Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny

zmowy przetargowe

Wydanie trzecie zaktualizowane
Warszawa 2017

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

Wydanie trzecie zaktualizowane
ISBN 978-83-64681-07-3

Spis treści

1. Przetarg: konkurencja między oferentami 3

2. Ochrona konkurencji w Polsce 5

3. Zmowa przetargowa: antykonkurencyjna współpraca zamiast konkurencji 12

3.1. Mechanizmy zmów horyzontalnych 12
3.2. Szczególne formy współpracy oferentów 15
3.3. Zmowy pionowe 19
3.4. Indywidualne wyłączenia spod zakazu 20

4. Zmowa – i co dalej? 21

4.1. Postępowanie administracyjne 21
4.2. Kary finansowe 22
4.3. *Leniency* i dobrowolne poddanie się karze: jak uniknąć kary lub zmniejszyć jej wymiar? 23

5. Jak walczyć ze zmowami w przetargach? 26

5.1. Przygotowanie do postępowania przetargowego 26
5.2. Właściwe określenie warunków zamówienia i dobra organizacja przetargu 26
5.3. Jak wykryć zmowę przetargową? 27

6. Co robić w sytuacji podejrzenia, że uczestnicy przetargu działali w zmowie? 31

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 zmowy, 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 piwosza, 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 Konsumentów[2]: *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 lub usługi były możliwie dobre i zarazem możliwie tanie, muszą istnieć inni dostawcy – czyli potrzebna jest konkurencja.

Wybór dostawcy w trybie przetargu ma zagwarantować, że wyłoniona zostanie oferta najkorzystniejsza z punktu widzenia zamawiającego. Jest to możliwe przede wszystkim w sytuacji, gdy o zamówienie stara się wielu niezależnych przedsiębiorców, którzy nie znają nawzajem swoich ofert. Tylko wówczas oferenci mają motywację, by obniżać ceny w nadziei, że wygrają konkurencyjną walkę z rywalami 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 tę chciwość nieco inaczej niż Smith. Zamiast próbować zdobywać klientów niższą ceną i wyższą jakością, decydują się na współpracę z konkurentami, przykładowo w celu podniesienia cen lub podziału rynku. Porozumienia ograniczające konkurencję między firmami, które powinny ze sobą konkurować, a więc działającymi na tym samym szczeblu obrotu (np. sklepy sprzedające identyczny asortyment, hurtownie działające w jednej branży, producenci towarów substytucyjnych, itp.), nazywamy **porozumieniami horyzontalnymi (poziomymi)**. W sytuacji, gdy firmy zamiast konkurować, zaczynają współpracować, ceny na ogół rosną, a jakość spada. Tracą na tym pozostali uczestnicy rynku, a w konsekwencji – konsumenci. Po pierwsze, to kontrahenci zmawiających się przedsiębiorców pokrywają różnicę między ceną przez nich ustaloną 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 konkurencyjnej presji, tracą bowiem motywację do zwiększania innowacyjności czy podnoszenia jakości. Takie najcięższe, horyzontalne (poziome) porozumienia ograniczające konkurencję między przedsiębiorcami, którzy powinni ze sobą rywalizować, nazywamy **kartelami**.

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

Oba rodzaje porozumień mogą występować w przetargach. Określa się je wówczas mianem **zmów przetargowych**. Zmowy przetargowe horyzontalne przybierają wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe wertykalne polegają zaś najczęściej na uzgodnieniu warunków przetargu albo treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) między zamawiającym a jednym z potencjalnych wykonawców w celu wykluczenia innych wykonawców. Oba rodzaje zmów mogą

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 prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005.

skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie niż ta, którą by wybrał, gdyby konkurencja w przetargu funkcjonowała prawidłowo.

Przykład 1 – zmowa uczestników przetargu (horyzontalna)

Horyzontalna zmowa przetargowa między dwoma przedsiębiorcami została stwierdzona w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2014 r. nr DOK-8/2014[3], dotyczącej przetargu na zakup i dostawę przenośnych czytników linii papilarnych ogłoszonego przez Komendę Główną Policji. Dwóch uczestników – spółki Relacontrol (wówczas EAS Envimet Polska) i Unicom – ustaliło wspólnie cenę zaproponowaną w przetargu przez spółkę EAS Envimet Polska. Ponadto Unicom przekazał EAS Envimet Polska informacje o cenie zawartej w konkurencyjnej ofercie trzeciej spółki – Wasko – biorącej udział w przetargu, co miało umożliwić spółce EAS Envimet Polska złożenie oferty korzystniejszej od oferty rywala. Dodatkowo Unicom nie wpłacił wadium, przez co został ostatecznie wykluczony z postępowania. Wszystkie te zachowania miały służyć temu, aby spółka EAS Envimet Polska, w której przypadku cena proponowana w ofercie została wspólnie ustalona, zwyciężyła w przetargu. EAS Envimet Polska i Unicom miały następnie podzielić się zyskami – zawyżonymi ze szkodą dla zamawiającego.

[3] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

2. Ochrona konkurencji w Polsce

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

Regulacje chroniące proces konkurencji przed nieprawidłowościami, zwane przepisami antymonopolowymi lub antytrustowymi, istnieją we wszystkich rozwiniętych gospodarkach świata. Stosowanie tych przepisów wynika z faktu, że tylko nieskrępowana rywalizacja dostawców o względy odbiorcy – nieistotne, czy jest nim konsument, przedsiębiorca, czy też instytucja państwowa – zapewni temu ostatniemu możliwie dobre towary albo usługi w 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 (t.j.: Dz.U. z 2017 r. poz. 229, dalej także jako „ustawa okik"), nazywana również ustawą antymonopolową. Zawiera ona zakazy i nakazy dla przedsiębiorców, a w szczególności wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję. Podzielono je na dwie kategorie.

Po pierwsze, ustawa antymonopolowa zakazuje zawierania przez przedsiębiorców **porozumień**, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji. Jak wyjaśniono wyżej, zakaz ten obejmuje zarówno porozumienia **horyzontalne**, między firmami bezpośrednio ze sobą konkurującymi, a zatem działającymi na tym samym szczeblu obrotu, jak i **wertykalne**, między podmiotami ze sobą niekonkurującymi, funkcjonującymi na różnych szczeblach obrotu.

Przykład 2 – porozumienie horyzontalne

W decyzji z dnia 8 grudnia 2009 r. nr DOK-7/2009[4] Prezes UOKiK uznał, że najwięksi w Polsce producenci cementu co najmniej od 1998 r. dzielili rynek, ustalając dopuszczalne udziały poszczególnych graczy, a także ceny cementu, wysokość podwyżek oraz 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 i dyrektorów do spraw handlowych. Jak wykazało postępowanie, nawet jeśli w spotkaniu nie uczestniczyli wszyscy karteliści, dokonane ustalenia były przekazywane nieobecnym. Ustanowiono koordynatora, który wymieniał poufne 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. Takie próby były jednak natychmiast piętnowane przez członków zmowy i 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 zmowy cenowej między producentem farb i lakierów Tikkurila a dwoma marketami budowlanymi: Castoramą

[4] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

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 ok. 300. Ustalenia między osobami zatrudnionymi na wysokich stanowiskach w centralach spółek były dokonywane przede wszystkim mailowo. Na uwagę zasługuje treść wiadomości elektronicznych przesyłanych przez pracowników spółek. Przedstawiciele uczestników zmowy piszą wprost: „Chcemy wspólnie zarabiać pieniądze, a nie rozdawać je bezsensownie na rynku"; „Nie przyzwyczajajmy klientów w grudniu do tak niskich cen!". Inicjatorem zmowy była Tikkurila, która kierowała do pozostałych uczestników porozumienia – Castoramy i Praktikera – propozycje cen detalicznych. W przypadku stosowania stawek innych niż ustalone sklepy narażone były np. na wstrzymanie dostaw czy wzrost ceny zakupu danego produktu. Niedozwolone działania mogły skutkować brakiem konkurencji wśród sprzedawców produktów spółki Tikkurila oraz wyższymi cenami farb i lakierów dla odbiorców końcowych.

Ustawa antymonopolowa zawiera przykładowy katalog porozumień, które mogą zostać uznane za zakazaną zmowę. 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 niejednolitych warunków, 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 powyższego katalogu dotyczy zmów 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 okazuje się antykonkurencyjny. Nie ma znaczenia, czy porozumienie jest faktycznie wcielane w życie, tzn. czy jego uczestnicy rzeczywiście wywiązują się z przyjętych uzgodnień, ani czy porozumienie naprawdę wywołało szkody. Oznacza to, że w przypadku przetargów nielegalne mogą być również nieudane próby ich „ustawiania" lub manipulowania wynikami – antykonkurencyjne zmowy przetargowe zawsze cechuje bowiem obiektywny cel ograniczenia konkurencji. Trzeba zaznaczyć, iż porozumienia zakazane ze względu na cel, stanowiące najcięższe ograniczenia prawa konkurencji, są zakazane niezależnie od udziałów zawierających je przedsiębiorców w rynku właściwym. Tym samym nie korzystają one z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie kryterium bagatelności porozumienia (art. 7 ustawy okik). Co do zasady jest również mało prawdopodobne, by spełniły kumulatywne warunki tzw. wyłączenia indywidualnego, określone w art. 8 ustawy (por. niżej, pkt. 3.4).

Ponadto, zakazane są również porozumienia, które wywołują chociażby potencjalne antykonkurencyjne **skutki** na rynku[5]. Co ważne, dla antymonopolowej oceny danego porozumienia nie mają znaczenia motywacje uczestników (ich subiektywne wyobrażenia o zakładanych celach lub skutkach porozumienia) ani to, czy są oni świadomi zakazów wynikających z prawa ochrony konkurencji.

Przykład 4 – porozumienie antykonkurencyjne ze względu na cel

Prezes UOKiK w decyzji z dnia 8 grudnia 2015 r. nr DOK-4/2015[6] stwierdził zawarcie między Swatch Group Polska a dystrybutorami zegarków porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel – dotyczącego ustalania minimalnych cen detalicznych sprzedaży zegarków w sklepach stacjonarnych oraz internetowych. Porozumienie odnosiło się m.in. do produktów marek Omega, Tissot, Certina, Longines i Rado, których Swatch jest wyłącznym dystrybutorem w Polsce. W efekcie porozumienia konsumenci nie mogli kupić produktów taniej niż za narzuconą z góry cenę pomniejszoną o określony rabat (np. w przypadku sklepów internetowych maksymalny rabat mógł wynieść 12%). Swatch Group Polska monitorowała stosowanie cen przez dystrybutorów, a sankcją za sprzedaż po stawkach niższych niż ustalone było nawet wstrzymanie dostaw. Dystrybutorzy – strony postępowania – zwracali się bezpośrednio do Swatch Group Polska o podjęcie interwencji w przypadkach odstępstw od ustaleń cenowych, a także sami zachęcali dostawcę zegarków do narzucania minimalnych cen detalicznych. Dowodzi tego m.in. korespondencja mailowa między dystrybutorami („Powinniśmy SAMI pilnować swoich interesów a [przedstawiciela Swatch Group Polska] przekonać do tego, aby 12% pozostało, ale SZTYWNE BEZ WYJĄTKÓW, CO DO GROSZA!"), a także ta kierowana do Swatch Group Polska („Bardzo proszę i myślę, że do mojej prośby dołączą się inne sklepy w Polsce, o przemyślenie możliwości stosowania w internecie cen ze STAŁYMI rabatami [max do 12%]. Jeżeli ktoś nie będzie przestrzegał maksymalnych rabatów wówczas trzeba wyciągnąć konsekwencje"). UOKiK uznał, że przedmiotowe porozumienie miało na celu ograniczenie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej między sprzedawcami detalicznymi i w konsekwencji doprowadzenie do ustabilizowania wysokości stosowanych przez nich cen.

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

Prawo antymonopolowe zawiera również przepisy zabraniające przedsiębiorcom **nadużywania pozycji dominującej**. Mowa o firmie (firmach), która ma tak duży udział w rynku, że może na nim funkcjonować niezależnie od swoich konkurentów czy kontrahentów, a nawet konsumentów. Domniemywa się, że pozycję dominującą ma przedsiębiorca, do którego należy co najmniej 40% rynku. Problem nadużywania pozycji dominującej – odnoszący się do działań podejmowanych jednostronnie przez uczestników rynku – może dotyczyć także przetargów, jednak dokładne omówienie tych zagadnień wykracza poza zakres niniejszej publikacji.

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

5 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-Turno i B. Turno, *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.

6 Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

Kto jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji?

Zakazy praktyk ograniczających konkurencję wprowadzone przez ustawę antymonopolową dotyczą przedsiębiorców. Aby podlegać rygorom prawa chroniącego konkurencję, niekoniecznie trzeba jednak być wpisanym do określonego rejestru czy konkretnej ewidencji. Ustawa antymonopolowa definiuje bowiem przedsiębiorcę bardzo szeroko – będzie nim praktycznie każdy, kto pełni jakąś funkcję gospodarczą, a zatem m.in.:

- *osoba fizyczna albo osoba prawna działająca na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej,*
- *spółka prawa handlowego,*
- *podmiot świadczący usługi o charakterze użyteczności publicznej – np. szpital, szkoła publiczna lub niepubliczna, parafia,*
- *jednostka samorządu terytorialnego – np. gmina, która świadczy usługi komunalne (samodzielnie albo za pośrednictwem takich spółek, jak zakłady oczyszczania miasta, przedsiębiorstwa komunikacyjne),*
- *osoba wykonująca wolny zawód – np. lekarz, tłumacz przysięgły, korepetytor, inżynier budownictwa, aptekarz, architekt,*
- *organizacja branżowa skupiająca przedsiębiorców – np. izba handlowa, zrzeszenie.*

Podmioty, które obejmuje zakaz praktyk ograniczających konkurencję, szeroko definiuje się także w prawie konkurencji Unii Europejskiej, a w szczególności – w orzecznictwie na podstawie art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, 26.10.2012, s. 47-390).

Warto wiedzieć, że aby zostać uznanym za przedsiębiorcę w myśl prawa konkurencji, nie trzeba prowadzić działalności przynoszącej zyski. Regulacjom antymonopolowym podlegają zatem również organizacje typu non profit (np. fundacje, 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 wtedy, gdy zawarto je na piśmie. Tymczasem zmowa – zwłaszcza dotycząca udziału w przetargu – ma na ogół charakter niejawny. 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** między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców, między przedsiębiorcami a ich związkami. Umowy mogą przybierać formę zarówno pisemną, jak i ustną; nie ma znaczenia, czy ustalenia w nich zawarte są w ocenie przedsiębiorców wiążące, czy też nie.*

Przykład 5 – porozumienie w formie umowy

Trzej mali przedsiębiorcy: Kappa, Lambda i Ksi[7], zajmujący się obsługą imprez masowych (catering, nagłośnienie, efekty specjalne itp.), spotkali się i podpisali umowę o współpracy. W jednej z klauzul umowy zobowiązali się, że będą wspólnie decydować, który z nich wystartuje w którym przetargu. Przedsiębiorcy nieuczestniczący w danym przetargu mieli być podwykonawcami przedsiębiorcy biorącego w nim udział, jeśli ten złoży zwycięską ofertę.

W praktyce do zawierania antykonkurencyjnych porozumień przetargowych w formie pisemnej umowy dochodzi rzadko. Częściej zmowy przetargowe są zawiązywane w innych formach, np. porozumień dżentelmeńskich, bieżących uzgodnień telefonicznych czy e-mailowych. Stąd w myśl ustawy antymonopolowej porozumienie antykonkurencyjne przybierające postać **uzgodnień** może być dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. Uzgodnienia prowadzą do zastąpienia spontaniczności zachowań rynkowych przedsiębiorców, wynikającej z niepewności co do zachowania innych uczestników rynku, praktyczną koordynacją ich działań.

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 identyczne błędy ortograficzne. Różniły się jedynie wpisanymi cenami. Zdecydowanie najkorzystniejsza cenowo była oferta firmy Omikron. W toku postępowania przed urzędem antymonopolowym okazało się, że przedsiębiorcy porozumieli się w trakcie kilku tajnych spotkań.

Zgodnie z ustawą antymonopolową porozumieniem będzie także uchwała lub inny akt wydany przez **związek zrzeszający przedsiębiorców lub jego organ statutowy**. Mowa tu również o zaleceniach, okólnikach czy luźnych wytycznych.

[7] Przykłady, w których firmy zostały oznaczone nazwami greckich liter, są przykładami hipotetycznymi

Przykład 7 – porozumienie jako uzgodnienia

Prezes UOKiK w decyzji z dnia 30 grudnia 2016 r. nr DOK-3/2016 uznał, że praktykę uzgodnioną stanowi również sytuacja, gdy tylko jeden przedsiębiorca ujawnia informacje strategiczne swojemu konkurentowi lub konkurentom, a ci je przyjmują (jednostronna wymiana informacji). W opisanej w decyzji sytuacji spółka Centrum Rozwoju Administracji (CRA) nie mogła samodzielnie złożyć oferty w przetargu na prowadzenie szkoleń i kursów w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich, ponieważ nie posiadała wymaganego w SIWZ doświadczenia. Zgodnie z obowiązującym w dniu wydania decyzji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w takich przypadkach wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Mając powyższe na uwadze, CRA poszukując partnera dysponującego koniecznym doświadczeniem nawiązała kontakt z Tezaurus, który deklarował posiadanie doświadczenia w ww. zakresie. W czasie negocjacji w zakresie udostępnienia potencjału, CRA przekazała Tezaurus informacje na temat ceny i innych warunków oferty, którą zamierza złożyć w przetargu. Ostatecznie przedsiębiorcy nie zdecydowali o faktycznym podjęciu współpracy w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, a Tezaurus złożył niezależną ofertę, wykorzystując informację na temat wysokości oferty CRA. W przedmiotowej sprawie wymiana informacji miała charakter jednostronny, w tym sensie, że tylko CRA przekazała swojemu konkurentowi informacje na temat ceny swojej oferty. Pomimo że CRA po zaniechaniu rozmów na temat udostępnienia potencjału nie utrzymywała kontaktów ze spółką Tezaurus a przedsiębiorcy złożyli niezależne oferty, Prezes UOKiK uznał, że okoliczność jednostronnej wymiany informacji nie niweczy zasadności zakwalifikowania tego rodzaju działania jako porozumienia.

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

Jako porozumienie w postaci wymiany informacji może zostać uznana także sytuacja, w której tylko jeden przedsiębiorca ujawnia informacje strategiczne swojemu konkurentowi lub konkurentom, a ci je przyjmują. Należy podkreślić, że Prezes UOKiK nie kwestionuje co do zasady możliwości korzystania przez wykonawcę z zasobów i doświadczenia innego podmiotu. Jednak w przypadku opisanym w przykładzie 7 przekazane przez CRA informacje na temat wysokości oferty w przetargu były nieproporcjonalne do zakresu zakładanej kooperacji. Do udostępnienia przez Tezaurus swojego doświadczenia nie było konieczne pozyskanie przez niego szczegółowych informacji dotyczących ceny i innych warunków oferty, którą CRA miała złożyć w przetargu. W celu uniknięcia zarzutu antykonkurencyjnej wymiany poufnych wrażliwych danych handlowych, przedsiębiorcy współpracujący w zakresie udostępniania sobie potencjału powinni ograniczyć wymianę informacji do niezbędnego minimum.

Przykład 8 – 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 udziału w najpopularniejszej na rynku formie wyłaniania oferentów. Należy dodać, że przynależność do samorządu jest dla osób wykonujących ten zawód obligatoryjna. Zdaniem Urzędu Izba, zakazując członkom uczestnictwa w przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zniekształciła reguły konkurencji na rynku. Naruszyła ponadto interesy inwestorów, ograniczając ich prawo do określenia sposobu i kryteriów zakupu prac projektowych.

Przykład 9 – ograniczenie konkurencji wpisane w kodeks etyki zawodowej

Podobnie w decyzji z dnia 31 marca 2014 r. nr RKT-4/2014[8] Prezes UOKiK uznał, że niektóre zapisy „Kodeksu etyki zawodowej komornika", uchwalonego przez Krajową Radę Komorniczą, ograniczają konkurencję. Kwestionowane klauzule zobowiązywały członków samorządu zawodowego do powstrzymywania się od wpływania na wybór komornika przez wierzycieli w sposób inny niż przez podnoszenie sprawności, szybkości i rzetelności prowadzonych egzekucji. Zakazane było m.in. prowadzenie egzekucji bez pozyskania od wierzycieli zaliczek na pokrycie ich kosztów. Za niestosowanie się do zakazu groziła kara dyscyplinarna. Należy dodać, że przynależność do samorządu jest dla osób wykonujących ten zawód obligatoryjna. Według Prezesa UOKiK ograniczenie przez Radę form konkurowania zniekształciło konkurencję ze szkodą dla wierzycieli.

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

8 Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

3. Zmowa przetargowa: antykonkurencyjna współpraca zamiast konkurencji

3.1. Mechanizmy zmów horyzontalnych

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

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

Oferty kurtuazyjne (ang. *cover bidding, complementary bidding*), zwane również 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 wywołanie wrażenia, iż cena z oferty wspieranej jest względnie korzystna. Oferta tego typu zawiera często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego, albo błędy formalne. Może też przewidywać cenę wyższą od szacunkowej wartości zamówienia.

Przykład 10 – zmowa wykorzystująca oferty kurtuazyjne

Przykład zastosowania ofert kurtuazyjnych zawiera decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 lipca 2003 r. nr RWR-12/2003.W opisanej 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.

Przykład 11 – zmowa wykorzystująca oferty kurtuazyjne

Prezes UOKiK stwierdził stosowanie oferty kurtuazyjnej również w decyzji z dnia 30 grudnia 2014 r. nr DOK-10/2014[9], dotyczącej przetargu organizowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na modernizację linii kolejowej Warszawa-Okęcie-Radom. Według ustaleń Urzędu trzej przedsiębiorcy – Kombud i KZA oraz Bombardier Transportation – uzgodnili, że Bombardier Transportation złoży ofertę kurtuazyjną. Proponowana przez tego przedsiębiorcę cena była wyższa od ceny proponowanej przez konsorcjum Kombud i KZA; miała uwiarygodnić konkurencyjność przetargu, a jednocześnie zapewnić zwycięstwo konsorcjum. Oferta Bombardier Transportation zawierała dodatkowo błędy rachunkowe, które miały spowodować jej odrzucenie i wykluczenie

[9] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

przedsiębiorcy z przetargu. Potwierdzeniu odrzucenia oferty Bombardier Transportation miało ponadto służyć nieprawidłowe przedłużenie związania ofertą i ważności wadium (nierównocześnie i po upływie stosownego terminu).

Przykład 12 – zmowa wykorzystująca oferty kurtuazyjne

Przykład zastosowania ofert kurtuazyjnych zawiera również decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 listopada 2014 r. nr RGD-21/2014.W sytuacji opisanej w decyzji doszło do uzgodnienia parametrów składanych ofert przez dwie spółki biorące udział w przetargu na zimowe utrzymanie dróg w gminie Kościerzyna. Przedsiębiorcy zaproponowali takie same stawki za usługę w trzech rejonach objętych przetargiem. Po wezwaniu do złożenia ofert dodatkowych jeden z przedsiębiorców obniżył stawkę na rejony 1 i 2, a drugi – na rejon 3. Obniżone stawki także były identyczne. Strony porozumienia złożyły oferty podkładowe, tak by podzielić się zamówieniem i uwiarygodnić wysokość żądanych stawek.

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

Jak wynika z przykładu 11, karteliści niekiedy łączą powyższe techniki zmowy, aby jak najlepiej zabezpieczyć realizację antykonkurencyjnego celu. Co więcej, mogą powstawać nowe warianty ww. mechanizmów. Przykładowo w przetargu ograniczonym członkowie kartelu mogą w pierwszym etapie wzajemnie użyczyć sobie potencjału. Dzięki temu uzyskują maksymalne oceny i zapewniają sobie grupowo awans do drugiego etapu, z którego zostają wyeliminowani niezmawiający się przedsiębiorcy. 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 zmowa nie obejmuje wszystkich potencjalnych uczestników przetargu – czyli także wtedy, gdy poza uczestnikami zmowy na rynku działają „outsiderzy", których nie udaje się lub nie opłaca zaangażować w zmowę. W pierwszym etapie następuje uzgodnienie treści ofert, zwłaszcza cen. „Rozstawianie" ofert polega na tym, że ceny proponowane przez przedsiębiorców są odpowiednio różnicowane, tzn. uczestnicy zmowy składają oferty znacznie różniące się ceną. Jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub dokonaniu wyboru najkorzystniejszej z nich okazuje się, że oferty członków kartelu zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta zwycięska jest „wycofywana"[10]. Jeśli zaś oferty członków kartelu znajdą się na trzech pierwszych miejscach, wycofywane są dwie najkorzystniejsze.

[10] 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 niekorygowania błędów w ofercie, w wyniku czego zostają wykluczeni albo ich oferta jest odrzucana.

Przykład 13 – mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

Prezes UOKiK wykrył stosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert przez uczestników karteli aktywnych w przetargach na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego do wojska. W decyzji z dnia 30 grudnia 2014 r. nr DOK-9/2014 Urząd stwierdził, że w czterech przetargach na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego organizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego i Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie w latach 2011-2012 w kartelu przetargowym uczestniczyły trzy spółki – Agrotur, Marko oraz Zakład Pracy Chronionej Texpol – stosujące mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. Kiedy okazywało się, że oferty przez nie złożone są dwiema lub trzema kolejno najkorzystniejszymi, zwycięzca nie składał wyjaśnień na wezwanie zamawiającego bądź nie dostarczał wymaganych dokumentów z ZUS/KRUS, KRS lub urzędów skarbowych, tak by wygrała oferta odpowiednio druga albo trzecia w kolejności, a więc droższa, mniej korzystna dla zamawiającego. Dodatkowo oferty wszystkich przedsiębiorców wypełniane były podobnym charakterem pisma, a w jednym przypadku złożyła je ta sama osoba. Uzgodnieniom mogły sprzyjać powiązania rodzinne między podmiotami oraz fakt, że spółki świadczyły sobie nawzajem usługi podwykonawstwa i wystawiały referencje.

Przykład 14 – mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert

Podobnie w decyzji z dnia 14 lipca 2015 r. nr DOK-2/2015[11] Urząd stwierdził stosowanie mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert przez firmy Vena Pro i Trawena w pięciu postępowaniach przetargowych na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego organizowanych przez Agencję Mienia Wojskowego i Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie w latach 2010-2012. Mechanizm zmowy stosowany przez przedsiębiorców polegał w szczególności na tym, że gdy ich oferty okazywały się dwiema najkorzystniejszymi, zwycięzca „wycofywał" swoją ofertę przez odmowę podpisania umowy, nieprzedstawienie wszystkich wymaganych dokumentów, odmowę udzielenia wyjaśnień czy przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium, na skutek czego wygrywała oferta druga w kolejności, złożona przez drugiego z kartelistów. W jednym z przypadków doprowadziło to do uznania za najkorzystniejszą oferty droższej od tej „wycofanej" o ponad 7 mln zł (ostatecznie zamawiający nie poniósł takiej straty, ponieważ unieważnił przedmiotowe postępowanie).

Zmowy przetargowe wykorzystują 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, dostawy, podwykonawstwo.

[11] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

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) czy też nie będą uczestniczyć w przetargach albo wygrywać przetargów dotyczących określonych obszarów geograficznych (podział geograficzny) lub określonej kategorii przedmiotu zamówienia (podział przedmiotowy). Podział rynków może także polegać na ustaleniu wielkości udziałów zmawiających się przedsiębiorców w konkretnym rynku i podzieleniu między nich puli przetargów.

Tym samym zmowa przetargowa może stanowić jedno z naruszeń w ramach szerszego kartelu.

Przykład 15 – zmowa przetargowa oparta na podziale rynków

Opis skomplikowanej zmowy, zakładającej jednocześnie ustalanie cen sprzedaży, podział rynków zbytu i podział zamówień przetargowych dotyczących produktów chemicznych stosowanych w górnictwie węgla kamiennego, można w polskim orzecznictwie znaleźć w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 16 grudnia 2013 r. nr RKT-46/2013[12]*. Spółki Minova Ekochem, A.Weber i Schaum Chemie Mikołów, producenci specjalistycznych produktów używanych w górnictwie węgla kamiennego, w latach 2005-2010 wspólnie ustalały nie tylko ceny kleju poliuretanowego oraz pian fenolowych i mocznikowych, lecz także przypadający każdej z nich procentowy udział w rynku w podziale na poszczególne grupy środków chemicznych. Ponadto zmowa odnosiła się do warunków ofert składanych w przetargach organizowanych przez spółki węglowe na dostawę produktów chemicznych. Ustalenia kartelu zapadały podczas spotkań członków zarządu oraz osób kierujących marketingiem i sprzedażą; spotkania odbywały się po ogłoszeniu przetargów przez spółki węglowe. W trakcie rozmów uczestnicy zmowy ustalali, która spółka uzyska dane zamówienie, oraz ceny, jakie zaoferują. Ustalanie zwycięzców poszczególnych przetargów miało na celu zachowanie przez przedsiębiorców ich dotychczasowych udziałów rynkowych. Przedsiębiorca wytypowany na zwycięzcę składał najtańszą ofertę, a pozostali składali jedynie oferty podkładkowe, zawierające wyższe ceny, bądź w ogóle nie ubiegali się o kontrakt z daną kopalnią. Wynikające z kartelu stawki za kleje i pianki były na tyle wysokie, że zmawiający się przedsiębiorcy nie przeprowadzali nawet kalkulacji ani nie musieli brać pod uwagę wysokości cen surowców. W konsekwencji w pierwszych przetargach organizowanych przez Kompanię Węglową, które nie były objęte ustaleniami kartelu, ceny oferowane przez przedsiębiorców spadły o około połowę.*

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 ogłaszane przetargi na zmianę, czyli rotacyjnie. O występowaniu tego mechanizmu świadczyć może istnienie grupy przedsiębiorców zwyciężających w podobnych przetargach w przewidywalnej kolejności. Symptomy systemowych ustaleń co do rotacji najkorzystniejszych ofert w kolejnych przetargach można odnaleźć w zmowie przedsiębiorców w przetargach na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego do wojska – stwierdzonej w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK-2/2015[13], opisanej w przykładzie 14.

3.2. 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, a w szczególności –

[12] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).
[13] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

przedsiębiorców wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej[14]. Jednakże, kierując się wypracowaną w unijnym i przyjętą w polskim orzecznictwie **koncepcją „jednego organizmu gospodarczego"** (ang. *single economic unit*), organ antymonopolowy w większości sygnalizowanych spraw nie mógł podjąć działań przewidzianych w ustawie okik. W myśl unijnych i polskich przepisów prawa konkurencji do stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję konieczne jest bowiem udowodnienie dokonania uzgodnień między co najmniej dwoma niezależnymi przedsiębiorcami. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem[15] podmioty odrębne z prawnego punktu widzenia (np. dwie spółki) – przy spełnieniu określonych przesłanek – mogą w pewnych warunkach zostać uznane za jeden organizm gospodarczy, co skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia zawarcia przez nie porozumienia ograniczającego konkurencję. Struktura organizacyjna tego rodzaju może się składać z szeregu formalnie odrębnych podmiotów, jeżeli wskutek powiązań kapitałowych, osobowych czy organizacyjnych w praktyce rynkowej wspólnie realizują one tożsamy cel gospodarczy i zachowują się jednolicie, tak że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie rolę konkurentów. Istnienie powiązań kapitałowych i faktycznych między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej, które skutkują brakiem rzeczywistej swobody określania postępowania przedsiębiorcy na rynku, powoduje więc, że mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym[16]. W konsekwencji przyjmuje się, iż wymiana informacji np. o cenach i warunkach ofert składanych w przetargu przez powiązanych przedsiębiorców stanowiących jeden organizm gospodarczy nie może zostać uznana za zmowę przetargową[17].

Jednocześnie warto podkreślić, że powiązania kapitałowe między przedsiębiorcami mogą same w sobie nie przesądzać o istnieniu jednego organizmu gospodarczego. Należy też zaznaczyć, iż zwłaszcza w sytuacji, gdy oprócz powiązanych przedsiębiorców uczestnikiem zmowy są także inni, niepowiązani oferenci, nie ma przeszkód do stawiania zarzutu zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia[18].

Niezależnie od powyższego trzeba stwierdzić, że do niedawna możliwość składania odrębnych ofert w tym samym postępowaniu pozwalała przedsiębiorcom powiązanym (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Ścisłe powiązania między takimi przedsiębiorcami ułatwiają bowiem wymianę informacji o cenach czy innych warunkach udziału w przetargu. Opisana praktyka skutkowała wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu konkurencji – rywalizacja między powiązanymi uczestnikami przetargu stawała się pozorna oraz umożliwiała uzyskanie zamówienia na korzystniejszych dla wykonawców warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji.

Z tego względu w nowelizacji przepisów dotyczących zamówień publicznych podjęto próbę rozwiązania omawianego problemu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, dalej jako „pzp") z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należą do tej samej grupy kapitałowej (w rozumieniu ustawy okik) i złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu – chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym to na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar

[14] Zgodnie z legalną definicją, zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy okik, jako grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

[15] 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-34/2007; 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/2009; 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.

[16] Zob. G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2009, s. 130-133 i 154-155.

[17] 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, nr 4(1), s. 44–56, http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/04/pdf/44.pdf

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

dowodu, że powiązania między nimi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co dodatkowo prowadzi do istnienia po ich stronie obowiązku złożenia stosownych wyjaśnień i dokumentów.

Złożenie więcej niż jednej oferty, faktyczne podwójne uczestnictwo, podwykonawstwo

Na gruncie art. 82 ust. 1 pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Przepis ten dotyczy zarówno wykonawcy składającego ofertę samodzielnie, jak i czyniącego to w ramach konsorcjum przetargowego (regulowanego przez art. 23 pzp, zob. niżej). Możliwość złożenia tylko jednej oferty daje każdemu wykonawcy na starcie procedury równe szanse na wygranie danego przetargu i zapobiega sztucznej przewadze wykonawców składających więcej niż jedną ofertę. Podmiot, który złożył dwie oferty, mógłby bowiem w sposób antykonkurencyjny manipulować wynikami przetargu, zwłaszcza przez wycofanie oferty najkorzystniejszej w przypadku, gdy dwa najwyższe miejsca w rankingu zajmą jego oferty. Niezależnie od obowiązku odrzucenia podwójnych ofert na gruncie art. 89 ust. 1 pzp, złożenie przez jeden podmiot samodzielnej oferty jako wykonawca i oferty jako członek konsorcjum mogłoby stanowić również symptom zmowy zawartej przez tego wykonawcę i pozostałych członków konsorcjum.

Problematyczna z punktu widzenia zarówno prawa konkurencji, jak i prawa zamówień publicznych może być też sytuacja, w której jeden podmiot składa ofertę samodzielnie jako wykonawca oraz występuje jako podwykonawca innego wykonawcy, będąc obowiązanym jako kompleksowy podwykonawca do realizacji przeważającej części, czy niemal całego zamówienia. Prawo zamówień publicznych dopuszcza podwykonawstwo w zamówieniach, nie zakazuje również podwykonawstwa między oferentami. Co do zasady takiej współpracy nie sprzeciwia się również ustawa okik. Niemniej gdy zakres podwykonawstwa i całokształt okoliczności mających prowadzić do zawarcia umowy podwykonawstwa (w szczególności wpływ podwykonawcy na opracowanie oferty wykonawcy) świadczą o tym, że podwykonawstwo jednego z uczestników przetargu w stosunku do innego ma służyć faktycznemu podwójnemu uczestnictwu podwykonawcy w postępowaniu, co potencjalnie zakłóca konkurencję, takie porozumienie pomiędzy tymi uczestnikami przetargu może zostać uznane za zakazaną zmowę przetargową. Niezależnie od powyższego oferty takich wykonawców mogą zostać odrzucone na gruncie art. 89 ust. 1 pzp.

Problemy pojawić się mogą również w sytuacji takiej, jak opisana w przykładzie 7, gdy niezależne podmioty prowadzą rozmowy nt. podwykonawstwa lub utworzeniu konsorcjum w celu przystąpienia do przetargu, a następnie z jakichś przyczyn rezygnują z tych form współpracy i postanawiają złożyć w postępowaniu przetargowym odrębne oferty. Jeśli w trakcie prowadzonych rozmów dojdzie do wymiany informacji wrażliwych, np. dotyczących kosztów, cen lub sposobu przygotowania oferty, to takie zachowanie, w połączeniu z faktem późniejszego złożenia przez tych przedsiębiorców odrębnych, pozornie niezależnych ofert, może zostać uznane za porozumienie ograniczające konkurencję.

Przykład 16 – zmowa przetargowa wykonawcy i podwykonawcy

Zmowa między wykonawcą a jego podwykonawcą i zarazem wykonawcą uczestniczącym w przetargu była przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2014 r. nr DOK-11/2014[19]. W tej sprawie UOKiK stwierdził zawarcie przez dwóch przedsiębiorców – Thales Polska i Qumak – zmowy w przetargu na modernizację linii kolejowej Warszawa-Okęcie-Radom, organizowanym przez PKP Polskie Linie Kolejowe.

[19] Decyzja nie jest prawomocna (stan prawny na 01.07.2017 r.).

Spółka Thales złożyła ofertę jako uczestnik konsorcjum, a ponadto miała być kompleksowym podwykonawcą swojego konkurenta – spółki Qumak. Oferta firmy Qumak została przygotowana przez Thales, co umożliwiło tej pierwszej wzięcie udziału w przetargu. Ponadto spółka Qumak wiedziała, iż Thales również startuje w przetargu jako członek konsorcjum. Należy podkreślić, że UOKiK nie kwestionował co do zasady możliwości zawierania umów o podwykonawstwo między uczestnikami. Jednak w tym przypadku współpraca była tak daleko posunięta, że miała skutek tożsamy z tym, jak gdyby doszło do faktycznego dwukrotnego złożenia przez Thales oferty w ramach przetargu (raz jako członka konsorcjum, drugi raz jako kompleksowego podwykonawcy). W razie wygrania przetargu przez spółkę Qumak niemal całość zamówienia wykonałby w rzeczywistości Thales, a rola zwycięzcy ograniczyłaby się do działań organizacyjnych. Według Urzędu działania podjęte przez przedsiębiorców zmierzały do zakłócenia konkurencji w przetargu, nieuczciwie wzmacniały pozycję spółki Thales i dublowały jej szanse na realizację zamówienia. Udział spółki Qumak okazał się jedynie pozorny – był to instrument umożliwiający dwukrotne złożenie oferty przez Thales.

Współpraca w ramach konsorcjum przetargowego

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

Prokonkurencyjne skutki powstania konsorcjum pojawiają się w sytuacji, gdy dzięki jego powołaniu grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Wtedy porozumienie jest niezbędne do zaistnienia oferty przedsiębiorców biorących udział w konsorcjum na określonym rynku. Sytuacja taka będzie szczególnie korzystna, jeśli pozwoli grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, dotychczas niepoddawanymi presji konkurencyjnej.

Drugą przykładową korzyścią jest połączenie komplementarnych aktywów. Zadanie stawiane konsorcjum może bowiem wymagać różnorodnych zasobów i kompetencji, których w całości nie ma żaden z uczestników. W takiej sytuacji, nawet jeśli – hipotetycznie – każdy uczestnik dysponowałby środkami finansowymi pozwalającymi na wykonanie zadania (przy założeniu, że brakujące środki techniczne i know-how mógłby zakupić lub wynająć), połączenie sił miałoby szansę doprowadzić do wykonania zadania po koszcie niższym niż ten, który zostałby poniesiony przez danego uczestnika wykonującego zadanie samodzielnie. Obniżka kosztów byłaby tym większa, im bardziej komplementarne zasoby oraz im większe koszty uzyskania brakujących zasobów na rynku. Utworzenie konsorcjum mogłoby ponadto zwiększyć innowacyjność wykonania zamówienia. A zatem nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję między jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów wynikające z porozumienia – obniżenie kosztów czy poprawa jakości – co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją.

Zasadnicze niebezpieczeństwo dotyczące konsorcjów sprowadza się do ograniczenia rywalizacji między przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. Jeżeli zatem konsorcjum powołano bez żadnego obiektywnego uzasadnienia,

a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie i mieć realną szansę na zwycięstwo w przetargu, działanie takie może stanowić zakazane **porozumienie ograniczające konkurencję**. Ryzyko znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział uczestników konsorcjum w rynku.

Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek jest tym silniejszy, im mniejsze prawdopodobieństwo, że uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie, a także im większa komplementarność między posiadanymi przez nich zasobami oraz im wyższy koszt uzyskania tych zasobów od podmiotów trzecich. Konsorcjum zaś utworzone przez największych uczestników konkretnego rynku realizujących zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, można by więc uznać w okolicznościach danej sprawy za prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji[20].

Przykład 17 – antykonkurencyjne konsorcjum przetargowe

Opisane powyżej podejście do oceny tworzenia konsorcjów przetargowych zostało przyjęte w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012[21], 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.

3.3. Zmowy pionowe

Jak już wspomniano, 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 zmowy przetargowe, omówione w podrozdziale 3.1 oraz 3.2, lecz także zmowy pionowe – zawierane między zamawiającym a wykonawcą (wykonawcami). Zmowy takie, podobnie jak zmowy horyzontalne, zaliczono do grupy naruszeń najbardziej szkodliwych dla konkurencji, które nie korzystają z wyłączenia spod zakazu na podstawie kryterium bagatelności porozumienia.

Skutkiem zmowy pionowej jest przyznanie przez zamawiającego szczególnie korzystnych warunków jednemu uczestnikowi lub grupie uczestników przetargu, co ma zapewnić im zwycięstwo. Może również dochodzić do ujawnienia jednemu z wykonawców lub grupie wykonawców szczegółów SIWZ przed jego opublikowaniem albo do wcześniejszego ujawnienia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Także ujawnienie tożsamości innych podmiotów wyrażających zainteresowanie udziałem w przetargu lub szczegółów złożonych ofert przed ich oficjalnym otwarciem może mieć antykonkurencyjny charakter. Antykonkurencyjne porozumienia na linii zamawiający-wykonawca mogą mieć podłoże korupcyjne, lecz z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji wystąpienie korupcji nie wpływa na ocenę naruszenia.

[20] Szerzej na temat antymonopolowej analizy konsorcjów: A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa…*, op. cit.

[21] Decyzja prawomocna. Sąd Apelacyjny w Warszawie potwierdził słuszność rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK, że zawarcie konsorcjum w ramach przetargu, w sytuacji w której każdy z konsorcjantów mógł samodzielnie złożyć ofertę, wypełnia znamiona z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2016 r., sygn. akt VI ACa 651/15).

3.4. Indywidualne wyłączenia spod zakazu

Nawet jeśli porozumienie narusza art. 6 ustawy okik, w niektórych przypadkach jego uczestnicy mogą skorzystać z wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Jednak w takiej sytuacji to na uczestnikach 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 lub do postępu technicznego lub gospodarczego. Poza tym oferenci powinni udowodnić, 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.

4. Zmowa – i co dalej?

4.1. Postępowanie administracyjne

Uzgadnianie składanych ofert przez uczestników przetargu bądź zmawianie 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 obszarze jest prowadzenie postępowań administracyjnych. Ustawa antymonopolowa przewiduje dwa ich rodzaje.

Po pierwsze, Prezes UOKiK może prowadzić **postępowanie wyjaśniające**. Wszczyna się je z urzędu, w szczególności w celu wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy okik uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego. Postępowanie wyjaśniające toczy się „w sprawie", co oznacza, że nie jest skierowane przeciwko konkretnym przedsiębiorcom, a jedynie ma na celu zbadanie sytuacji na określonym rynku. Powinno się ono zakończyć w ciągu 4 miesięcy, a w sprawach szczególnie skomplikowanych – w ciągu 5 miesięcy od dnia wszczęcia.

Po drugie, Prezes UOKiK może prowadzić **postępowanie antymonopolowe** w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, również wszczynane z urzędu. Postępowanie antymonopolowe jest prowadzone przeciwko konkretnemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom, wobec których UOKiK formułuje konkretne zarzuty wraz z uzasadnieniem. Takie postępowanie powinno się zakończyć przed upływem 5 miesięcy od daty wszczęcia.

Co ważne, 18 stycznia 2015 r., w związku z wejściem w życie nowelizacji przepisów antymonopolowych (na mocy Ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego [Dz.U. z 2014 r., poz. 945]), nastąpiło wydłużenie **okresu przedawnienia ścigania praktyk ograniczających konkurencję** z roku do **5 lat**. Tym samym nie wszczyna się postępowania antymonopolowego w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynęło 5 lat. Jeśli zatem przedsiębiorca we wrześniu 2015 r. zaprzestał stosowania bezprawnej praktyki, UOKiK ma prawo wszcząć postępowanie antymonopolowe do końca 2020 r. Pozwoli to Urzędowi na skuteczniejszą walkę ze zmowami przetargowymi – da możliwość zbadania większej liczby przetargów, które budzą wątpliwości pod kątem ochrony konkurencji. Wydłużenie okresu przedawnienia może również zniechęcać przedsiębiorców do zawierania zmów. Do zmów przetargowych zakończonych przed 18 stycznia 2015 r. zastosowanie ma roczny termin przedawnienia.

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, wydaną na wniosek Prezesa UOKiK, pracownicy UOKiK mogą samodzielnie bądź we współpracy z policją przeszukać pomieszczenia przedsiębiorcy,

- za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wydaną na wniosek Prezesa UOKiK, funkcjonariusze Policji mogą dokonać przeszukania lokali prywatnych, mieszkań, czy samochodów.

Za nieudzielenie żądanych informacji, czy uniemożliwianie lub utrudnianie rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli lub przeszukania na przedsiębiorcę może zostać nałożona kara sięgająca 50 mln euro. Natomiast pracownicy przedsiębiorcy w zakresie naruszeń związanych z kontrolą i przeszukaniem mogą zostać ukarani sankcjami finansowymi w wysokości do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia.

Kiedy Prezes UOKiK stwierdzi naruszenie zakazu zmów przetargowych, wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, przy czym jeśli przedsiębiorcy nie zaprzestali tej praktyki do czasu wydania decyzji, Urząd nakazuje jej zaniechanie. W takiej decyzji UOKiK może też nakazać przedsiębiorcom określone zachowanie w celu zaniechania praktyki czy usunięcia jej skutków.

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

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

4.2. Kary finansowe

Uznanie, że przedsiębiorca naruszył prawo konkurencji przez zawarcie zmowy przetargowej, może pociągać za sobą nałożenie dotkliwej kary finansowej. Jej maksymalna wysokość została w ustawie antymonopolowej ustalona na **10% obrotu przedsiębiorcy** osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

W grudniu 2015 r. UOKiK wydał *Wyjaśnienia dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję*. Nie mają one charakteru prawnie wiążącego, jednak ich przyjęcie i ogłoszenie oznacza, że należy się spodziewać, iż Prezes UOKiK będzie je uwzględniał przy określaniu wysokości kar nakładanych na przedsiębiorców. Wyjaśnienia są stosowane od 1 stycznia 2016 r.

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 najbardziej szkodliwych, a więc **bardzo poważnych** naruszeń konkurencji, w związku z czym wysokość kwoty bazowej ustala się na poziomie nie mniejszym niż 1% i nie większym niż 3% rocznego obrotu przedsiębiorcy[22]. Kwota bazowa kary, w zależności od konkretnego przypadku naruszenia prawa antymonopolowego, może zostać następnie zwiększona bądź zmniejszona.

Surowiej karane są zmowy przetargowe dotyczące produktów istotnych dla szczególnie wrażliwych

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

odbiorców albo dla określonych sektorów gospodarki. Poza tym Urząd ustala wyższe kary, jeżeli przekroczenie prawa przez przedsiębiorcę przyniosło skutki negatywne dla uczestników rynku. Surowsza kara dotknie również tych, których nielegalne porozumienie było długotrwałe.

Ponadto z zaostrzeniem sankcji muszą liczyć się ci uczestnicy zmowy przetargowej, którzy:

- byli liderami bądź inicjatorami porozumienia lub nakłaniali innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu,
- przymuszali, wywierali presję lub stosowali środki odwetowe w stosunku do innych przedsiębiorców,
- już wcześniej dokonali podobnego naruszenia, np. dopuścili się zawarcia zmowy przetargowej,
- zawarli zmowę przetargową w sposób umyślny.

Najwyższa kara nałożona do tej pory przez Prezesa UOKiK na uczestników antykonkurencyjnego porozumienia wyniosła łącznie ponad 411 mln zł[23] – tak wysokie kary nałożono na członków kartelu cementowego, opisanego w przykładzie 2. Z kolei najwyższa kara finansowa nałożona dotychczas na uczestników zmowy przetargowej wyniosła łącznie ponad 18 mln zł (por. przykład 15, dotyczący zmowy przedsiębiorców dotyczącej przetargów organizowanych przez spółki węglowe na dostawę produktów chemicznych stosowanych w górnictwie węgla kamiennego).

4.3. *Leniency* i dobrowolne poddanie się karze: jak uniknąć kary lub zmniejszyć jej wymiar?

Zmowy przetargowe, podobnie jak zdecydowana większość porozumień ograniczających konkurencję, mają na ogół charakter niejawny. Przeważnie są zawiązywane podczas poufnych rozmów, a ich uczestnicy, jak już wyjaśniono, wystrzegają się pozostawiania śladów – np. umów na papierze. Stąd trudność w wykrywaniu zmów. 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.

W Polsce program *leniency* funkcjonuje od 1 maja 2004 r. Jego podstawę prawną stanowi ustawa antymonopolowa. Zgodnie z nią na całkowite **odstąpienie od kary** może liczyć przedsiębiorca[24], który:

- jako pierwszy z uczestników zmowy złoży wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej,
- dostarczy dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub przedstawi dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, albo też przedstawi informacje umożliwiające UOKiK uzyskanie takich dowodów, pod warunkiem że UOKiK jeszcze tych dowodów lub informacji nie posiada,

[23] W wyniku odwołania Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów obniżył łączną wysokość kar dla uczestników tej zmowy do ponad 339 mln zł (wyrok SOKiK z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt: XVII AmA 173/10).
[24] Wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej za udział w zmowie przetargowej nie może złożyć osoba zarządzająca.

- nie nakłaniał innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu,
- nie ujawniał zamiaru złożenia wniosku,
- będzie w pełni współpracować z UOKiK,
- zaprzestanie udziału w porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku *leniency*.

Jeśli przedsiębiorca nie spełnia wszystkich tych warunków, może ubiegać się o **obniżenie sankcji finansowej** (o maksymalnie 50%, 30% lub 20%, w zależności od kolejności złożenia wniosku), pod warunkiem że:

- złoży wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej,
- przedstawi dowód mający istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy, którego UOKiK nie posiadał,
- nie ujawniał zamiaru złożenia wniosku,
- będzie w pełni współpracować z UOKiK,
- zaprzestanie udziału w porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku *leniency*.

Uczestnik zmowy, który chce wziąć udział w programie łagodzenia kar, powinien więc złożyć formalny wniosek. Wniosek można złożyć:

osobiście

pisemnie albo ustnie w Centrali lub Delegaturze Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

pocztą

Departament Ochrony Konkurencji UOKiK, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa

faksem

22 826 10 33

e-mailem

leniency@uokik.gov.pl

W przypadku składania wniosku bez podpisu elektronicznego za pośrednictwem poczty elektronicznej albo za pomocą faksu oryginał należy dostarczyć do UOKiK w ciągu 5 dni roboczych.

Ponadto od 18 stycznia 2015 r. funkcjonuje w Polsce program **leniency plus**. Dotyczy on przedsiębiorcy już objętego programem *leniency*, który to przedsiębiorca w toczącym się postępowaniu spełnia warunki do zastosowania wobec niego obniżenia kary pieniężnej. Takiemu przedsiębiorcy może zostać przyznana dodatkowa obniżka (o 30%) kary w tym postępowaniu, jeżeli jako pierwszy złoży wniosek *leniency* dotyczący innego porozumienia (nowa sprawa administracyjna).

Dodatkowe informacje o programie *leniency* można uzyskać przez infolinię: 22 55 60 555. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców zawierają *Wyjaśnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar (tryb składania i postępowania z wnioskami o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej – „wnioskami leniency")* (2017.05.26) – dostępne na stronie http://konkurencja.uokik.gov.pl/program-lagodzenia-kar/.

Więcej o programie łagodzenia kar: art. 113a-113k ustawy antymonopolowej. Por. też *Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie* (Dz.U. z 2015 r. poz. 81).

Od 18 stycznia 2015 r. przedsiębiorcy mogą liczyć również na dodatkową obniżkę grożącej im kary w przypadku skorzystania z nowej **procedury dobrowolnego poddania się karze** w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję (ang. *settlements*). Przyjęcie takiego rozwiązania oznacza obniżenie grożącej kary pieniężnej o 10%. W ten sposób praktyka ograniczająca konkurencję może zostać szybciej wyeliminowana z rynku z korzyścią dla wszystkich jego uczestników.

Więcej o dobrowolnym poddaniu się karze: art. 89a ustawy antymonopolowej. Por. też *Wyjaśnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej* – dostępne na stronie http://konkurencja.uokik.gov.pl/program-lagodzenia-kar/

5. Jak walczyć ze zmowami w przetargach?

W przypadku organizowania przetargu nigdy nie ma stuprocentowej gwarancji, że firmy biorące w nim udział będą uczciwie rywalizować. Jednak dzięki podjęciu określonych kroków i zwróceniu uwagi na pewne fakty można ograniczyć ryzyko zmowy przetargowej. Warto to czynić na każdym etapie: przed rozpisaniem przetargu, w trakcie opracowywania jego warunków oraz już po wyłonieniu zwycięzcy[25].

5.1. Przygotowanie do postępowania przetargowego

Wykonawcy dobrze znają rynek, na którym działają. Aby skutecznie zapobiegać zmowom przetargowym, zamawiający także musi dokonać rozpoznania rynku. W szczególności powinien:

- zidentyfikować dostępne rodzaje produktów i cechy produktów istotne z punktu widzenia zamawiającego,
- sprawdzić firmy – potencjalnych wykonawców zamówienia,
- poznać zakres cen obowiązujących w danym momencie na własnym rynku i rynkach sąsiednich.

Ponadto do dobrych praktyk zamawiającego należą:

- gromadzenie i okresowe (porównawcze) analizowanie danych o przebiegu i wynikach przetargów,
- organizacja szkoleń z zakresu zapobiegania i wykrywania zmów przetargowych dla pracowników prowadzących postępowania.

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 zmowom, zapewniania konkurencji w postępowaniu i osiągnięcia korzystnego wyniku przetargu. Oto najważniejsze zalecenia dla zamawiających:

- nie należy określać zbyt wygórowanych i nieuzasadnionych warunków dopuszczenia do przetargu (przykładowo w zakresie wielkości obrotów przedsiębiorcy), tak by umożliwić udział w przetargu jak największej liczbie przedsiębiorców,
- trzeba możliwie szeroko określać przedmiot zamówienia, unikając jego nadmiernie drobiazgowego opisu – tak by do przetargu mogło przystąpić jak najwięcej oferentów,
- jeśli to możliwe i uzasadnione, powinno się stosować dodatkowe kryteria poza najniższą ceną; może to z jednej strony pozwolić na skuteczne konkurowanie za pomocą innych parametrów (np. jakościowych) większej liczbie przedsiębiorców, z drugiej zaś – zapobiec łatwej koordynacji i zmowie,

[25] Więcej informacji na temat metod zapobiegania zmowom przetargowym i ich wykrywania można znaleźć w broszurze OECD *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, luty 2009, http://www.oecd.org/competition/cartels/42945908.pdf

- potrzeby zamawiającego muszą być opisane przejrzyście, w sposób niebudzący wątpliwości – niejasno sprecyzowany przedmiot zamówienia może zniechęcić potencjalnych wykonawców,

- przetarg należy ogłaszać możliwie szeroko i za pomocą różnych środków komunikacji; warto też aktywnie starać się o pozyskanie oferentów i nie ograniczać się do umieszczenia ogłoszenia w oficjalnym publikatorze,

- powinno się żądać od oferentów – i to na jak najwcześniejszym etapie – podawania danych o wszystkich ewentualnych podwykonawcach,

- trzeba dać wykonawcom odpowiednio dużo czasu na przygotowanie oferty i dokumentacji,

- o ile to możliwe, warto dzielić zamówienie na części, jeśli pozwoli to na udział większej liczby wykonawców; dobrze jest jednak unikać dzielenia zamówienia na części zbliżone pod względem wielkości, aby nie ułatwiać zmowy co do podziału rynku,

- jeśli to możliwe, należy unikać organizowania wspólnych spotkań z wykonawcami, aby nie dawać im okazji do komunikowania się; wątpliwości związane z warunkami przetargu trzeba wyjaśniać z każdym zainteresowanym indywidualnie.

5.3. Jak wykryć zmowę przetargową?

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

a. Symptomy zmowy występujące w treści ofert[26]:

- identyczne oferty, jednakowe niektóre parametry w ofertach,

- nieuzasadnione parametry w ofertach[27],

- 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, „pozorne" (napisane jakby niestarannie lub bez rzeczywistej intencji wzięcia udziału w przetargu i wygrania go) dokumenty złożone przez niektórych wykonawców i wyraźnie dokładniejsza, rzetelna oferta wykonawcy typowanego na zwycięzcę przetargu,

[26] Za: *Wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu zmowy przetargowej*, http://konkurencja.uokik.gov.pl/zglos-zmowe-przetargowa/.
[27] Na przykład: te same koszty transportu oferowane przez lokalnego wykonawcę i wykonawcę, którego siedziba jest oddalona.

- jeśli w przetargu bierze udział przedsiębiorca spoza grupy wykonawców, których dotyczy podejrzenie, porównanie jego oferty z innymi ofertami ujawnia ich anomalie lub zbieżności czy występujące w nich błędy.

b. Symptomy zmowy 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, układ graficzny ofert lub pism,
- ten sam numer telefonu, faksu nadawcy lub adres do korespondencji podany w ofertach lub pismach,
- 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, których dotyczy podejrzenie

- więzy rodzinne,
- powiązania kapitałowe,
- powiązania gospodarcze[28],
- często zawierane wzajemne umowy, np. o podwykonawstwo,
- powiązania organizacyjne[29],
- powiązania osobowe,
- powiązania towarzyskie.

d. Informacje na temat zachowania przedsiębiorców, których dotyczy podejrzenie:

- ustne bądź pisemne informacje pochodzące od przedsiębiorców sugerujące, iż zawarli oni niedozwolone porozumienie[30],

[28] Na przykład: prowadzenie wspólnych projektów, zależności finansowe.
[29] Na przykład: prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem, korzystanie z jednej skrzynki elektronicznej, strony internetowej czy numeru telefonu.
[30] 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.

- 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 jednocześnie lub w zbliżonym czasie przez kilku wykonawców,
- złożenie ofert innych wykonawców przez określonego wykonawcę,
- wypełnienie ofert wykonawców przez tę samą osobę, np. pracownika jednego z przedsiębiorców,
- nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła najkorzystniejszą ofertę[31], 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 przetargu[32],
- stawienie się na otwarciu ofert tylko jednego z wykonawców, który następnie informuje pozostałych o przebiegu czynności,
- oferta konsorcjum złożona przez przedsiębiorców, którzy mają wystarczający potencjał, by wziąć udział w przetargu samodzielnie.

e. Porównanie zachowania przedsiębiorców, których dotyczy podejrzenie, 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 najkorzystniejszych ofert przez określonych wykonawców, mimo że regularnie uczestniczą oni w przetargach,
- inne zależności, schematy, wzory w składaniu najkorzystniejszej oferty w grupie określonych przedsiębiorców,
- niezłożenie ofert przez „stałych wykonawców", po których można było się spodziewać uczestnictwa w przetargu,
- oferty określonych firm w danym przetargu są znacznie mniej korzystne niż ich oferty w innych przetargach, lub ich oferty cennikowe,

[31] Na przykład: poprzez nieuzupełnienie oferty w terminie lub wycofanie oferty.
[32] Na przykład: brak zainteresowania wynikiem ze względu na „symbolicznie" składaną ofertę lub traktowanie przetargu jako już wygranego.

- złożenie przez „znanego” wykonawcę oferty znacznie korzystniejszej cenowo od jego wcześniejszych ofert, gdy ofertę złoży nowy wykonawca, nieuczestniczący lub rzadko uczestniczący w poprzednich przetargach.

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

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

Niekiedy uczestnicy przetargu wchodzą w zmowę, mimo że organizator zachował wszelkie środki ostrożności. W przypadku podejrzenia, że tak jest, należy:

- starannie dokumentować wszelkie istotne informacje (np. dotyczące zachowania przedsiębiorców),
- powstrzymać się od przedstawiania swoich wątpliwości uczestnikom przetargu podejrzewanym o zmowę,
- rozważyć, czy procedura przetargowa powinna być kontynuowana,
- skontaktować się z UOKiK lub złożyć pisemne zawiadomienie,
- ograniczyć krąg osób wiedzących o kontaktach z UOKiK w ramach własnej organizacji.

Zawiadomienie do Urzędu może zawierać w szczególności:

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

W celu ułatwienia składania zawiadomień w przypadku podejrzenia o zmowę przetargową UOKiK przygotował wzorzec takiego zawiadomienia, który jest dostępny na stronie internetowej Urzędu:

http://konkurencja.uokik.gov.pl/zglos-zmowe-przetargowa/

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 antykonkurencyjnych porozumień, niebędących zmowami 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 lub zastrzega wyłączność terytorialną konkretnych dystrybutorów – każdy przypadek tego typu również powinien zostać zgłoszony do UOKiK, jako instytucji kompetentnej w sprawach oceny wpływu takich porozumień na konkurencję.

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

Notatki

Notatki

www.uokik.gov.pl