosków, zgodnych z ciężarem dowodu (art. 6 k.c.).

Zatem całkowicie niewiarygodne były twierdzenia powodów w przedmiocie połączenia zasobów. Tak więc niezasadne było twierdzenie, że korzyści płynące z zawarcia umowy konsorcjum możliwe były do osiągnięcia dzięki połączeniu i wspólnemu wykorzystaniu zasobów (...) i (...).

Trzeba również zwrócić uwagę, że w zaskarżonej decyzji Prezes ustalił również m.in. że:

- powodowie proponując cenę 37,95 zł netto/m<sup>3</sup> (wobec cen z lat poprzednich na poziomie 52,34 zł netto/m<sup>3</sup>), podwyższyli planowane koszty składowania i ogólne w stosunku do I połowy 2008 r., a zmniejszyli zakładany zysk o ponad 90% (s. 24-25),
- stopa zysku (...) i (...) spadała od sierpnia 2008 r. do końca 2010 r. (s. 29-30),
- od początku 2009 r. nastąpiła znaczna podwyżka kosztów wysypiska z uwagi na wzrost opłat za składowanie odpadów niesegregowanych, ale z uwagi na zmiany struktury wywożonych odpadów i zmniejszenie o połowę, w stosunku do

pierwszych 6 miesięcy 2008 r., odpadów niesegregowanych, średniomiesięczne koszty ogólne i składowania spadły (s. 31),

- wartość przychodu z tytułu realizacji umowy konsorcjum: (...) 1,3% całego dochodu spółki, (...) – 1,98% (s. 33).

Tych ustaleń powodowie nie kwestionowali, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. Istotne było więc nie to, jakoby powodowie „połączyli siły”, ale po prostu zdecydowanie obniżyli zakładany zysk, aby zaproponować jak najniższe wynagrodzenie. Faktycznie doszło do obniżenia niektórych kosztów świadczenia usługi, jak kosztów składowiska, ale źródłem tej obniżki nie była współpraca (...) i (...), a zmiana struktury wywożonych odpadów. Oznacza to, że korzyść byłaby taka sama, gdyby usługę wykonywał jeden przedsiębiorca. Wbrew twierdzeniom powodów, do zaproponowania takiej, a nie innej stawki doprowadziło zatem nie skorzystanie z zasobów kooperanta, ale obniżenie poziomu zysku. Oczywistym jest, że mogli tego dokonać oddzielnie, ale wówczas pozostawała niepewność, czy drugi z największych odbiorców odpadów komunalnych nie zaproponuje jednak niższej stawki. Ustalając wspólnie stawki powodowie wyłączyli konkurencję między sobą, ani jeden, ani drugi nie musiał mieć na uwadze, co potencjalnie zrobi jego największy konkurent na rynku. Było to tym bardziej istotne, że chociaż – jak była mowa – (...) i (...) były spółkami, które miały największe udziały w rynku usług wywozu odpadów komunalnych w B., to z roku na rok ten udział spadał, np. z 70% w 2007 r. do 64% w pierwszej połowie 2008 r. Rynek stawał się więc coraz bardziej konkurencyjny. Świadczyła o tym okoliczność, że przetarg w 2011 r. wygrała spółka (...) w wyniku złożenia oferty na poziomie 32,40 zł brutto/m<sup>3</sup> (oferta konsorcjum powodowych spółek to 41,90 zł brutto/m<sup>3</sup>), podobnie jak i w 2012 r. – oferta opiewała na kwotę 71 zł brutto/m<sup>3</sup> (oferta (...) to 73,24 zł/m<sup>3</sup>, (...) – 71,60 zł/m<sup>3</sup>). Dodatkowo świadczyło to jednoznacznie o tym, że teza powodów o braku opłacalności samodzielnego wykonania zadania przez każdego z powodów, była całkowicie niezasadna i niemająca oparcia w stanie faktycznym.

Oczywistym jest, że racjonalnie działający przedsiębiorcy chcieli tej tendencji zapobiec, jednak nie może to odbywać się z naruszeniem zasad konkurencji. Z uwagi na uwarunkowania przetargu i brak możliwości świadczenia usług na rzecz (...) na dotychczasowych zasadach, jak również brak ograniczeń co do wejścia nowych przedsiębiorców na ten rynek, co skutkowało skierowaniem oferty (...) do nieograniczonej (przynajmniej w teorii) grupy podmiotów, co zdecydowanie zwiększało ryzyko porażki każdego z powodów i wykluczenie jednego z nich z tego rynku aż na 3 lata, powodowie wyłączyli stan niepewności przynajmniej w odniesieniu do swojego najgroźniejszego konkurenta w ówczesnym okresie. Z uwagi na zawarte porozumienie powodowie musieli konkurować wyłącznie z mniejszymi, a więc z założenia słabszymi graczami na rynku odpadów komunalnych. Tę niepewność zwiększała dodatkowo zmiana struktury zamówienia ze strony (...) i położenie po raz pierwszy nacisku na odpady segregowane. W tej sytuacji oczywistym jest, że samodzielne złożenie oferty przez (...) i (...) oznaczało ich walkę konkurencyjną w zakresie ceny, przy czym nie byłoby możliwe wówczas ustalenie, jaką stawkę zaproponuje największy kontrahent. O ile można było słusznie przypuszczać, że oferta znacznie mniejszych kontrahentów nie powinna raczej w ówczesnym okresie zagrozić dwóm największym graczom, chociaż oczywiście przeciwnej sytuacji wykluczyć nie można było, to już oferta drugiego z największych uczestników rynku byłaby całkowitą niewiadomą. Z materiału dowodowego nie wynikała okoliczność „braku opłacalności samodzielnego wykonania zadania” przez powodów, którzy w tym przedmiocie nie przedstawili tak naprawdę żadnych dowodów, poza własnymi, gołosłownymi twierdzeniami. Oczywistym jest, że obniżenie ceny było możliwe samodzielnie przez powodów, skoro doszło do tego wskutek obniżenia przez powodów marży zysku.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe wywody, zaskarżona decyzja była prawidłowa, gdyż w wyniku zawarcia porozumienia (umowy konsorcjum) powodowie mieli na celu wyłączenie konkurencji, zachowanie dotychczasowych pozycji na rynku właściwym i taki był de facto skutek ich działania. Porozumienie zostało zawarte przez dwa największe podmioty na rynku, z łącznym udziałem sięgającym 2/3 rynku, konsorcjanci oddzielnie spełniali wymogi określone w SIWZ, byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu, złożyć samodzielne oferty i wykonać zamówienie, które nie zawierało „wyśrubowanych” warunków, konsorcjanci oddzielnie mieli realne szanse wygrania przetargu, co skutkowałoby jednak wyeliminowaniem jednego z nich z tego rynku na dłuższy okres czasu, bez gwarancji powrotu na niego, po zawarciu umowy z zamawiającym nie doszło do połączenia potencjałów konsorcjantów, a doszło między nimi do podziału zamówienia w zakresie jego wykonania na dotychczasowych warunkach świadczenia tej usługi. Faktycznie sposób działania konsorcjantów w niczym nie różnił się od sposobu wykonywania zadania samodzielnie przez każdego



z nich w okresie przed zawarciem umowy konsorcjum, a dodatkowo w umowie konsorcjum jej strony określiły, że każdy z konsorcjantów odpowiada za realizację wyłącznie powierzonego odcinka zadania.

To nie współpraca między przedsiębiorcami stanowi podstawę funkcjonowania rynku, ale właśnie ich rywalizacja w ramach zasad konkurencji. Jeżeli konkurenci podejmują współpracę, to również powinni to uczynić zgodnie z tymi zasadami. Zasadnym jest stwierdzenie, że postępowanie przetargowe jest jedną z najkorzystniejszych form wyłaniania kontrahentów, jeżeli chodzi o zasady konkurencji, a więc z umowy przetargowe są niepożądanym środkiem zakłócenia rynku, gdyż naruszają istotę przetargu. Istotą przetargu jest bowiem to, aby podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, szczególnie publicznego, konkurowali ze sobą. Jeżeli przedsiębiorca nie jest w stanie wykonać samodzielnie zamówienia, może zrezygnować z ubiegania się o nie lub nawiązać współpracę z innym przedsiębiorcą. Jednak skoro konsorcjum w założeniu (z natury rzeczy) ogranicza konkurencję, a nawet ją wyłącza, gdyż przedsiębiorcy zamiast konkurować ze sobą, składają jedną, wspólną ofertę, to należy zbadać faktyczny cel takiego porozumienia.

Antykonkurencyjny cel oznacza sprzeczność uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy antymonopolowej. Analogicznie o takim skutku można mówić, gdy przedsiębiorcy nawet nie uświadamiają sobie, że działają sprzecznie z ustawą, ale ich porozumienie odniosło antykonkurencyjny skutek. Wynika to z treści art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Innymi słowy, bez znaczenia pozostaje, czy strony porozumienia obejmowały swoją wolą osiągnięcie skutku w postaci ograniczenia konkurencji na danym rynku. Słusznie więc przyjmuje się w orzecznictwie, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określanej w doktrynie i orzecznictwie, a także w skardze kasacyjnej powoda mianem „winy” jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary (zob. np. wyrok SN z dnia 21.04.2011 r., III SK 45/10, Legalis nr 432334).

W omówionych okolicznościach niniejszej sprawy mieliśmy do czynienia z naruszeniem przez Sąd I instancji art. 233 § 1 k.p.c., co skutkowało brakiem zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Pamiętać należy, że również w tym postępowaniu możliwe jest zastosowanie instytucji domniemań faktycznych, o których mowa w art. 231 k.p.c., gdy brak jest dowodów bezpośrednich. Jak podkreśla się w orzecznictwie, dokonanie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia na podstawie domniemań faktycznych powinno mieć miejsce, gdy brak jest bezpośrednich środków dowodowych albo istnieją znaczne utrudnienia dla wykazania faktu, a jednocześnie jego ustalenie jest możliwe przy zastosowaniu reguł logicznego rozumowania przy uwzględnieniu zasad wiedzy i doświadczenia życiowego (zob. np. w wyroki SN: z dnia 2.12.2010 r., I CSK 11/10, Legalis nr 414103 i z dnia 18.05.2012 r., IV CSK 486/11, Legalis nr 532412). O dokonaniu przez powodów niedozwolonego porozumienia przetargowego świadczyły jednoznacznie powołane dowody bezpośrednie, w szczególności w postaci załącznika nr 2 do umowy konsorcjum i pisma (...), jak również zastosowane domniemania faktyczne związane z przedstawionymi powyżej okolicznościami funkcjonowania obydwu spółek na rynku wywozu odpadów komunalnych w B.. Sąd Okręgowy niezasadnie, bez wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, wywiódł z samego tylko faktu niedysponowania przez powodów przed przystąpieniem do przetargu o udzielenie zamówienia publicznego wymaganej przez zamawiającego liczby pojemników na odpady segregowane, wniosek o niezawarciu przez (...) i (...) niedozwolonego porozumienia. Sąd ten niezasadnie pominął część materiału dowodowego, w wyniku czego nie nadał mu właściwej rangi i nie wyciągnął na jego podstawie właściwych wniosków.

Jednocześnie słusznie wskazano w zaskarżonej decyzji, że powodowie nie udowodnili, aby zachodziły przesłanki wynikające z art. 7-8 u.o.k.k. Decyzja również w tym przedmiocie była bardzo szczegółowa (s. 56-59) i z tymi wywodami należało się całkowicie zgodzić. W szczególności nie zostało wykazane, aby porozumienie przyczyniało się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniało nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści, nie nakładało na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie były niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz nie stwarzało tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej

części, przy czym te przesłanki określone w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. musiałyby zostać spełnione jednocześnie, a więc niespełnienie chociażby jednej z przesłanek wyłącza możliwość zastosowania tego przepisu. Trzeba podkreślić, że na etapie postępowania sądowego powodowie nie podnosili w tym przedmiocie żadnych zarzutów.

Powyższe oznaczało konieczność zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołań obydwu powodów. Zmiana zaskarżonego wyroku skutkowałą zmianą tego wyroku także co do kosztów procesu w postępowaniu przed Sądem I instancji, z uwagi na treść art. 98 k.p.c., przy uwzględnieniu zasady, że sprawy połączone nawet do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia pozostają odrębnymi, a więc powodowi należały się koszty od każdego z powodów. Na te koszty składało się jedynie wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, zgodnie z § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.).

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., należało orzec jak w punkcie I sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 w zw. z art. 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 powyższego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – w zakresie kosztów zastępstwa procesowego. Jednocześnie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1025 ze zm.) obciążono pozwanych, jako przegrywających sprawę w całości, brakującymi kosztami w sprawie, tj. opłatą od apelacji, stosując odpowiednio art. 105 § 1 k.p.c., jako że została wniesiona apelacja podlegająca jednej opłacie w wysokości 1.000 zł.

(...)