

zmowy przetargowe



zmowy przetargowe

© Copyright by Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Aktualizacja: dr Wojciech Dorabialski, Sonia Jóźwiak-Górny, L.L.M.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

plac Powstańców Warszawy 1

00-950 Warszawa

Tel. 22 55 60 800

www.uokik.gov.pl

uokik@uokik.gov.pl

Wydanie drugie zaktualizowane

ISBN 978-83-60632-89-5

Spis treści

1.	Przetarg: konkurencja między oferentami	3
2.	Ochrona konkurencji w Polsce	4
3.	Zmowa przetargowa: współpraca zamiast konkurencji	9
3.1.	Mechanizmy zμών horyzontalnych	9
3.2.	Zmowy pionowe	11
3.3.	Szczególne formy współpracy oferentów	11
4.	Zmowa – i co dalej?	14
4.1.	Postępowanie administracyjne	14
4.2.	Kary finansowe	15
4.3.	Leniency: jak uniknąć kary lub zmniejszyć jej wymiar?	15
5.	Jak walczyć ze znowami w przetargach?	17
5.1.	Przygotowanie do postępowania przetargowego	17
5.2.	Właściwe określenie warunków zamówienia i dobra organizacja przetargu	17
5.3.	Jak wykryć znowę przetargową?	18
6.	Co robić w sytuacji podejrzenia, że uczestnicy przetargu działali w znowie?	21

Kraje członkowskie powinny zadbać, aby urzędnicy odpowiedzialni za funkcjonowanie systemu na wszystkich szczeblach administracji byli świadomi oznak, podejrzanych zachowań oferentów i szczegółów ofert, które mogą wskazywać na zawarcie zмовы, tak aby podejrzana działalność była łatwiej wykrywana i ścigana przez odpowiednie organy władzy publicznej.

Rekomendacja Rady OECD, 2012 r.¹

¹ Recommendation on fighting bid rigging in public procurement, OECD Council, 17 lipca 2012 r., C(2012)115, <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=False>.

1. Przetarg: konkurencja między oferentami

Najlepszą gwarancją dla piwowarsza, że napije się piwa, jest chciwość piwowara – to stwierdzenie Adama Smitha, twórcy ekonomii liberalnej, jest powszechnie znane i często cytowane. Rozwinął je Robert Gwiazdowski w tekście napisanym na 15-lecie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów²: *Najlepszą gwarancją, żeby piwo było dobre i niezbyt drogie, jest istnienie innych piwowarów.*

Odnosząc powyższe do przetargów, można stwierdzić, że najlepszą gwarancją dla zamawiającego, że znajdzie dostawcę towarów czy usług, jest chciwość tego ostatniego. Aby natomiast owe towary czy usługi były możliwie dobre i zarazem możliwie tanie, konieczne jest istnienie innych dostawców. Innymi słowy, potrzebna jest konkurencja.

Wybór dostawcy w trybie przetargu ma zagwarantować, że wyłoniona zostanie oferta najbardziej korzystna z punktu widzenia zamawiającego. Jest to możliwe tylko w sytuacji, gdy o zamówienie stara się wielu niezależnych przedsiębiorców, którzy nie znają nawzajem swoich ofert. Tylko wówczas oferenci mają motywację, by obniżyć ceny w nadziei, że przebiją rywali i zdobędą zamówienie. A zatem – parafrazując Smitha – tylko konkurencja między dostawcami sprawia, że ich „chciwość” w ostatecznym rozrachunku służy organizatorowi przetargu.

Niekiedy jednak przedsiębiorcy pojmują „chciwość” nieco inaczej, niż czynił to Smith. Zamiast próbować zdobywać klientów niższą ceną i wyższą jakością, decydują się na współpracę z konkurentami, przykładowo w celu podniesienia cen lub podziału rynku. W sytuacji, gdy zamiast konkurować, firmy zaczynają ze sobą współpracować, ceny na ogół rosną, a jakość spada. Tracą na tym pozostali uczestnicy rynku. Po pierwsze dlatego, że to oni pokrywają różnicę między ceną ustaloną przez zamawiających się przedsiębiorców, a taką, która ukształtowałaby się w wyniku nieskrępowanej gry rynkowej. Po drugie odbiorcy za wyższą cenę otrzymują produkty lub usługi gorszej jakości. Przedsiębiorcy, którzy nie czują presji konkurentów, tracą bowiem motywację do zwiększania innowacyjności czy podnoszenia jakości. Tego typu horyzontalne (poziome) porozumienia ograniczające konkurencję między przedsiębiorcami, którzy powinni między sobą rywalizować, nazywamy kartelami.

Inną formą ograniczenia konkurencji są porozumienia wertykalne (pionowe), między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (np. między producentem i dystrybutorem), przykładowo mające wykluczyć konkurentów z rynku lub osłabić konkurencję cenową.

Oba rodzaje porozumień mogą występować w przetargach, gdzie określa się je mianem zmów przetargowych. Zmowy przetargowe horyzontalne mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe wertykalne polegają zaś najczęściej na uzgodnieniu warunków przetargu lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) między zamawiającym a jednym z potencjalnych wykonawców, w celu wykluczenia z udziału w przetargu innych wykonawców. Oba rodzaje zmów mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie niż ta, którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja w przetargu funkcjonowała prawidłowo.

Przykład 1 – zmowa uczestników przetargu (horyzontalna)

Opis działania trzech uczestników zmowy w przetargach na kompleksowe wyposażenie przejścia granicznego w Dorohusku można znaleźć w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2007 r. nr RKT 22/2007. Między przedsiębiorcami zachodziły powiązania gospodarcze: Impex Trade od wielu lat współpracował z ZM Fornit w zakresie zakupu mebli, natomiast Zakład L&L wystawił Impex Trade listy referencyjne. W ofertach składanych przez członków zmowy występowały duże podobieństwa, np. w jednym z przetargów 90 proc. cen jednostkowych z oferty ZM Fornit było identycznych lub o 1 proc. wyższych od cen z oferty Impex Trade, a 75 proc. cen jednostkowych w ofercie Zakładu L&L różniło się od cen z oferty Impex Trade o dokładnie 15 proc. lub 13,86 proc. Gdy okazało się, że oferta Impex Trade była najkorzystniejsza, Impex Trade nie uzupełnił swojej oferty, w związku z czym zamawiający wybrał do wykonania usługi firmę ZM Fornit. Jej oferta była droższa o ponad 237 tys. zł. od tej odrzuconej, przedstawionej przez Impex Trade. Następnie ZM Fornit podzielił się z Impex Trade uzyskanym zamówieniem: Impex Trade dostarczał bowiem ZM Fornit większość produktów w związku z jego realizacją.

² R. Gwiazdowski, O zaletach konkurencji i potrzebie jej efektywnej ochrony, [w:] C. Banasiński (red.), Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnko-ekonomiczne), Warszawa 2005.

2. Ochrona konkurencji w Polsce

Konkurencja jest w Polsce i na świecie chroniona prawnie, aby zapewnić wszystkim uczestnikom rynku maksimum korzyści przy minimalnych kosztach. Ale nie tylko dlatego. Konkurencja to paliwo gospodarki. Rywalizując ze sobą, przedsiębiorcy zwiększają wydajność, racjonalizują koszty, zwiększają innowacyjność i w ten sposób przyczyniają się do rozwoju społeczeństwa. Im intensywniej konkurują uczestnicy rynku, tym szybciej rozwija się gospodarka – z korzyścią dla wszystkich. Z kolei im mniej gry rynkowej, tym rozwój wolniejszy. Dlatego muszą istnieć przepisy chroniące konkurencję, w tym szczególnie jej przypadek – konkurencję między przedsiębiorcami składającymi oferty przetargowe.

Regulacje chroniące proces konkurencji przed wszelkimi nieprawidłowościami – zwane przepisami antymonopolowymi lub antytrustowymi – istnieją we wszystkich rozwiniętych gospodarkach świata. Przyjęcie przepisów chroniących konkurencję wynika z konstatacji, że tylko nieskrępowana rywalizacja dostawców o względy odbiorcy – nieistotne, czy jest nim konsument, przedsiębiorca czy instytucja państwowa – zapewni temu ostatniemu możliwie dobre towary lub usługi po możliwie niskiej cenie.

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje kwestie związane z ochroną konkurencji w Polsce, jest ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej także jako „okik”), nazywana również ustawą antymonopolową.

Ustawa ta formułuje ograniczenia dla przedsiębiorców i wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję. Podzielono je na dwie kategorie.

Po pierwsze, ustawa antymonopolowa wprowadza zakaz zawierania przez przedsiębiorców **porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji**. Jak wyżej wyjaśniono, zakaz ten obejmuje zarówno porozumienia horyzontalne, między firmami bezpośrednio ze sobą konkurującymi, a zatem działającymi na tym samym szczeblu obrotu (na przykład sklepy sprzedające ten sam asortyment, hurtownie działające w jednej branży, producenci towarów substytucyjnych itp.), jak i między podmiotami ze sobą niekonkurującymi, funkcjonującymi na różnych szczeblach obrotu (na przykład hurtownia i sklepy, producent i dystrybutor, inwestor i podwykonawca itp.). W pierwszym z wymienionych przypadków będziemy mieli do czynienia z porozumieniem poziomym (horyzontalnym), w drugim – z porozumieniem pionowym (wertykalnym).

Przykład 2 – porozumienie horyzontalne

W decyzji z dnia 8 grudnia 2009 r. nr DOK 7/2009 Prezes UOKiK uznał, że najwięksi w Polsce producenci cementu co najmniej od 1998 r. dzielili rynek, ustalając dopuszczalne udziały poszczególnych graczy oraz ceny cementu, wysokość podwyżek, terminy i kolejność ich wprowadzania. W tym celu wymieniali między sobą poufne informacje – m.in. o wielkości realizowanej sprzedaży.

Ustaleń dokonywano na licznych spotkaniach zarówno wielo- jak i dwustronnych, na szczeblu prezesów zarządu oraz dyrektorów do spraw handlowych. Jak wykazało postępowanie, nawet jeśli w spotkaniu nie uczestniczyli wszyscy karteliści, to dokonane ustalenia były przekazywane nieobecny. Ustanowiono koordynatora wymiany poufnych informacji, który za pomocą telefonu pre-paid wymieniał informacje istotne dla funkcjonowania kartelu z wyznaczonymi pracownikami innych cementowni. Podczas trwającego wiele lat kartelu zdarzały się przypadki prowadzenia własnej polityki sprzedaży lub wprowadzenia w błąd pozostałych uczestników nielegalnego porozumienia. Były to jednak próby natychmiast piętnowane przez członków zмовы oraz srogo przez nich karane.

Przykład 3 – porozumienie wertykalne

W decyzji z dnia 24 maja 2010 r. nr DOK 4/2010 Prezes UOKiK stwierdził występowanie wertykalnej zмовы cenowej pomiędzy producentem farb i lakierów Tikkurila oraz dwoma marketami budowlanymi – Castoramą i Praktikerem. W latach 2000-2006 przedsiębiorcy ustalali wspólnie poziom minimalnych detalicznych cen odsprzedaży farb i lakierów Tikkurila. Początkowo porozumienie dotyczyło jedynie kilku produktów, z czasem ta liczba wzrosła do około 300. Ustalenia

były dokonywane przede wszystkim mailowo pomiędzy osobami zatrudnionymi na wysokich stanowiskach w centralach spółek. Na uwagę zasługuje treść wiadomości elektronicznych przesyłanych między pracownikami spółek, gdzie przedstawiciele uczestników umowy piszą wprost m.in. „Chcemy wspólnie zarabiać pieniądze, a nie rozdawać je bezsensownie na rynku”; „Nie przyzwyczajajmy klientów w grudniu do tak niskich cen!”. Inicjatorem umowy była Tikkurila, która kierowała do pozostałych uczestników porozumienia Castoramy i Praktikera propozycje określonych cen detalicznych. W przypadku stosowania stawek innych niż ustalone, sklepy narażone były np. na wstrzymanie dostaw czy wzrost ceny zakupu danego produktu. Efektem niedozwolonych działań był brak konkurencji wśród sprzedawców produktów Tikkurila.

Ustawa antymonopolowa zawiera przykładowy katalog porozumień, które mogą zostać uznane za zakazaną umowę. Oto one:

1. ustalanie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
2. ograniczanie albo kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
3. podział rynków zbytu lub zakupu,
4. stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
5. uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
6. ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
7. uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Ostatni, siódmy punkt wyżej wymienionego katalogu dotyczy umów przetargowych.

Warto zwrócić uwagę, że ustawa antymonopolowa zakazuje porozumień, których **celem lub skutkiem** jest ograniczenie konkurencji.

Prawo jest tu stanowcze: w przypadku porozumień „ze względu na cel” naruszenie przepisów ochrony konkurencji może nastąpić wtedy, gdy sam przedmiot porozumienia jest antykonkurencyjny. Nie ma przy tym znaczenia, czy porozumienie jest faktycznie wcielane w życie, tzn. czy jego uczestnicy rzeczywiście wywiązują się z przyjętych uzgodnień, oraz czy porozumienie naprawdę wywołało szkody. Oznacza to, że w przypadku przetargów, stanowiących właśnie takie najcięższe ograniczenia prawa konkurencji, nielegalne mogą być również nieudane próby ich „ustawiania” lub manipulowania ich wynikami, antykonkurencyjne umowy przetargowe zawsze cechuje bowiem obiektywny cel ograniczenia konkurencji. Trzeba przy tym zaznaczyć, że porozumienia stanowiące najcięższe ograniczenia prawa konkurencji, są zakazane bez względu na udział zawierających je przedsiębiorców w rynku właściwym. Tym samym nie korzystają one z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie kryterium bagatelności porozumienia określonego w art. 7 okik. Co do zasady jest również mało prawdopodobnym by spełniły one kumulatywne warunki tzw. wyłączenia indywidualnego określone w art. 8 ustawy (por. niżej, s. 13).

Ponadto, zakazane są również porozumienia, które wywołują chociażby potencjalne antykonkurencyjne **skutki** na rynku³.

Przy czym, należy zaznaczyć, że dla antymonopolowej oceny danego porozumienia nie mają znaczenia motywacje uczestników porozumienia w postaci ich subiektywnego wyobrażenia o zakładanych celach, czy skutkach porozumienia, ani to, czy znają oni prawo dotyczące ochrony konkurencji.

Przykład 4 – porozumienie antykonkurencyjne ze względu na cel

W decyzji z dnia 14 grudnia 2009 r. nr RPZ 26/2009 Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie w kodeksie etycznym Polskiego Związku Solaryjnego w Warszawie postanowienia zobowiązującego dystrybutorów urządzeń solaryjnych do przestrzegania minimalnych cen odsprzedaży. Ceny minimalne nie zostały wskazane wprost, lecz

³ Więcej na temat porozumień zakazanych ze względu na cel lub skutek: B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 2; A. Zawłocka-Turmo i B. Turmo, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, rok LXXIII, z 4, s. 71-87.

poprzez odesłanie do wykazu takich cen ustalanych przez importerów dla każdego dystrybutora, dlatego, w ocenie Prezesa Urzędu, porozumienie to polegało na pośrednim ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży urządzeń solaryjnych. Dowody zebrane w toku postępowania antymonopolowego nie stanowią podstawy do przyjęcia, że porozumienie zawarte w formie uchwały PZS było przestrzegane w praktyce. W uzasadnieniu decyzji stwierdzono jednak, że nielegalne jest samo zawieranie porozumień zdolnych do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, niezależnie od tego, czy na tym rynku faktycznie wystąpiły antykonkurencyjne skutki. Obiektywnym celem analizowanego porozumienia była niedopuszczalna z punktu widzenia prawa antymonopolowego koordynacja zachowań niezależnych przedsiębiorców prowadzących dystrybucję urządzeń solaryjnych, mogąca potencjalnie prowadzić do ograniczenia konkurencji cenowej między nimi.

Więcej o zakazie porozumień ograniczających konkurencję: [art. 6, art. 7 i art. 8 ustawy antymonopolowej](#) oraz publikacje na stronie www.uokik.gov.pl.

Po drugie, prawo antymonopolowe zawiera również przepisy zabraniające przedsiębiorcy **nadużywania pozycji dominującej**. Mowa o firmie, która ma tak duży udział w rynku, że może na nim funkcjonować w oderwaniu od swoich konkurentów czy kontrahentów, a nawet konsumentów. Domniemywa się, że pozycję dominującą ma przedsiębiorca, do którego należy co najmniej 40 proc. rynku. Problem nadużywania pozycji dominującej, a więc dotyczący działań podejmowanych jednostronnie przez uczestników rynku, może dotyczyć również przetargów, jednak dokładne omawianie tych zagadnień pozostaje poza zakresem niniejszej publikacji.

Więcej o zakazie nadużywania pozycji dominującej: [art. 9 ustawy antymonopolowej](#) oraz publikacje na stronie www.uokik.gov.pl.

Kto jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji?

Wprowadzone przez ustawę antymonopolową zakazy praktyk ograniczających konkurencję dotyczą przedsiębiorców. Niekoniecznie trzeba jednak być wpisanym do określonego rejestru czy ewidencji, by podlegać rygorom prawa chroniącego konkurencję. Ustawa antymonopolowa definiuje bowiem przedsiębiorcę bardzo szeroko. Będzie nim praktycznie każdy, kto pełni jakąś funkcję gospodarczą. A zatem przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji będzie m.in.:

- osoba fizyczna albo osoba prawna działająca na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej,
- spółka,
- podmiot świadczący usługi o charakterze użyteczności publicznej – na przykład szpital, szkoła publiczna lub niepubliczna, parafia,
- agencja państwowa, np. Narodowy Fundusz Zdrowia,
- jednostką samorządu terytorialnego, która świadczy usługi komunalne (zarówno samodzielnie, jak i za pośrednictwem takich spółek, jak zakłady oczyszczania miasta, przedsiębiorstwa komunikacyjne itp.),
- osoba wykonująca wolny zawód – na przykład lekarz, tłumacz przysięgły, korepetytor, inżynier budownictwa, aptekarz, architekt itd.,
- organizacja branżowa zrzeszająca przedsiębiorców – na przykład izba handlowa, zrzeszenie itd.

W podobny sposób podmioty, które obejmuje zakaz praktyk ograniczających konkurencję szeroko definiuje prawo konkurencji Unii Europejskiej.

Warto wiedzieć, że aby zostać uznanym za przedsiębiorcę w myśl prawa konkurencji, niekoniecznie trzeba prowadzić działalność przynoszącą zyski. A zatem regulacjom antymonopolowym podlegają również organizacje non-profit (np. fundacje czy stowarzyszenia), o ile pełnią jakąś funkcję gospodarczą.

Więcej o tym, kto jest przedsiębiorcą w myśl prawa konkurencji: art. 4 ustawy antymonopolowej. Por. też publikacje dostępne na stronie www.uokik.gov.pl.

Co jest porozumieniem?

Przedsiębiorcy często są zaskoczeni, gdy spotykają się z zarzutem, że zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Tłumaczą się wówczas, że niczego nie podpisywali.

Istnieje błędne przekonanie, że z porozumieniem mamy do czynienia wówczas, gdy zawarto je na piśmie. Tymczasem zмова – zwłaszcza dotycząca udziału w przetargu – ma na ogół charakter niejawnny. Uczestnicy raczej starają się ukryć swoje zamiary i nie pozostawiać żadnych obciążających dokumentów.

Stąd też ustawa antymonopolowa precyzuje, w jakiej formie może zostać zawarte antykonkurencyjne porozumienie.

*Zgodnie z ustawą, porozumienie może mieć np. formę **umowy** zawieranej między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców, między przedsiębiorcami i ich związkami.*

Przykład 5 – porozumienie w formie umowy

Trzej mali przedsiębiorcy Kappa, Lambda i Ksi⁴, zajmujący się zabezpieczaniem imprez masowych (catering, nagłośnienie, efekty specjalne itp.), spotkali się i podpisali umowę o współpracy. Zawarli w niej klauzulę, w której zobowiązali się, że będą wspólnie decydować, który z nich wystartuje w którym przetargu. Przedsiębiorcy niestartujący w danym przetargu mieli być podwykonawcami przedsiębiorcy startującego w przetargu, w przypadku gdy ten złoży zwycięską ofertę. Jest to przykład zмowy przetargowej zawartej w formie pisemnej.

W praktyce przypadki zawierania antykonkurencyjnych porozumień przetargowych w formie pisemnej zdarzają się rzadko i wynikają z nieświadomości prawnej przedsiębiorców. Co nie znaczy, że w przypadku wykrycia będą łagodniej traktowane. Częściej zмowy są zawiązywane w innych formach, np. umowy dżentelmeńskiej, uzgodnień telefonicznych czy korespondencyjnych (e-mail). Stąd w myśl ustawy antymonopolowej porozumienie antykonkurencyjne w formie tzw. **uzgodnień** może być dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki.

Przykład 6 – porozumienie jako uzgodnienia

Miasto ogłosiło przetarg na pielęgnację zieleni. Wzięło w nim udział pięciu przedsiębiorców – m.in. Omikron, Pi, Rho i Sigma. Urzędnika odpowiadającego w ratuszu za organizację przetargu zdziwił fakt, że oferty w imieniu tych czterech firm złożył przedstawiciel jednej z nich. Wszystkie były sformatowane w ten sam sposób, zawierały takie same błędy literowe. Różniły się jedynie wpisanymi cenami. Zdecydowanie niższa od pozostałych była oferta firmy Omikron. W toku postępowania przed urzędem antymonopolowym okazało się, że przedsiębiorcy porozumieli się w trakcie kilku tajnych spotkań. Opracowali m.in. algorytm określający, która z firm miała złożyć najkorzystniejszą ofertę w przetargach organizowanych w kolejnych latach przez kilka okolicznych miast.

⁴ Przykłady, w których firmy zostały oznaczone nazwami greckich liter, są przykładami hipotetycznymi.

Zgodnie z ustawą antymonopolową porozumieniem będzie także uchwała lub inny akt wydany przez związek zrzeszający przedsiębiorców.

Przykład 7 – ograniczenie konkurencji wpisane w kodeks etyki zawodowej

W decyzji z dnia 18 września 2006 r. nr DOK 106/2006 Prezes UOKiK uznał, że jedno z postanowień Zasad etyki zawodowej, uchwalonych przez Izbę Architektów, ogranicza konkurencję. W myśl kwestionowanej klauzuli członkom samorządu zawodowego nie wolno było brać udziału w przetargach, w których jedyne kryterium oceny prac stanowiła cena. W ten sposób niezależni architekci i biura projektowe zostali pozbawieni możliwości brania udziału w najpopularniejszej na rynku formie wyłaniania oferentów. Należy dodać, że przynależność do samorządu jest dla osób wykonujących ten zawód obligatoryjna. W opinii Urzędu Izba, zakazując swoim członkom brania udziału w przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zniekształciła reguły konkurencji na rynku. Naruszyła ponadto interesy inwestorów, ograniczając im prawo do określenia sposobu i kryteriów zakupu prac projektowych.

Więcej o formach porozumień ograniczających konkurencję: art. 4 ustawy antymonopolowej. Por. też publikacje dostępne na stronie www.uokik.gov.pl.

3. Zmowa przetargowa: współpraca zamiast konkurencji

3.1. Mechanizmy zμών horyzontalnych

Aby uzyskać pożądany przez uczestników porozumienia efekt, stosowane są różne **mechanizmy** funkcjonowania porozumienia przetargowego. Można wyróżnić trzy podstawowe rodzaje takich mechanizmów:

- oferty kurtuazyjne,
- ograniczanie ofert,
- rozstawianie i wycofywanie ofert.

Oferty kurtuazyjne (ang. *cover bidding*, *complementary bidding*), zwane także ofertami podkładowymi, czy zabezpieczającymi, polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie korzystna. Zawiera ona często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego lub błędy formalne.

Z tą formą zmony możemy mieć do czynienia najczęściej przy okazji przetargów, dla ważności których konieczne jest, by wpłynęła więcej niż jedna oferta.

Przykład 8 – zmowa wykorzystująca oferty kurtuazyjne

Przykład zastosowania ofert kurtuazyjnych zawiera decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 lipca 2003 r. nr RWR-12/2003. W opisaney w decyzji sytuacji doszło do uzgodnienia parametrów składanych ofert przez dwie spółki biorące udział w przetargu na prowadzenie zorganizowanej kontroli biletowej w pojazdach komunikacji zbiorowej na terenie Wrocławia. W przetargu dopuszczono możliwość składania ofert częściowych na każdy z trzech, wyodrębnionych przez zamawiającego, obszarów kontroli biletowej. W obszarze I i III najkorzystniejsze oferty złożyła spółka Aspa-Redis, a w obszarze II – spółka Iven. Oferty zwycięskie Aspa-Redis oraz oferta zwycięska spółki Iven zawierały dokładnie taką samą cenę i pozostałe parametry. To samo dotyczyło ofert „przegrywających” obu spółek. Strony porozumienia w „przegrywających” obszarach złożyły oferty podkładowe, tak by mogły podzielić się zamówieniem w proporcji dwie trzecie dla Aspa-Redis i jedna trzecia dla spółki Iven.

Ograniczanie ofert (ang. *bid-suppression*) jest niejako odwrotnością mechanizmu ofert kurtuazyjnych. W tym przypadku strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem nie weźmie w nim udziału. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty, lub jakiegokolwiek innego działania, które spowoduje, że dana oferta w praktyce nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza (wykonawca ją składający zostanie wykluczony, lub oferta zostanie odrzucona). Mechanizm ten jest czasem metodą realizacji szerszego celu podziału rynku (pod względem geograficznym, przedmiotowym lub podmiotowym).

Jak można zauważyć, powyższe techniki są czasami łączone, mogą powstawać ich nowe warianty. Istnieją również inne mechanizmy. Na przykład, w przetargu ograniczonym członkowie kartelu mogą w pierwszym etapie wzajemnie użyczyć sobie potencjału. Dzięki temu uzyskują oni maksymalne oceny i zapewniają sobie grupowo awans do drugiego etapu, eliminując z niego outsiderów. W drugim etapie członkowie porozumienia mogą zastosować np. mechanizm ograniczania ofert, aby podzielić między siebie części przetargu.

Rozstawianie i wycofywanie ofert to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczaniem. Może być skutecznie wykorzystywany przez grupy przedsiębiorców, nawet, jeśli zмова nie obejmuje wszystkich potencjalnych uczestników przetargu, czyli nawet wtedy, gdy poza uczestnikami zмowy na rynku działają „outsiderzy”, których nie udaje się lub nie oplaca zaangażować w zмовę. W pierwszym etapie następuje uzgodnienie treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane” – oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zмowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty członków kartelu zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana”⁵. Analogicznie, jeśli oferty członków kartelu zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty.

Przykład 9 – mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

Przypadek stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert stwierdzono w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 21 lipca 2001 r. nr RPZ-20/2005. Dwaj przedsiębiorcy, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia na czyszczenie ulic w rejonie Poznania-Wilda dokonali uzgodnienia nie tylko cenowych warunków składanych ofert, ale również swojego zachowania w toku przetargu. Wezwany przez organizatora przetargu do uzupełnienia braków wykonawca składający najkorzystniejszą ofertę nie dostarczył odpowiedniego oświadczenia. Doprowadziło to do wyboru przez zamawiającego oferty drugiej w kolejności, która była o 75 proc. wyższa od tej najkorzystniejszej. W trakcie postępowania antymonopolowego ustalono, że między wskazanymi przedsiębiorcami istnieją powiązania rodzinne, a także prawne i gospodarcze.

Zмowy przetargowe mogą wykorzystywać różne **metody podziału zysków** pomiędzy uczestników porozumienia (ang. *sharing the spoils*). Mogą one przybierać takie formy jak:

- wypłata gotówki,
- podział rynku,
- rotacja ofert,
- podwykonawstwo,
- dodatkowe umowy.

Najprostszym sposobem dzielenia się zyskami z zawartego porozumienia horyzontalnego jest **wypłata gotówki**. Przedsiębiorca, który wygrał przetarg, wypłaca uczestnikom porozumienia środki pieniężne w zamian za fikcyjne lub faktyczne usługi bądź dostawy, faktyczne lub fikcyjne podwykonawstwo albo dodatkowe umowy, przykładowo dotyczące dostaw.

Podział zysku może również odbywać się poprzez podział rynków. Polega on na systemowym ustaleniu, iż dani konkurenci nie będą w ogóle składać ofert określonym klientom lub wygrywać organizowanych przez nich przetargów (podział podmiotowy), lub nie będą uczestniczyć w przetargach, czy wygrywać przetargów w obrębie określonych obszarów geograficznych (podział geograficzny) albo dotyczących określonej kategorii przedmiotu zamówienia (podział przedmiotowy).

Przykład 10 – zмова przetargowa w oparciu o podział rynków

*Opis zмowy o podziale rynku można znaleźć w decyzji Komisji Europejskiej *Gas Insulated Switchgear*, C-38.899. Porozumienie to obejmowało kilkunastu przedsiębiorców z Japonii i Europy, dostawców rozdzielnic z izolacją gazową.*

⁵ Formalnie wycofanie oferty wprost zwykle nie jest możliwe, gdyż na tym etapie obowiązuje okres związania ofertą. Wykonawcy najczęściej uciekają się do nieuzupełniania brakującej dokumentacji (zaświadczeń, oświadczeń) lub nieuzupełniania błędów w ofercie, w wyniku czego wykonawca zostaje wykluczony lub jego oferta jest odrzucana.

Koordynowali oni przyznawanie projektów na całym świecie z wyjątkiem USA i Kanady (wybór wykonawcy projektu najczęściej odbywał się w przetargu). Kartel miał złożoną strukturę:

- istniało porozumienie, zgodnie z którym japońscy przedsiębiorcy nie prowadzili sprzedaży w Europie, a europejscy – na terytorium Japonii,
- projekty poza terytorium określonych krajów europejskich i Japonii były dzielone na podstawie globalnych kontyngentów,
- na podstawie porozumień europejscy przedsiębiorcy omawiali między sobą projekty dotyczące krajów europejskich,
- pewne kraje europejskie zostały określone jako „kraje macierzyste” i przypisane producentom pochodzącym z danego kraju.

Rotacja ofert (ang. *bid rotation*) to szczególna forma podziału rynku w wymiarze czasowym. W przypadku tej metody dzielenia zysków ustalenia dotyczą kolejności wygrywania przetargów przez przedsiębiorców. Najczęściej wykonawcy umawiają się, że będą wygrywać kolejno ogłaszane przetargi na zmianę, czyli rotacyjnie. O występowaniu tego mechanizmu świadczyć może fakt, iż istnieje grupa przedsiębiorców, którzy wygrywają podobne przetargi w przewidywalnej kolejności.

3.2. Zmowy pionowe

Jak wspomniano wcześniej, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, zakazane są porozumienia polegające 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. Nielegalne są zatem nie tylko horyzontalne z umowy przetargowe, omówione w podrozdziale 3.1., ale również z umowy pionowe, czyli zawierane między zamawiającym a wykonawcą (wykonawcami). Z umowy takie, podobnie jak z umowy horyzontalne, zaliczono do grupy najbardziej szkodliwych dla konkurencji naruszeń, które nie korzystają z wyłączenia spod zakazu na podstawie kryterium bagatelności porozumienia. Skutkiem takiego porozumienia jest przyznanie szczególnie korzystnych warunków jednemu lub grupie uczestników przetargu. Może również dochodzić do ujawnienia szczegółów SIWZ przed jego opublikowaniem lub ujawnienia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Również ujawnienie tożsamości innych podmiotów wyrażających zainteresowanie udziałem w przetargu może mieć antykonkurencyjny charakter. Antykonkurencyjne porozumienia na linii zamawiający-wykonawca mogą mieć podłoże korupcyjne. Jednak z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji fakt wystąpienia korupcji nie ma wpływu na ocenę naruszenia. Przekazanie korzyści majątkowej zamawiającemu może natomiast być jednym z dowodów na zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

3.3. Szczególne formy współpracy oferentów

Współpraca wewnątrz grupy kapitałowej – jeden organizm gospodarczy

Prezes UOKiK wielokrotnie otrzymywał zawiadomienia wskazujące na uzgadnianie ofert lub wymianę informacji związanych z przetargiem przez powiązanych ze sobą przedsiębiorców. Jednakże kierując się wypracowaną w unijnym i przyjętą w polskim orzecznictwie koncepcją „jednego organizmu gospodarczego” (ang. *single economic unit*) organ antymonopolowy, w większości sygnalizowanych mu spraw, nie mógł podjąć działań przewidzianych w ustawie okik. Zgodnie bowiem z unijnymi i polskimi przepisami prawa konkurencji dla stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję konieczne jest udowodnienie dokonania uzgodnień pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem⁶ odrębne z prawnego punktu widzenia podmioty, np. dwie spółki – przy spełnieniu określonych przesłanek – mogą

⁶ W UE np. wyrok TSUE z 24 października 1996 r. w sprawie C-73/95, Viho (Zb. Orz. 1996, s. I-5457), pkt 51. W Polsce: decyzje Prezesa UOKiK z: 14 marca 2007 r., nr DOK-34/07; z 8 grudnia 2009 r., nr DOK-8/2009; z 31 grudnia 2010 r., nr DOK 11/2010 dostępne na: www.uokik.gov.pl oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z 3 czerwca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 7/98, LEX nr 56492; wyrok Sądu Antymonopolowego z 17 stycznia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 54/95, Wokanda 1997/4/52; wyrok Sądu Antymonopolowego z 2 grudnia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 59/98, Wokanda 2000/3/53; wyrok Sądu Antymonopolowego z 20 maja 1998 r., sygn. akt XVII Ama 4/98, Wokanda 1999/6/53.

w pewnych warunkach zostać uznane za **jeden organizm gospodarczy**, co skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia zawarcia przez takie podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję. Tego rodzaju struktura organizacyjna może składać się z szeregu formalnie odrębnych podmiotów, jeżeli wskutek swoich powiązań w praktyce rynkowej wspólnie realizują tożsamy cel gospodarczy, zachowując się jednolicie w taki sposób, że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie rolę konkurentów. Istnienie powiązań kapitałowych lub faktycznych między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej, które skutkują brakiem rzeczywistej swobody określania postępowania przedsiębiorcy na rynku powoduje, że mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym⁷. W konsekwencji przyjmuje się, że wymiana informacji np. o cenach czy warunkach składanych w przetargu ofert przez powiązanych przedsiębiorców stanowiących jeden organizm gospodarczy nie może zostać uznana za zmwę przetargową⁸. Jednocześnie warto podkreślić, że powiązania kapitałowe pomiędzy przedsiębiorcami mogą nie przesądzać same w sobie o istnieniu jednego organizmu gospodarczego. Należy zaznaczyć, iż w sytuacji gdy poza powiązanymi przedsiębiorcami uczestnikiem zmwowy są także inni, niepowiązani oferenci, nie ma przeszkód do stawiania zarzutu zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia⁹.

Niezależnie od powyższego, trzeba stwierdzić, że możliwość składania w tym samym postępowaniu odrębnych ofert pozwalała do niedawna przedsiębiorcom powiązanym (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Wzajemne ścisłe powiązania pomiędzy takimi przedsiębiorcami ułatwiają bowiem wymianę informacji dotyczących cen czy innych warunków udziału w przetargu. Praktyka taka skutkowałą wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu konkurencji, gdyż konkurencja między powiązanymi uczestnikami przetargu stawiała się pozorna oraz umożliwiała uzyskanie zamówienia na korzystniejszych dla wykonawców warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji.

Z tego względu próbę rozwiązania omawianego problemu podjęto na gruncie nowelizacji przepisów dotyczących zamówień publicznych. Od 20 lutego 2013 r. zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 dalej jako „pzp”), złożenie odrębnych ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej może skutkować wykluczeniem tych wykonawców z przetargu, chyba że oferenci wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak to na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, że powiązania między nimi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Współpraca w ramach konsorcjum przetargowego

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy pzp dopuszcza tworzenie tzw. konsorcjów przetargowych polegających na złożeniu przez kilku przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty w ramach konkretnego przetargu. Warto jednak zauważyć, że możliwość powołania konsorcjum nie oznacza, iż może być ono tworzone w każdych okolicznościach. Z utworzeniem konsorcjum mogą się wiązać korzyści w postaci dopuszczenia do udziału w przetargu szerszego kręgu podmiotów, lecz w określonych sytuacjach może ono także prowadzić do ograniczenia konkurencji. Należy zatem podkreślić, że sam fakt, że ustawa pzp zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Zatem jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji, stanowi ono zakazane przez art. 6 ustawy okik porozumienie ograniczające konkurencję.

Prokonkurencyjne skutki płynące z utworzenia konsorcjum pojawiają się w sytuacji, gdy dzięki powołaniu konsorcjum grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Sytuacja taka będzie szczególnie korzystna, jeśli pozwoli grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, którzy dotychczas nie byli poddani presji konkurencyjnej. W takiej sytuacji porozumienie jest niezbędne dla zaistnienia oferty przedsiębiorców biorących udział w konsorcjum na określonym rynku i jako takie nie powinno zostać uznane za antykonkurencyjne. Drugą przykładową korzyścią z utworzenia konsorcjum jest połączenie komplementarnych aktywów. Zadanie, które jest stawiane konsorcjum, może bowiem wymagać różnorodnych zasobów i umiejętności, z których wszystkie naraz nie będą w posiadaniu żadnego z jego uczestników. W takiej sytuacji, nawet jeśli – hipotetycznie – każdy z uczestników konsorcjum dysponowałby finansowymi środkami umożliwiającymi wykonanie zadania (przy założeniu, że brakujące środki

⁷ Por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, ss. 130-133 i 154-155.

⁸ Szerzej na temat podejścia do składania więcej niż jednej oferty przez członków grupy kapitałowej: A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „Ikar” 2012, 1(4), s. 44-56, <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/04/pdf/44.pdf>.

⁹ Por. decyzja Prezesa UOKiK z 28 grudnia 2011 r., nr DOK-12/2011, pkt 94.

techniczne i know-how mógłby zakupić lub wynająć), połączenie przez nich sił mogłoby doprowadzić do wykonania zadania po koszcie niższym niż ten, który zostałby poniesiony przez każdego z nich wykonującego dane zadanie samodzielnie. Obniżka kosztów byłaby tym większa, im bardziej komplementarne zasoby i im większe koszty uzyskania brakujących zasobów na rynku. Podobnie, utworzenie konsorcjum mogłoby w takim wypadku zwiększyć innowacyjność wykonania zamówienia. W takiej sytuacji, nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją.

Zasadnicze niebezpieczeństwo związane z konsorcjami sprowadza się do **ograniczenia rywalizacji** pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W tym zakresie konsorcja nie różnią się od karteli, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byłiby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Konsorcjum zawiązane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, należy uznać za porozumienie kartelowe, prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji. Jeśli zatem konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję¹⁰.

Przykład 12 – antykonkurencyjne konsorcjum przetargowe

Opisane powyżej podejście do oceny tworzenia konsorcjów przetargowych zostało ostatnio przyjęte w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie konsorcjum na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych, zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku, przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Jako uzasadnienie zawiązania konsorcjum przedsiębiorcy ci wskazywali rzekome ograniczenia techniczne, które miały uniemożliwiać im samodzielne ubieganie się o zamówienie. Prezes UOKiK uznał jednak, że mająca być tego konsekwencją niezbędna współpraca MPO i Astwa (w tej sprawie: korzystanie ze sprzętu np. śmieciarek) w rzeczywistości nie miała miejsca. W rezultacie Prezes UOKiK uznał, że utworzenie konsorcjum miało charakter antykonkurencyjny, a jego celem było utrzymanie dotychczasowych udziałów rynkowych z pominięciem mechanizmów konkurencji.

Indywidualne wyłączenia spod zakazu

Nawet jeśli porozumienie naruszałoby art. 6 ustawy okik, to może ono w niektórych przypadkach skorzystać z wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji to na uczestnikach porozumienia spoczywa ciężar wykazania, że zawarte porozumienie spełnia wszystkie warunki indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone w art. 8 ust. 1 ustawy okik. Ustawodawca formułuje cztery kumulatywne warunki takiego wyłączenia. Przedsiębiorcy muszą wykazać, że zawarte porozumienie przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji albo do postępu technicznego lub gospodarczego. Poza tym ważne jest, by oferenci udowodnili, że porozumienie jest korzystne z punktu widzenia ogłaszającego przetarg lub konsumentów. Jednocześnie porozumienie to musi być niezbędne dla osiągnięcia ww. celów. Oprócz tego obowiązkiem przedsiębiorców jest wykazanie, że ich porozumienie nie stwarza możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej jego części.

¹⁰ Szerzej na temat antymonopolowej analizy konsorcjów: A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa...*, op. cit.

4. Zmowa – i co dalej?

4.1. Postępowanie administracyjne

Uzgardnianie składanych ofert przez uczestników przetargu bądź zmwianie się zamawiającego z oferentem lub oferentami to w świetle prawa porozumienie ograniczające konkurencję.

Kompetencje w zakresie ochrony konkurencji ma w Polsce Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jego podstawowym instrumentem w tym zakresie jest prowadzenie postępowań administracyjnych. Ustawa antymonopolowa przewiduje dwa ich rodzaje.

Po pierwsze, Prezes UOKiK może prowadzić **postępowanie wyjaśniające**. Wszczyna się je z urzędu, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że zostały naruszone przepisy ustawy antymonopolowej. Postępowanie wyjaśniające toczy się „w sprawie”, co oznacza, że nie jest ono skierowane przeciwko konkretnym przedsiębiorcom, a jedynie ma na celu zbadanie sytuacji na określonym rynku. Powinno się ono zakończyć w ciągu 30 dni, a w sprawach szczególnie skomplikowanych w ciągu 60 dni od dnia wszczęcia.

Po drugie zaś, Prezes UOKiK może prowadzić **postępowanie antymonopolowe** w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, które również jest wszczynane z urzędu. Postępowanie antymonopolowe jest prowadzone przeciwko konkretnemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom. Powinno się ono zakończyć przed upływem pięciu miesięcy od daty wszczęcia.

Co istotne, nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Jeżeli zatem przykładowo przedsiębiorca we wrześniu 2012 r. zaprzestał stosowania bezprawnej praktyki, to Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ma prawo podjąć interwencję do końca 2013 r.

W trakcie postępowania UOKiK ma prawo m.in.:

- żądać wszelkich koniecznych informacji i dokumentów,
- wzywać świadków i ich przesłuchiwać,
- przeprowadzać kontrole w siedzibie przedsiębiorcy, w trakcie których pracownicy Urzędu mogą żądać wydania dokumentów i nośników informacji,
- za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pracownicy UOKiK mogą w trakcie kontroli samodzielnie bądź we współpracy z policją przeszukać pomieszczenia przedsiębiorcy.

Za brak współdziałania z Urzędem w trakcie kontroli na przedsiębiorcę może zostać nałożona kara sięgająca do 50 mln euro. Natomiast pracownicy kontrolowanego podmiotu odmawiający współpracy z UOKiK mogą zostać ukarani sankcjami finansowymi w wysokości do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia.

Jeśli Prezes UOKiK stwierdzi, że dana praktyka ogranicza konkurencję, wydaje decyzję nakazującą jej zaniechanie (lub stwierdzającą jej zaniechanie, jeśli praktyka nie jest już stosowana w momencie wydawania decyzji).

Od decyzji Prezesa UOKiK przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Więcej o postępowaniu przed Prezesem UOKiK: art. 10-12, art. 47-93 oraz art. 105a-105l ustawy antymonopolowej.

4.2. Kary finansowe

Uznanie, że przedsiębiorca naruszył prawo konkurencji, może za sobą pociągać nałożenie kary finansowej. Jej maksymalna wysokość została w ustawie antymonopolowej ustalona na 10 proc. przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

O wysokości kary decyduje Prezes UOKiK. W styczniu 2009 r. wprowadził on *Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*. Nie mają one charakteru prawnie wiążącego. Jednak ich przyjęcie i ogłoszenie oznacza, że należy się spodziewać, iż Prezes UOKiK będzie je stosował przy szacowaniu wysokości kary.

Wysokość kary zależy w głównej mierze od tego, z jak poważnym naruszeniem konkurencji mamy do czynienia. W zależności od tego ustalana jest kwota bazowa – podstawa wymiaru sankcji finansowej. Zmowy przetargowe zaliczane są do bardzo poważnych naruszeń konkurencji, w związku z czym wysokość kwoty bazowej ustala się na poziomie nie mniejszym niż 1 proc. i nie większym niż 3 proc. rocznego przychodu przedsiębiorcy¹¹. Kwota bazowa kary, w zależności od konkretnego przypadku naruszenia prawa antymonopolowego może zostać następnie zwiększona bądź zmniejszona.

Surowiej karane są zminy przetargowe dotyczące produktów istotnych dla szczególnie wrażliwych odbiorców oraz ważnych dla określonych sektorów gospodarki. Poza tym Urząd ustala wyższe kary, jeżeli przekroczenie prawa przez przedsiębiorcę przyniosło negatywne skutki dla uczestników rynku – zwłaszcza jeżeli koszty naruszenia prawa konkurencji ponoszą konsumenci. Surowsza kara dotknie również tych, których nielegalne porozumienie było długotrwałe, tzn. trwało dłużej niż rok.

Ponadto z zaostreniem sankcji muszą liczyć się ci uczestnicy zminy przetargowej, którzy m.in.:

- byli liderami bądź inicjatorami porozumienia,
- wywierali presję lub stosowali środki odwetowe w stosunku do innych przedsiębiorców,
- już wcześniej stosowali praktyki ograniczające konkurencję.

Najwyższa kara nałożona do tej pory przez Prezesa UOKiK na uczestników antykonkurencyjnego porozumienia wyniosła łącznie ponad 411 mln zł – tak wysokie kary nałożono na członków kartelu cementowego, opisanego wcześniej w przykładzie nr 2. Natomiast najwyższa kara finansowa, nałożona na uczestników zminy przetargowej wyniosła łącznie ponad 900 tys. zł¹² (por. przykład nr 1 – dotyczący przetargów na dostawę wyposażenia przejścia granicznego).

4.3. Leniency: jak uniknąć kary lub zmniejszyć jej wymiar?

Zminy przetargowe, podobnie jak zdecydowana większość porozumień ograniczających konkurencję, mają na ogół niejawną charakter. Przeważnie są zawiązywane podczas poufnych rozmów, a, jak wyjaśniono, ich uczestnicy wystrzegają się pozostawiania śladów – na przykład umów na papierze. Stąd trudność w wykrywaniu zmw. Aby zwiększyć skuteczność zwalczania tych najpoważniejszych i najgroźniejszych dla rynku przypadków naruszania prawa konkurencji, w wielu krajach stworzono programy łagodzenia kar dla tych uczestników niedozwolonych porozumień, którzy podejmą współpracę z urzędami antymonopolowymi.

Programy leniency (z ang. „pobłażliwość, wyrozumiałość, łagodność”) od wielu lat z powodzeniem funkcjonują w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej, każdego roku przyczyniając się do wykrycia wielu karteli.

¹¹ Prezes UOKiK może konkretne naruszenie zakwalifikować inaczej, jeżeli w jego ocenie uzasadniają to okoliczności sprawy.

¹² W wyniku odwołania Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów obniżył łączną wysokość kar dla uczestników tej zminy do 395 tys. zł (wyrok SOKiK z dnia 31 lipca 2008 r., sygn. akt XVII AmA 147/07).

W Polsce program *leniency* funkcjonuje od 1 maja 2004 r. Jego podstawę prawną stanowi ustawa antymonopolowa. Zgodnie z nią, na **odstąpienie od kary** może liczyć przedsiębiorca, który:

- nie był inicjatorem porozumienia ani nie nakłaniał do udziału w nim,
- jako pierwszy z uczestników zмовy dostarczy informacji o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającej do wszczęcia postępowania antymonopolowego, lub przedstawi dowód umożliwiający wydanie decyzji – pod warunkiem że UOKiK jeszcze tych informacji lub dowodów nie posiada,
- będzie aktywnie współpracować z Prezesem Urzędu w czasie postępowania, dostarczając wszelkich dowodów, którymi dysponuje,
- zaprzestanie udziału w porozumieniu najpóźniej w dniu zgłoszenia się do Urzędu.

W przypadku, gdy firma nie spełnia tych warunków, może ubiegać się o **zmniejszenie sankcji finansowej**, pod warunkiem że:

- przedstawi dowód, który przyczyni się do wydania decyzji w sprawie

oraz

- zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu,

a także

- będzie aktywnie współpracować z Prezesem Urzędu w czasie postępowania.

Uczestnik zмовy, który chce wziąć udział w programie łagodzenia kar (*leniency*), powinien złożyć formalny wniosek. Można to zrobić:

- osobiście w siedzibie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1),
- pocztą na adres: Departament Ochrony Konkurencji UOKiK, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa,
- faksem 22 826 10 33,
- e-mailem na adres leniency@uokik.gov.pl,
- ustnie pracownikowi UOKiK do protokołu.

W przypadku składania wniosku za pośrednictwem poczty elektronicznej lub faksu oryginał należy dostarczyć do UOKiK w ciągu trzech dni.

Dodatkowe informacje o programie leniency można uzyskać pod numerem infolinii 22 55 60 555. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców zawierają *Wytczne w sprawie programu łagodzenia kar* dostępne na stronie www.uokik.gov.pl.

Więcej o programie łagodzenia kar: [art. 109 ustawy antymonopolowej](#). Por. też rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. z 2009 r. Nr 20, poz. 109).

5. Jak walczyć ze znowami w przetargach?

Przy organizowaniu przetargu nie ma nigdy stuprocentowej gwarancji, że biorące w nim udział firmy będą uczciwie rywalizować. Jednak podejmując określone kroki i zwracając uwagę na pewne fakty, można ograniczyć ryzyko znowy przetargowej. Warto to uczynić na każdym etapie: przed rozpisaniem przetargu, w trakcie opracowywania jego warunków oraz już po wyłonieniu zwycięzcy¹³.

5.1. Przygotowanie do postępowania przetargowego

Wykonawcy dobrze znają rynek, na którym działają. Aby skutecznie zapobiegać znowom przetargowym, zamawiający również musi dokonać rozpoznania rynku, w szczególności powinien:

- zidentyfikować dostępne rodzaje produktów oraz cechy produktów istotne z punktu widzenia zamawiającego,
- sprawdzić firmy, które mogą być potencjalnymi wykonawcami zamówienia,
- poznać zakres cen obowiązujących w danym momencie na własnym i sąsiednich rynkach.

Dobrym źródłem powyższych informacji mogą być inni zamawiający, którzy zamawiali podobne towary/usługi w przeszłości na tym samym lub sąsiednich rynkach geograficznych.

Ponadto do dobrych praktyk zamawiającego należy:

- gromadzenie i okresowe analizowanie danych o przebiegu i wynikach przetargów,
- przeprowadzanie szkoleń dla pracowników prowadzących postępowania z zakresu zapobiegania i wykrywania znowów przetargowych.

5.2. Właściwe określenie warunków zamówienia i dobra organizacja przetargu

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) określa ramy, w których muszą konkurować potencjalni wykonawcy zamówienia. Dlatego jej treść ma kluczowe znaczenie dla zapobiegania znowom i osiągnięcia korzystnego wyniku przetargu. Oto najważniejsze zalecenia dla zamawiających:

- nie należy określać wygórowanych i nieuzasadnionych warunków dopuszczenia do przetargu, zwłaszcza w zakresie wielkości obrotów przedsiębiorcy,
- trzeba możliwie szeroko określać przedmiot zamówienia – tak, by do przetargu mogło przystąpić jak najwięcej oferentów,
- tam, gdzie to możliwe i uzasadnione, powinno się stosować dodatkowe kryteria poza najniższą ceną,
- potrzeby zamawiającego muszą być opisane szczegółowo, w sposób niebudzący wątpliwości; niejasno sprecyzowany przedmiot zamówienia może zniechęcić potencjalnych wykonawców,
- przetarg należy ogłaszać możliwie szeroko; warto aktywnie starać się o pozyskanie oferentów, np. rozsyłając maile bezpośrednio do przedsiębiorców, nie ograniczać się jedynie do umieszczenia ogłoszenia w oficjalnym publikatorze;

¹³ Więcej informacji na temat metod zapobiegania i wykrywania znowów przetargowych znaleźć można w broszurze OECD Wytyczne dotyczące zwalczania znowów przetargowych, OECD, luty 2009; <http://www.oecd.org/competition/cartels/42945908.pdf>

- powinno się żądać od oferentów – i to już na etapie procedury przetargowej – podawania danych o ewentualnych podwykonawcach, których zamierzają zatrudnić,
- trzeba dać wykonawcom odpowiednio dużo czasu na przygotowanie oferty i dokumentacji,
- tam, gdzie to możliwe, warto dzielić przetarg na części, jeśli umożliwi to udział większej liczby wykonawców; dobrze jest jednak unikać dzielenia zamówienia na części zbliżone pod względem wielkości, aby nie ułatwiać zмовы dotyczącej podziału rynku,
- jeśli to możliwe, należy unikać organizowania wspólnych spotkań z wykonawcami, aby nie dawać okazji do komunikowania się między nimi; wątpliwości związane z warunkami przetargu należy wyjaśniać z każdym zainteresowanym indywidualnie.

5.3. Jak wykryć zмовę przetargową?

Czasem przygotowanie postępowania zgodnie z powyższymi wskazówkami nie wystarczy, aby ustrzec się zмовы przetargowej. Dlatego aby zwiększyć prawdopodobieństwo wykrycia nielegalnego porozumienia wykonawców, należy uważnie przyglądać się podmiotom stojącym do przetargu, analizować ich zachowanie w danym przetargu, jak i innych postępowaniach przetargowych oraz wnikliwie badać składaną przez nich dokumentację.

a. Symptomy zмовы występujące w treści ofert¹⁴:

- identyczne oferty; jednakowe niektóre parametry w ofertach,
- nieuzasadnione parametry w ofertach¹⁵,
- jednakowy sposób kalkulacji przyjęty w ofertach,
- takie same fragmenty ofert lub pism,
- odwoływanie się w ofertach lub pismach do treści ofert innych wykonawców,
- duża różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a innymi ofertami,
- mało szczegółowe, napisane jakby niestarczanie lub bez rzeczywistej intencji wzięcia udziału w przetargu dokumenty złożone przez niektórych wykonawców i wyraźnie dokładniejsza, rzetelna oferta wykonawcy typowanego na wygrywającego przetarg,
- tam, gdzie w przetargu bierze udział przedsiębiorca spoza grupy wykonawców, których dotyczy podejrzenie, porównanie jego oferty z innymi ofertami (może to ujawnić anomalie, zbieżności, błędy w ofertach itp.).

b. Symptomy zмовы dotyczące formy ofert:

- ten sam charakter pisma w ofertach lub pismach,
- jednakowe błędy obliczeniowe, ortograficzne, gramatyczne lub stylistyczne zawarte w ofertach lub pismach,
- jednakowy wygląd graficzny ofert lub pism,
- ten sam numer telefonu, faksu nadawcy lub adres do korespondencji podany w ofertach lub pismach,

¹⁴ Źródło: Wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu zмовы przetargowej, UOKiK, 2013; <http://uokik.gov.pl/download.php?plik=13825>.

¹⁵ Na przykład: te same koszty transportu oferowane przez lokalnego wykonawcę i wykonawcę, którego siedziba jest oddalona.

- jednakowy stempel pocztowy ofert wykonawców mających oddalone siedziby,
- jednakowe formularze, blankiety, materiały papiernicze,
- liczne podobne poprawki (np. wprowadzane odręcznie).

c. Symptomy zmowy dotyczące cech przedsiębiorców:

- więzy rodzinne,
- powiązania kapitałowe,
- powiązania gospodarcze¹⁶,
- często zawierane wzajemne umowy, np. o podwykonawstwo,
- powiązania organizacyjne¹⁷,
- powiązania osobowe.

d. Informacje na temat zachowania przedsiębiorców:

- ustne bądź pisemne informacje pochodzące od przedsiębiorców sugerujące, iż zawarli oni niedozwolone porozumienie¹⁸,
- częste kontakty między przedsiębiorcami biorącymi udział w przetargu,
- jednoczesne pobranie dokumentacji przetargowej,
- pobranie dokumentacji przetargowej przez określonego wykonawcę również dla innych firm biorących udział w przetargu,
- złożenie ofert w tym samym czasie przez kilku wykonawców,
- złożenie ofert kilku wykonawców przez jednego wykonawcę,
- nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła najkorzystniejszą ofertę¹⁹, zwłaszcza w przypadku, gdy kolejny potencjalny zwycięzca przetargu ma zawrzeć z tą firmą umowę podwykonawstwa,
- zawarcie przez wykonawcę, który złożył zwycięską ofertę, umowy podwykonawstwa z wykonawcą, który nie złożył najkorzystniejszej oferty lub też wycofał swoją ofertę,
- zachowanie przedsiębiorcy (przedsiębiorców) wskazujące na znajomość ofert konkurentów,
- zachowanie wykonawcy (wykonawców), które sugeruje pewność co do wyniku przetargu²⁰,
- oferta konsorcjum złożona przez przedsiębiorców, którzy mają wystarczający potencjał, by wziąć udział w przetargu samodzielnie.

¹⁶ Na przykład: prowadzenie wspólnych projektów, zależności finansowe.

¹⁷ Na przykład: prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem, korzystanie z jednej skrzynki elektronicznej, strony internetowej czy numeru telefonu.

¹⁸ Na przykład: wykonawca informuje, iż nie złoży najkorzystniejszej oferty bądź w ogóle nie weźmie udziału w danym przetargu, gdyż przetarg ten został „przypisany”, „przynależy” do innego wykonawcy.

¹⁹ Na przykład: poprzez nieuzupełnienie oferty w terminie lub wycofanie oferty.

²⁰ Na przykład: brak zainteresowania wynikiem ze względu na „symbolicznie” składaną ofertę lub traktowanie przetargu jako już wygranego.

e. Porównanie zachowania przedsiębiorców w danym przetargu do ich zachowań w innych procedurach przetargowych:

- udział w przetargach bądź składanie najkorzystniejszej oferty stale przez te same firmy w danych regionach geograficznych lub w przetargach organizowanych przez danych zamawiających,
- nieskładanie nigdy najkorzystniejszych ofert przez określonych wykonawców regularnie uczestniczących w przetargach,
- inne zależności, schematy, wzory w składaniu najkorzystniejszej oferty w grupie określonych przedsiębiorców,
- niezłożenie ofert przetargowych przez „stałych wykonawców”, po których można było się spodziewać, iż będą w nim uczestniczyć,
- otrzymanie od określonych firm w danym przetargu znacznie droższych ofert niż: (i) ich oferty w innych przetargach, (ii) ich oferty cennikowe,
- złożenie przez „znanego” wykonawcę oferty znacznie korzystniejszej cenowo w stosunku do jego wcześniejszych ofert, po złożeniu oferty przez nowego wykonawcę, nieuczestniczącego lub rzadko uczestniczącego we wcześniejszych przetargach.

Należy pamiętać, że opisane powyżej sytuacje mogą, ale nie muszą świadczyć o istnieniu zmywy przetargowej. I odwrotnie: brak wskazanych w tym rozdziale faktów nie oznacza, że uczestnicy przetargu nie zawiązali niedozwolonego porozumienia. Stąd też w przypadku jakichkolwiek podejrzeń należy poinformować UOKiK.

6. Co robić w sytuacji podejrzenia, że uczestnicy przetargu działali w zмовie?

Niekiedy, mimo zachowania przez organizatora wszelkich środków ostrożności, uczestnicy przetargu zawiązują zмовę. W przypadku podejrzenia, że tak jest w istocie, należy:

- starannie dokumentować wszelkie istotne informacje (na przykład dotyczące zachowania przedsiębiorców),
- nie dyskutować z podejrzanymi o zмовę uczestnikami przetargu,
- rozważyć, czy procedura przetargowa powinna być kontynuowana,
- złożyć pisemne zawiadomienie do Prezesa UOKiK.

Zawiadomienie do Urzędu powinno zawierać:

- wskazanie przedsiębiorców lub przedsiębiorcy, któremu zarzucane jest stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję,
- możliwie dokładny opis sytuacji, która wzbudziła podejrzenie zмовy,
- wskazanie przepisu ustawy antymonopolowej, który mógł zostać naruszony (w przypadku zмовy przetargowej będzie to w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7),
- uzasadnienie,
- dane osoby zgłaszającej.

W celu ułatwienia składania zawiadomień w przypadku podejrzenia o zмовę przetargową, UOKiK przygotował wzorec takiego zawiadomienia, który jest dostępny na stronach Urzędu pod adresem:

<http://uokik.gov.pl/download.php?plik=13825>

Ze względu na fakt, iż odpowiedzialność administracyjna w sprawach stosowania praktyk ograniczających konkurencję ulega przedawnieniu po roku od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, bardzo istotne jest, aby zawiadomienia takie składać niezwłocznie.

Warto wspomnieć, że w toku postępowania przetargowego zamawiający może również uzyskać informacje o istnieniu innych porozumień, niebędących zмовami przetargowymi. Takie porozumienia nie muszą mieć bezpośredniego związku z postępowaniem przetargowym, jednak mogą wpływać na warunki konkurencji w przetargu. Jeśli np. potencjalni dostawcy tłumaczą, że nie mogą złożyć oferty konkurencyjnej ze względu na restrykcje zawarte w porozumieniach dystrybucyjnych (na mocy których producent kontroluje minimalną cenę odsprzedaży), to każdy tego typu przypadek podlega zgłoszeniu do Prezesa UOKiK, który jest kompetentny w sprawach oceny wpływu takich porozumień na konkurencję.

Więcej o zawiadamianiu Prezesa UOKiK o przypadkach ograniczania konkurencji: art. 86 ustawy antymonopolowej.

www.uokik.gov.pl