

Piotr Soroka

Izba Adwokacka we Wrocławiu, Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu

e-mail: adwokat.piotr.soroka@gmail.com

Magdalena Korkuś-Soroka

Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu

e-mail: magdakorkus@gmail.com

NADUŻYWANIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W KONTEKŚCIE NAKLADANIA NA WYKONAWCÓW WYGÓROWANYCH KAR UMOWNYCH

ABUSE OF A DOMINANT POSITION BY A PROCURING ENTITY IN THE CONTEXT OF IMPOSING EXORBITANT CONTRACTUAL PENALTIES ON CONTRACTORS

DOI: 10.15611/pn.2018.540.06

JEL Classification: K12, K21, K23

Streszczenie: Artykuł porusza problematykę związaną z karami umownymi w zamówieniach publicznych. W świetle przepisów TFUE oraz prawa polskiego zamawiający mogą mieć status przedsiębiorcy. Podmioty te mogą uzyskać pozycję dominującą i jej nadużywać na rynku właściwym, co jest zakazane przez reguły konkurencji. Zakazują one m.in. narzucania warunków umownych, które są uciążliwe dla drugiej strony oraz przynoszą nieuzasadnione korzyści. Wygórowane kary umowne mogą być przejawem takich niedozwolonych praktyk zamawiających. Na gruncie systemu zamówień publicznych jest to niezwykle istotne, albowiem jego konstrukcja ma zapewnić jak najszerszą konkurencję, a takie praktyki zamawiających mogą jej zagrażać i ją zakłócać. Polskie sądy niechętnie sięgają do prawa konkurencji w sporach dotyczących wygórowanych kar umownych nakładanych przez zamawiających na wykonawców.

Słowa kluczowe: nadużywanie pozycji dominującej, zamówienia publiczne, kary umowne.

Summary: The paper is focused on the problem of contractual penalty in public procurement contracts. Procuring entity might have a status of undertaking in the light of common competition rules and Polish law. Such undertakings can acquire and abuse dominant position on a relevant market. Competition rules forbid undertaking with a dominant position to impose contract regulations which are oppressive for other part and might lead to unjustified benefits. Excessive contractual penalties might be an emanation of such forbidden practices. It is a very

important matter in the field of public procurements system, which is designed to ensure the widest possible competition, and practices described above can endanger free competition. Polish courts rarely decide to use competition law in cases concerning excessive contractual penalties imposed by procuring entity on a contractor.

Keywords: abuse of dominant position, public procurements, contractual penalties.

1. Wstęp

Problematyka kar umownych przy okazji udzielania zamówień publicznych budzi wiele problemów natury teoretycznej i praktycznej. Dość częstą praktyką po stronie zamawiających jest przewidywanie w umowach kar umownych, które w sposób rażący są wygórowane. Problem ten z punktu widzenia prawa konkurencji (i konsekwencji z niego wynikających) jest istotny ze względu na szeroko zakreślony przez ustawodawcę krąg podmiotów podlegających reżimowi ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej PZP)¹. Zamawiającymi są zatem nie tylko organy władzy publicznej (zarówno z zakresu administracji państwowej, rządowej, jak i samorządowej), ale mogą to być także podmioty, które mają status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej UoKiK)². W materii zamówień publicznych prawo konkurencji odgrywa rolę szczególnie istotną, gdyż ustawodawca unijny, przygotowując dyrektywy, które zostały implementowane następnie do polskiego porządku prawnego, nacisk położył na otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Jednocześnie, pomimo *stricte* publicznoprawnego charakteru przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej zawartych w art. 9 UoKiK, ustawodawca polski przewidział – w ust. 3 tegoż przepisu – sankcję cywilnoprawną polegającą na uznaniu czynności prawnych stanowiących przejaw nadużywania pozycji dominującej za nieważne w całości lub w części. Przepis powyższy stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 58 § 1 kc. W praktyce jednak sądy powszechne, rozpoznając spory pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami dotyczące kar umownych, rzadko sięgają do przepisów UoKiK, poprzestając jedynie na regulacjach kodeksowych, a szczególnie na przepisie 484 § 1 i 2 kc. Tymczasem w kontekście takich postępowań sąd nie powinien unikać rozważań nad możliwością zastosowania art. 9 ust. 3 UoKiK w konkretnych przypadkach.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, t. j. z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798, t. j. z późn. zm.).

2. Pozycja dominująca w rozumieniu przepisów art. 9 UoKiK oraz art. 102 TFUE

Prawo konkurencji jest silnie usadowione w prawie unijnym. Przepisy regulujące uczciwą konkurencję zawarte są w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE)³, a orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma duży wpływ na orzecznictwo sądów krajowych. Przepis art. 9 UoKiK stanowi przeniesienie na grunt ustawowy art. 102 TFUE. Przepisy te wzajemnie się dopełniają. Ustawa krajowa dotyczy sytuacji o charakterze wewnętrznym, a przepis traktatu odnosi się do okoliczności, gdy konkurencja może być zagrożona na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części. Stąd też może dochodzić do sytuacji, gdy podstawą rozstrzygnięcia są przepisy traktatu, a nie ustawa krajowa.

W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że pojęcie pozycji dominującej odnosi się do siły ekonomicznej danego przedsiębiorstwa⁴. Ta pozycja daje podmiotowi swobodę działania względem konkurentów i kontrahentów. Nie należy jednak utożsamiać pozycji dominującej z pozycją monopolistyczną. W sytuacji monopolu brak jest bowiem konkurencji w ogóle, a w sytuacji istnienia pozycji dominującej ta konkurencja istnieje, choć jeden z konkurentów ma znacznie większą siłę ekonomiczną od pozostałych. Najprostszym kryterium oceny, czy dany podmiot ma taką siłę, jest zbadanie jego udziału w rynku. Przepisy TFUE nie tworzą domniemania prawnego pozycji dominującej, natomiast art. 4 pkt 10 UoKiK przewiduje domniemanie pozycji dominującej przy udziale przedsiębiorcy w rynku przekraczającym 40%. Domniemanie to jest domniemaniem prawnym w rozumieniu art. 234 kpc i może być oczywiście obalone⁵. Artykuł 4 pkt 10 UoKiK zawiera nie tylko wskazane wcześniej domniemanie, ale też definicję pozycji dominującej. Jest ona zbliżona do ustalonej w orzecznictwie TSUE koncepcji siły ekonomicznej przedsiębiorstwa, o czym była mowa wcześniej.

3. Nadużycie pozycji dominującej

Samo posiadanie pozycji dominującej nie wiąże się dla przedsiębiorcy z negatywnymi konsekwencjami. Dopiero jej nadużywanie może powodować sankcje o charakterze administracyjnym lub cywilnym. Wynika to z faktu, że na przedsiębiorcę

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. C. nr 326, s. 47).

⁴ Sprawa C-322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities, pkt 30, E.C.R. 1983 3461; wcześniej podobnie Trybunał orzekł w sprawie C-27/76, pkt 65, E.C.R. 1978 207; należy w tym miejscu podkreślić, że ustawodawstwo i orzecznictwo unijne posługuje się pojęciem „przedsiębiorstwa”, które na gruncie ustawodawstwa polskiego odpowiada pojęciu „przedsiębiorcy”.

⁵ Może występować na przykład sytuacja oligopolu, gdy jeden z przedsiębiorców ma 51%, a drugi 49% udziału w rynku. Oczywiście w takiej sytuacji nie może być mowy o pozycji dominującej żadnego z nich.

dominującego jest nałożony szczególnie obowiązek dbania, aby jego działania nie zakłócały konkurencji⁶. Z punktu widzenia domniemania ustanowionego w art. 4 pkt 10 UoKiK istotne znaczenie ma zatem wyznaczenie rynku właściwego, na obszarze którego dochodzi do zakłócenia konkurencji⁷. W kontekście omawianej problematyki warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie przewidział żadnych okoliczności, które umożliwiałyby wyłączenie odpowiedzialności podmiotu za nadużywanie pozycji dominującej⁸. Jednocześnie podkreślić należy, że regulacja zawarta w art. 9 UoKiK ma charakter obiektywny, przez co bez znaczenia dla odpowiedzialności pozostaje kwestia motywacji przedsiębiorcy⁹.

Nadużywanie pozycji dominującej może przybrać dwojaki charakter¹⁰. Pierwszą grupą praktyk są tzw. praktyki o charakterze wykluczającym. Polegają one na dążeniu przedsiębiorcy dominującego do utrzymania swojej przewagi rynkowej przez działania mające na celu zapobieganie rozszerzeniu konkurencji. Skutkiem powyższych praktyk jest zaburzenie struktury konkurencji, co przekłada się na pośrednią szkodę konsumentów¹¹. Przejawem tej szkody może być na przykład wygórowana cena określonego produktu lub usługi oferowana przez przedsiębiorcę dominującego. Drugim typem praktyk są działania o charakterze eksploatacyjnym. Polegają one na wykorzystywaniu swojej pozycji względem pozostałych uczestników rynku (kontrahentów i konsumentów)¹². Narzucanie w umowach wygórowanych kar umownych nosi cechy praktyki eksploatacyjnej.

Przepisy zarówno art. 102 TFUE, jak i art. 9 ust. 2 UoKiK przewidują otwarty katalog praktyk, które stanowią nadużycie pozycji dominującej. Wyliczenie zawarte w tych przepisach ma zatem charakter przykładowy i mogą występować także inne sytuacje, które będą uznane za naruszenie, odpowiednio, art. 102 TFUE lub art. 9 UoKiK. W kontekście omawianej w niniejszym artykule problematyki szczególna uwaga zostanie poświęcona jednak praktyce wskazanej w art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK.

⁶ Przytoczona wcześniej sprawa *Michelin C-322/81*, pkt 57.

⁷ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 79 i cytowane tam orzecznictwo.

⁸ W przypadku porozumień ograniczających konkurencję w niektórych sytuacjach określone porozumienia mogą być wyłączone spod zakazu.

⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt VI ACa 1270/11, Legalis nr 532606; nie wyklucza to jednak np. miarkowania kar za naruszenie przepisów ustawy.

¹⁰ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 139-142.

¹¹ Sprawa T-204/04 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities* (sprawa przed Sądem Pierwszej Instancji), pkt 664, E.C.R. II-03601.

¹² A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 274.

4. Zastosowanie przepisów prawa konkurencji do zamawiających będących przedsiębiorcami

Jak wynika z art. 2 pkt 12 PZP, zamawiającym mogą być zarówno osoby fizyczne, prawne, jak i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej zobowiązane do stosowania przepisów PZP. Podmioty te zostały wskazane w art. 3 ust. 1 PZP. Kiedy analizuje się katalog tamże wskazany, nie ulega wątpliwości, że obok organów władzy publicznej zamawiającymi (zarówno klasycznymi, jak i sektorowymi), mogą być przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 UoKiK. W przekonaniu autorów nie ma znaczenia w tym kontekście, czy podmioty te wykonują działania z zakresu użyteczności publicznej czy też nie. Liczy się jedynie fakt wykonywania działalności gospodarczej. Konkluzję taką można wysnuć na podstawie analizy przepisów TFUE oraz orzecznictwa TSUE w tej materii. Wskazać w tym miejscu należy na art. 106 ust. 1 TFUE, który wprost stanowi, że przedsiębiorstwa publiczne oraz podmioty mające prawa specjalne i wyłączne nie mogą uchylać się od przestrzegania wspólnych reguł konkurencji. Jednocześnie 106 ust. 2 TFUE odnosi się do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, które mogą powodować wyłączenie zastosowania reguł konkurencji z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko takiej działalności, gdzie zastosowanie tych reguł mogłoby stanowić przeszkodę faktyczną lub prawną w wykonywaniu powierzonych im zadań. TSUE zaś opowiada się za szerokim rozumieniem pojęcia „przedsiębiorstwo”¹³. Dla Trybunału nie stanowi przeszkody w uznaniu za działalność gospodarczą nawet wykonywanie aktywności nieodpłatnej¹⁴. Granica pojęcia „przedsiębiorstwo” dla Trybunału leży tam, gdzie zaczyna się wykonywanie władzy publicznej¹⁵.

Z punktu widzenia regulacji polskiej szczególnie istotny jest art. 4 pkt 1 lit. a UoKiK, który obejmuje zakresem zastosowania ustawy także podmioty, które organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej¹⁶. Przez to pojęcie należy rozumieć zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie do-

¹³ Sprawa C-41/90: Klaus Höfner i Fritz Elser v Macrotron GmbH, summary, pkt 1, E.C.R. 1991 I-01979.

¹⁴ Cytowana wcześniej sprawa C- 41/90, gdzie pośrednictwo pracy nie służyło osiągnięciu zysków, oraz sprawa C-475/99: Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, E.C.R. 2001 I-08089, która to dotyczyła organizacji *non profit* trudniących się pomocą medyczną.

¹⁵ Sprawa C-343/95: Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), summary, E.C.R. 1997 I-01547; sprawa dotyczyła sprawowania nadzoru nad zanieczyszczeniami w porcie w Genui przez podmiot prywatny. Trybunał uznał, że cel pozaekonomiczny, jakim jest wykonywanie władzy publicznej, wyklucza stosowanie reguł konkurencji.

¹⁶ Już przed uchwaleniem obowiązującej obecnie UoKiK w orzecznictwie wyraźnie wskazywano, że podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej powinny stosować się do reguł konkurencji – zob. wyrok Sądu Antymonopolowego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 1992 r., sygn. akt XVII Amr 7/92, Legalis nr 44732.

stępnym¹⁷. Regułami konkurencji wynikającymi z art. 9 ust. 1 i 2 UoKiK objęci będą zatem także zamawiający, którzy są na przykład spółkami komunalnym (np. spółki wodociągowe czy spółki świadczące usługi transportu zbiorowego)¹⁸. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że poglądy wyrażone w tej materii przez TSUE, a szczególnie w zakresie wykonywania władzy publicznej, znajdują tu zastosowanie. Jednocześnie mieć należy na uwadze, że udzielanie zamówień publicznych, a zatem zawieranie kontraktów cywilnoprawnych, co wynika z art. 2 pkt 13 PZP w zw. 14 ust. 1 PZP, nie jest wykonywaniem władzy publicznej, lecz działaniem w sferze *dominium*, gdzie podmiot publiczny uczestniczy w obrocie prywatnym. Od tej zasady są jednak wyjątki. Przyjąć należy, za orzeczeniem TSUE w sprawie FENIN (Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria), że jeżeli zakupione dobra lub usługi (w szerokim tego słowa znaczeniu, obejmującym też roboty budowlane) są przeznaczone wyłącznie do celów o charakterze niegospodarczym (np. wykonywania władzy publicznej), to taki podmiot nie musi się stosować do reguł konkurencji¹⁹.

5. Charakter prawny kary umownej

W umowach o zamówienia publiczne bardzo częstą sytuacją jest zastrzeżenie kary umownej przez zamawiającego. Instytucja ta została uregulowana w art. 483 i n. kc. Zgodnie z art. 483 § 1 kc naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. W praktyce najczęstszymi okolicznościami, dla których zamawiający zastrzegają kary umowne, są zwłoka albo opóźnienie w wykonaniu zobowiązania lub odstąpienie od umowy, za które odpowiedzialny jest wykonawca.

Niezwykle istotną kwestią jest konieczność wystąpienia szkody po stronie wierzyciela (beneficjenta kary umownej). W doktrynie i orzecznictwie istnieje spór co do kwestii, czy szkoda jest w ogóle koniecznym elementem, aby nałożyć na dłużnika karę umowną. Pierwszy nurt uznaje, że szkoda musi wystąpić, bez niej bowiem kara umowna, która jest odpowiednikiem odszkodowania, nie może w ogóle być dochodzona²⁰. W orzecznictwie i doktrynie spotykane są, jak wspomniano wcześniej, poglądy odmienne. Zgodnie z nimi byt kary umownej jest niezależny od wystąpienia szkody po stronie wierzyciela²¹. W przekonaniu autorów byt kary umownej jest uzależniony

¹⁷ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2017 r., poz. 827, t. j. z późn. zm.).

¹⁸ O zastosowaniu reguł konkurencji w stosunku do gmin w kontekście nadużywania pozycji dominującej wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15, Legalis nr 1591687.

¹⁹ Sprawa C-205/03 P: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission of the European Communities, pkt 26, E.C.R. 2006 I-06295.

²⁰ Tak np. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017, Legalis i cytowana tam literatura.

²¹ Tak orzekł np. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, Legalis nr 59773.

od wystąpienia szkody, co wynika z literalnego brzmienia art. 483 § 1 kc oraz faktu, że pierwotnym celem tej instytucji jest cel odszkodowawczy, a nie represyjny.

Przepisy Kodeksu cywilnego starają się także chronić dłużnika, chociażby przez możliwość miarkowania kary umownej. Zgodnie z art. 484 § 2 kc, gdy dłużnik wykonał znaczną część zobowiązania lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, to może on żądać zmniejszenia kary. Zgodnie z przepisami kc nie można zatem uznać, że zastrzeżenie kary umownej w wygórowanej wysokości jest niedozwolone. Kara umowna istnieje (jej zastrzeżenie nie staje się nieważne), lecz może podlegać ona stosownemu zmniejszeniu. W tym zakresie kompetencje będzie miał sąd rozstrzygający spór pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego.

6. Zastrzeżenie wygórowanej kary umownej jako nadużycie pozycji dominującej

Stwierdzenie, czy zastrzeżenie umowne stanowi nadużycie pozycji dominującej, wymaga każdorazowo odrębnej analizy, w różnych bowiem przypadkach nawet tak samo brzmiąca regulacja umowna może stanowić przejaw nadużycia pozycji dominującej lub nie.

Pierwszą istotną kwestią, która wymaga rozważenia przez sąd orzekający w sprawie, powinna być ocena, czy zamawiający ma pozycję dominującą. W tej materii przydatne będą kryteria, które omówione zostały we wcześniejszej części artykułu²². Jednocześnie niezbędna jest ewaluacja, czy w danym przypadku zastosowanie znajdują przepisy UoKiK lub TFUE odnoszące się do reguł konkurencji, czy też nie (np. ze względu na przeznaczenie zamówienia na potrzeby wykonywania władzy publicznej). Jeżeli sąd rozpoznający sprawę uzna, że zamawiający ma pozycję dominującą²³, jak również że zamawiający podlega regułom konkurencji, to w dalszej kolejności powinien przeanalizować treść spornego zapisu umownego, następnie zaś stwierdzić, czy mieści się on w granicach normalnych stosunków między przedsiębiorcami, czy też nakłada na wykonawcę rażąco wygórowane świadczenie, które nie ma odpowiednika po drugiej stronie lub ma odpowiednik pozorny. Autorzy mają na myśli sytuacje, w których co prawda po stronie zamawiającego istnieje np. obowiązek zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy ze swojej winy, ale ze względu na całokształt postanowień umownych i okoliczności sprawy spełnienie się przesłanek warunkujących powstanie obowiązku zapłaty kary umownej przez zamawiającego jest nierealne albo bardzo mało prawdopodobne²⁴. W takiej sytuacji

²² Zob. pkt 2.

²³ Sąd może sam dokonać oceny na potrzeby danego postępowania, nawet jeżeli nie było prowadzonego postępowania przez Prezesa UOKiK; zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt V ACa 252/16, Legalis nr 1587211.

²⁴ Warto w tym miejscu zauważyć, że odstąpienie strony od umowy nie niweluje skutków postanowień odnoszących się do kar umownych, kary jednak nie kumulują się, tzn. nie jest możliwe dochodzenie jednocześnie kary umownej za odstąpienie i kary umownej za zwłokę. W takiej sytuacji bowiem można dochodzić kary umownej za odstąpienie. (zob. uchwałę SN z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt

zamawiający nie może się bronić argumentem, że świadczenie ma charakter ekwiwalentny. Dogłębnej oceny wymaga także dolegliwość kary i jej adekwatność do naruszenia dokonanego przez wykonawcę. Ostatnią z istotnych kwestii, które musi rozstrzygnąć sąd, jest okoliczność, czy kwestionowane przez wykonawcę postanowienie umowne spełnia przesłankę wskazaną w art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK, tj.:

- 1) czy zostało przez zamawiającego narzucone,
- 2) czy jest uciążliwe,
- 3) czy przynosi zamawiającemu nieuzasadnione korzyści.

Przesłanki wskazane w pkt 2 i 3 ściśle wiążą się, o czym mowa była powyżej, z kwestią adekwatności i nadmiernej represyjności kary. Niewątpliwie bowiem kara umowna stanowi korzyść dla zamawiającego. Okoliczność, czy jest ona uzasadniona czy nie, związana jest natomiast z faktem jej wygórowania lub braku jakiegokolwiek ekwiwalentności po stronie zamawiającego (przy czym chodzi tu o ekwiwalentność jako zrównoważenie obowiązków stron). Przede wszystkim sąd powinien rozważyć, czy gdyby istniała wolna konkurencja w danym zakresie działalności, to czy podmiot mający pozycję dominującą mógłby uzyskać takie warunki²⁵. Decydujące jest zatem kryterium obiektywne.

Narzućcie warunków umowy oznacza, że kontrahent podmiotu mającego pozycję dominującą nie ma możliwości negocjowania jej treści w całości lub konkretnych jej postanowieniach, a jego swoboda ograniczona jest do akceptacji umowy²⁶. Przesłanki wskazane powyżej muszą wystąpić łącznie. Zatem sam fakt, że dane postanowienie umowne zostało kontrahentowi narzucone, nie może oznaczać, że doszło do nadużycia pozycji dominującej. Dopiero w sytuacji, gdy to postanowienie jest uciążliwe i przynosi dominantowi nieuzasadnione korzyści, można mówić o naruszeniu art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK²⁷.

7. Skutki uznania postanowienia umownego za nadużycie pozycji dominującej

W razie uznania postanowienia umownego za przejaw nadużycia pozycji dominującej wystąpi sankcja nieważności bezwzględnej wynikająca z art. 9 ust. 3 UoKiK. Jeżeli zatem przejawem nadużywania pozycji dominującej jest zastrzeżenie wygó-

III CZP 39/12, Legalis nr 503354). Możliwe jest uregulowanie w umowie, że nawet po odstąpieniu od umowy strona będzie mogła dochodzić kary umownej za zwłokę (zob. wyrok SN z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt II CSK 585/14, Legalis nr 1331188).

²⁵ Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt VI ACa 1301/10, Legalis nr 736352.

²⁶ Zob. wyrok SOKiK z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt XVII AmA 17/15, Legalis nr 1751406; co prawda sąd rozstrzygał w tej sprawie relacje z konsumentami, ale argumentacja odnosząca się do kwestii negocjowania treści postanowień umowy i metody działania podmiotu dominującego może być identyczna w stosunku do przedsiębiorców.

²⁷ Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 17 listopada 2011 r., sygn. akt VI ACa 552/11, Legalis nr 736342.

rowanej kary umownej na rzecz zamawiającego, to nie jest dopuszczalne zastosowanie przez sąd przepisu art. 484 § 2 kc, który reguluje kwestię miarkowania kary umownej. Nieważność bezwzględna, z przyczyn oczywistych, wyprzedza bowiem stosowanie przepisów dotyczących kary umownej. Jako podstawę swojego rozstrzygnięcia sąd powinien w takiej sytuacji wskazać przepis art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK, a nie art. 58 § 1 kc. Czynność prawna sprzeczna z art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK może być nieważna w całości lub w części. Pomocniczo zatem znajdzie zastosowanie art. 58 § 3 kc, który przewiduje, że czynność prawna pozostaje ważna w pozostałym, niedotkniętym nieważnością zakresie. Stosunek prawny pomiędzy stronami istnieje, natomiast tylko jego część, w zakresie kary umownej, jest nieważny, chyba że bez danego postanowienia strony nie dokonałyby czynności.

8. Podsumowanie

Zwrócić należy uwagę, że sądy w sporach między wykonawcami a zamawiającymi niechętnie sięgają po przepisy UoKiK. Jest to w pewnym sensie zrozumiałe ze względu na okoliczność, że w doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym w kontekście art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK może znaleźć zastosowanie tylko w relacjach dominant–kontrahent, jeżeli występują na wspólnym rynku²⁸. Co do zasady można się z takim poglądem zgodzić, ale jednocześnie uznać należy, że nie można tej konstatacji przenosić na grunt zamówień publicznych. Wynika to przede wszystkim z celów, jakie ustawodawca stawia przed regulacjami PZP oraz UoKiK.

Ideą przyświecającą systemowi zamówień publicznych jest uzyskanie jak najniższej ceny w zamian za jak najwyższą jakość. Ponadto art. 7 ust. 1 PZP przewiduje przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji²⁹. Podstawowe zasady prawa gospodarczego, wynikające z funkcjonowania wolności gospodarczej w UE, muszą być uwzględniane w kontekście interpretacji, obowiązywania i stosowania prawa zamówień publicznych³⁰. Ponadto podkreślić trzeba, że z dyrektywy 2014/24/UE wynika konieczność zwiększania konkurencyjności. Z tej przyczyny narzucanie wygórowanych kar umownych może wiązać się z ograniczeniem dostępu do zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy nie będą mogli wziąć udziału w postępowaniu nie ze względu na brak doświadczenia czy środków do wykonania zamówienia, lecz z obawy przed karami umownymi przekraczającymi normalną, przyjętą w obrocie gospodarczym miarę. Może też stać się tak, że przedsiębiorcy, chcąc się zabezpieczyć na wypadek naliczenia kar, będą oferowali ceny

²⁸ R. Hauser (red.), *System prawa administracyjnego*. T. 8B, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 720.

²⁹ Naruszyć tę zasadę może zarówno wykonawca w stosunku do pozostałych wykonawców, jak i sam zamawiający.

³⁰ L. Kieres, *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2012, nr 270, s. 67.

wyższe, niż jest to w rzeczywistości konieczne, chcąc sobie zrekompensować potencjalne ryzyko związane z ewentualnymi konsekwencjami narzuconych im postanowień umownych. Ograniczenie liczby podmiotów ubiegających się o zamówienie prowadzi do wzrostu cen oferowanych przez potencjalnych kontrahentów. Z drugiej strony, uzyskiwanie przez zamawiających nieuzasadnionych korzyści, zwłaszcza finansowych, może prowadzić do ich dalszego umacniania jako podmiotów dominujących.

Sądy nie powinny zatem obawiać się sięgania do art. 9 ust. 2 pkt 6 UoKiK przy uzasadnianiu nieważności postanowień umownych w zakresie wygórowanych kar umownych. Postanowienia takie można uznawać za nieważne, jednak wymaga to kompleksowej analizy każdego przypadku i dogłębnego rozważenia, czy w konkretnej sytuacji można w ogóle stosować przepisy UoKiK. W razie odpowiedzi pozytywnej, sąd ma otwartą drogę do stwierdzenia nieważności na podstawie art. 9 ust. 3 UoKiK. Jeżeli jednak sąd uzna, że brak jest przesłanek do stosowania przepisów UoKiK, to zawsze może korzystać z instytucji miarkowania kary umownej uregulowanej w art. 484 § 2 kc.

Literatura

- Bolecki A., Drozd S., Famirska S., Kozak M., Kulesza M., Madala A., Wardyński T., *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Hauser R. (red.), *System prawa administracyjnego*. T. 8B, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Kieres L., *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2012, nr 270.
- Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność regul prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

Orzecznictwo

I. Sądy polskie:

- Wyrok Sądu Antymonopolowego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 1992 r., sygn. akt XVII Amr 7/92, Legalis nr 44732.
- Uchwała SN z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, Legalis nr 59773.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt VI ACa 1301/10, Legalis nr 736352.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 17 listopada 2011 r., sygn. akt VI ACa 552/11, Legalis nr 736342.
- Uchwała SN z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, Legalis nr 503354.
- Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt II CSK 585/14, Legalis nr 1331188.
- Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15, Legalis nr 1591687.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt V ACa 252/16, Legalis nr 1587211.
- Wyrok SOKiK z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt XVII AmA 17/15, Legalis nr 1751406.

II. Trybunał i sąd (UE):

Sprawa C-27/76, E.C.R. 1978 207.

Sprawa C-322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities, E.C.R. 1983 3461.

Sprawa C-41/90: Klaus Höfner i Fritz Elser v Macrotron GmbH, E.C.R 1991 I-01979.

Sprawa C-343/95: Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), E.C.R.1997 I-01547.

Sprawa C-475/99: Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, E.C.R. 2001 I-08089.

Sprawa C-205/03 P: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission of the European Communities, E.C.R. 2006 I-06295.

Sprawa T-204/04 Microsoft Corp. v Commission of the European Communities (sprawa przed Sądem Pierwszej Instancji), E.C.R. II-03601.