

Rozdział I. Konkurencja w Prawie zamówień publicznych

§ 1. Zasada uczciwej konkurencji w Prawie zamówień publicznych

Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných (podstawowych) zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z jej treścią, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców¹. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy zatem do zamawiającego. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić jej przestrzeganie przy przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia publicznego oraz opis warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi być zgodny z wyartykułowaną w art. 7 ust. 1 PrZamPubl zasadą uczciwej konkurencji. Na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania².

Przed dokonaniem szczegółowej wykładni zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy wskazać, iż zasada ta jest stosunkowo często powoływana w postępowaniach odwoławczych, jako zarzut odwołania. Jednak pomimo znaczenia i roli, jaką pełni w zamówieniach publicznych, nie może stanowić samodzielnej podstawy do wnoszenia środków prawnych. Artykuł 7 ust. 1 PrZamPubl zawsze winien odnosić się do czynności lub zanie-

¹ Art. 7 ust. 1 PrZamPubl.

² Uchw. z 6.2.2012 r., KIO/KD 14/12, Legalis. Na temat ochrony konkurencji w zamówieniach publicznych zob. *W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.

chań wynikających z ustawy³. Wykonawca wnoszący odwołanie jest tym samym zobligowany do uściślenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez powiązanie jej z konkretnym przepisem ustawy. Powyższe ma istotne znaczenie przy kwestionowaniu przez odwołujących określonych zachowań zamawiającego. W sytuacji zaskarżenia czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż jej złożenie stanowi, w ocenie odwołującego, czyn nieuczciwej konkurencji podstawą zarzutu, oprócz art. 7 ust. 1 PrZamPubl powinien być również art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ZwalNKonU.

Ustawodawca zadecydował o powiązaniu zasady uczciwej konkurencji z zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza obowiązek równego (takiego samego) traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony dostęp (równy) do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zarówno faworyzować, jak i uniemożliwiać, czy utrudniać udziału w postępowaniu niektórym wykonawców⁴, gdyż stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Zasada równości polega m.in. na równym dostępie wszystkich uczestników do wszelkich informacji dotyczących przetargu. W poglądach doktryny przyjmuje się, za niedopuszczalne jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami postępowania, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywistą manipulację przebiegiem postępowania przetargowego. (...)”⁵. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne może mieć miejsce przy:

- 1) opisie przedmiotu zamówienia publicznego;
- 2) opisie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ustalaniu kryteriów oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia publicznego jest dokumentem, który jest wiążący dla zamawiającego, od chwili jej udostępnienia. Dla za-

³ Wyr. KIO z 18.1.2011 r., KIO 2816/10, Legalis.

⁴ W wyr. z 17.3.2008 r. KIO/UZP 193/08, KIO uznała, że trudno stwierdzić naruszenie zasady równości przy błędnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 PrZamPubl. Na temat zasady uczciwej konkurencji zob. P. Szustakiewicz, *Zasady zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135; *tenże*, *Poszanowanie uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*. Prawo i Środowisko 2004, Nr 4, s. 92–100; *tenże*, *System środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*. Prawo i Środowisko 2007, Nr 3, s. 67–75; *tenże*, *Uczciwa konkurencja w zamówieniach publicznych*. Prawo i Środowisko 2006, Nr 2, s. 84–94.

⁵ Wyr. KIO z 2.7.2012 r., 1287/12, www.uzp.gov.pl.

mawiającego oznacza to obowiązek postępowania w sposób w niej określony. Jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu KC. Tym samym udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Dlatego też jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków postępowania, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców⁶.

Artykuł 29 ust. 1 PrZamPubl stanowi, że zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję⁷. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oznacza, po pierwsze, obowiązek opisu przedmiotu zamówienia i jego cech w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Po drugie, opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub „równoważny”⁸. W szczególności zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby spełniał je tylko jeden dostępny na rynku produkt. Takie działanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców⁹.

⁶ Tak wyr. KIO z 28.5.2010 r., KIO 868/10. Obiektywne potrzeby zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia publicznego akcentuje M. Wiczorek, Zachowanie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia w orzecznictwie, Zam.Publ.Dor. 2012, Nr 9, s. 18 i n.

⁷ Art. 29 ust. 2 PrZamPubl.

⁸ Szeroko na ten temat zob. M. Sieradzka, Opis przedmiotu zamówienia publicznego przez wskazanie na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie a kwestie równoważności oferty, PUG 2012, Nr 10.

⁹ Tak zob. E. Norek, Prawo zamówień publicznych, s. 57.

Warto wskazać, że do naruszenia art. 29 ust. 2 PrZamPubl może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji¹⁰. Sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz może potencjalnie negatywnie wpłynąć na konkurencję na rynku. Dla postawienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 PrZamPubl wystarczające jest już uprawdopodobnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. „Swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Przedmiot zamówienia musi zostać opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych¹¹.

Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty¹². Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 20.11.2008 r. (KIO/UZP 1273/08, Legalis) stwierdziła, że zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W tym przedmiocie możemy spotkać bezpośrednio i pośrednio naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Z bezpośrednim naruszeniem mamy do czynienia, gdy zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt. Natomiast z pośrednim, jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt¹³.

Jak zostało wskazane powyżej pomimo tego, że zamawiający ma swobodę w opisywaniu przedmiotu zamówienia publicznego, to jest ona ograniczona przez zasady jego opisu z art. 29 ust. 1–3 ustawy PrZamPubl. Następstwem

¹⁰ Wyr. KIO z 18.11.2008 r., KIO/UZP 1240/08, Legalis.

¹¹ Zob. w szczególności wyr. SO w Lublinie z 9.11.2005 r., II Ca 587/05, niepubl.; wyr. SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r., II Ca 693/05, niepubl.; wyr. KIO z 20.1.2009 r., KIO/UZP 2/09, Legalis.

¹² Wyr. SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r., II Ca 693/05, niepubl.

¹³ Uchw. KIO z 27.9.2012 r., KIO/KD 80/12, www.uzp.gov.pl.

opisu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób naruszający art. 29 ust. 2 PrZamPubl może być stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, czynów nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności ograniczających dostęp do rynku innych wykonawców lub preferowanych przez nich produktów¹⁴. Zamawiający bowiem poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia publicznego może korzystać z korzystnych warunków dla popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 PrZamPubl. Przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Najczęstszym przejawem łamania zasady uczciwej konkurencji jest nieuzasadnione ograniczanie liczby podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne¹⁵. Z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji mamy do czynienia, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne¹⁶. Jeśli jednak zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży na rynku, to wcale nie oznacza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nie można bowiem mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, gdy zdolnych do realizacji zamówienia jest wąska grupa podmiotów¹⁷.

Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. W art. 22 ust. 1 PrZamPubl określone zostały warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powołany przepis stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

¹⁴ Wyr. KIO z 6.5.2010 r., KIO 634/10, Legalis.

¹⁵ Wyr. KIO z 28.5.2009 r., KIO/UZP 641/09, Legalis; wyr. SO w Warszawie z 12.5.2006 r., II Ca 693/05; wyr. KIO z 13.8.2009 r., KIO/UZP 972/09, Legalis; z 17.7.2009 r., KIO/UZP 857/09, Legalis.

¹⁶ Wyr. KIO z 27.5.2009 r., KIO/UZP 619/09, Legalis; zob. *M. Sieradzka*, Glosa do wyroku KIO z 3.2.2009 r., KIO/UZP 91/09, LEX/el. 2010.

¹⁷ Tak ZAUZP w wyr. z 7.3.2007 r., UZP/ZO/0-207/07, Legalis.

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W orzecznictwie wskazuje się, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego¹⁸. Wskazany przepis jest przepisem blankietowym i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi o zapewnienie, aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego z należytą starannością¹⁹. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (pozytywne wyspecyfikowane w art. 22 ust. 1 pkt 1–4 PrZamPubl) oraz nie podlegają wykluczeniu z niego (przesłanki negatywne z art. 24 PrZamPubl). Przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu zamawiający ma obowiązek określenia ich w taki sposób, aby nie utrudnić uczciwej konkurencji. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają wyartykułowane w art. 7 ust. 1 PrZamPubl zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców²⁰. W orzecznictwie podkreśla się, że: „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”²¹.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wynika także z treści art. 91 ust. 3 PrZamPubl. Powyższy przepis stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych

¹⁸ KIO/UZP 680/08, LEX Nr 443405.

¹⁹ Uchw. KIO z 12.8.2011 r., KIO/KU 63/11.

²⁰ Wyr. KIO z 5.2.2008 r., KIO/UZP 27/08, Legalis.

²¹ Wyr. SO z 9.11.2005 r., II Ca 587/05, niepubl.; zob. J.M. Nowicki, naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, Zam.Publ.Dor. 2007, Nr 5, s. 29 i n.

dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia²². Sposób oceny ofert, której zamawiający nie opisał w sposób precyzyjny co spowodowało, że ocena przeprowadzona została zgodnie z ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami, nie narusza zasady uczciwej konkurencji²³.

Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych. Do jej przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został zobowiązany zamawiający. Po pierwsze, zamawiający jest zobligowany przestrzegać zasady uczciwej konkurencji przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak zostało to wskazane powyżej jest to zagwarantowane przez PrZamPubl. Po drugie, zamawiający eliminuje z postępowania tych wykonawców, których zachowanie w postępowaniu godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami PrZamPubl, ale także uwzględnienia pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych²⁴.

Należy mieć na uwadze, że przestrzegania zasady uczciwej konkurencji dotyczy również wykonawców zamówienia publicznego. Ubieganie się o zamówienie publiczne jest przejawem wykonywania wolności (swobody) działalności gospodarczej. Swoboda w konkuroowaniu z innymi wykonawcami o zamówienie publiczne stanowi element wolności działalności gospodarczej. Swoboda konkurowania wykonawców o zamówienie publiczne jest bowiem ograniczona przez zasadę uczciwej konkurencji. Ochronę konkurencji zapewniają regulacje ZwalNKonU, a także przepisy dotyczące praktyk ograniczających konkurencję. Nie tylko jednak uczciwa, ale również wolna konkurencja jest wartością chronioną na gruncie PrZamPubl. Rywalizacja wykonawców o dostęp do zamówienia publicznego oraz o zawarcie umowy o jego wykonanie musi być uczciwa, co oznacza obowiązek rzetelnego i niezafałszowanego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak już podkreślono powyżej obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji dotyczy nie tylko zamawiającego, lecz również wykonawców. Chodzi w tym zakresie o eliminację tych zachowań wykonawców, które są wymierzone w konkurencję na rynku zamówień publicznych. Poszanowanie zasady uczciwej konkurencji gwarantują przepisy ZwalNKonU oraz OchrKonKU. *Ratio legis* art. 3 ust. 1 ZwalNKonU definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie

²² Tak art. 91 ust. 2 PrZamPubl.

²³ Wyr. ZAUZP z 8.3.2007 r., UZP/ZO/0-212/07, LEX Nr 286195.

²⁴ Wyr. KIO z 26.09.2012 r., KIO/UZP 1934/12, www.uzp.gov.pl.

sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższy przepis to klauzula generalna czynu nieuczciwej konkurencji. Natomiast jej art. 3 ust. 2 ZwalNKonU zawiera przykładowy katalog nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę (wykonawców). Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji²⁵.

Jako czyn nieuczciwej konkurencji jest kwalifikowane zawarcie porozumienia przetargowego. Artykuł 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKKU stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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. Wskazana praktyka godzi w cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty. Poprzez wskazane uzgodnienia dochodzi bowiem do ograniczenia konkurencji. Udowodnienie stosowania zmowy przetargowej jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl. Porozumienie ograniczające konkurencję jest bowiem działaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu art. 3 ust. 1 ZwalNKonU. Zamawiający ma obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Działania lub zaniechania wykonawców wymierzone w konkurencję muszą być przez zamawiającego eliminowane.

Zasada uczciwej konkurencji jest przedmiotem wielu orzeczeń sądowych. W orzecznictwie dotyczącym zmwów przetargowych akcentuje się przede wszystkim, iż celem tej zasady jest przeciwdziałanie występowaniu praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami²⁶. Wszelkie uzgodnienia pomiędzy wykonawcami, niezależnie od ich formy, zakłócają wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór oferty wykonawcy zamówienia publicznego jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznie-

²⁵ Należy zauważyć, że to zamawiający oceni, czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją jest odrzucenie oferty wykonawcy. Jednak w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to sąd ocenia, czy doszło do popełnienia deliktu nieuczciwej konkurencji.

²⁶ Zob. wyr. ETS z 3.3.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/0, *Fabricom*, Legalis. Na temat zasady uczciwej konkurencji zob. *M. Sieradzka*, Glosa do wyroku TS z 19.5.2009 r., C-538/07, LEX/el. 2014.

go. Porozumienia wykonawców są wymierzone w cel zamówień publicznych, godząc w efektywność systemu zamówień uniemożliwiają wybór oferty, która jest najbardziej korzystna z punktu widzenia interesów zamawiającego, zgodnie z kryteriami oceny ofert²⁷. Konkurencja między samodzielnymi wykonawcami sprzyja wyborowi oferty najkorzystniejszej, gdyż motywuje ich do składania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo. W przypadku zmowy przetargowej wykonawcy przestają konkurować pomiędzy sobą, co wpływa na wynik postępowania – wybór oferty.

§ 2. Pojęcie wykonawcy zamówienia publicznego a przedsiębiorca jako adresat zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Ustawa – Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawarte pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są dostawy, usługi i roboty budowlane²⁸. Zamówienie publiczne może być udzielone jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych (tak zob. art. 7 ust. 3 PrZamPubl). Wskazana ustawa dopuszcza jednak, aby status wykonawcy przysługiwał także innym podmiotom (wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego np. członkom konsorcjum, czy wspólnikom spółki cywilnej).

Definicja wykonawcy została zamieszczona w art. 2 pkt 11 PrZamPubl. Wskazany przepis stanowi, iż jest to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że pod pojęciem wykonawcy mieści się szeroki krąg podmiotów prawa cywilnego, którzy niekoniecznie muszą prowadzić działalność gospodarczą (zob. poniżej szeroko na temat wykonawcy-przedsiębiorcy). Ustawodawca bowiem nie powiązał definicji wykonawcy zamówienia publicznego (określonej w art. 2 pkt 11 PrZamPubl) z prowadzeniem działalności gospodarczej. Bowiem uznanie określonego podmiotu za wykonawcę zamówienia publicznego zostało ściśle powiązane z jego celem. Nie należy zapominać, iż celem udziału wykonawcy w postępowaniu jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Każdy wykonawca, niezależnie od etapu, na którym następuje uzewnętrznienie jego woli uczestnictwa w nim jest zobligowa-

²⁷ Wyr. KIO z 4.5.2014 r., KIO/UZP 813/14.

²⁸ Zob. art. 2 pkt 13 PrZamPubl.

ny posiadać zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych²⁹. Wykonawcą będzie jedynie ten podmiot, który zamierza być lub jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe wpływa na kwalifikację wykonawcy jako podmiotu prawa cywilnego. Wykonawcami nie będą wspólnicy spółek osobowych, czy kapitałowych, lecz spółka³⁰. Wyjątkiem jest spółka cywilna, która nie jest przedsiębiorcą³¹, a jej udział w postępowaniu jest uważany za wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji udziału w postępowaniu spółki cywilnej status wykonawcy będą posiadali wspólnicy spółki cywilnej, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego³².

Warto w tym miejscu zauważyć, iż polski ustawodawca nie wprowadził różniczenia pojęcia wykonawcy, który złożył ofertę od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak uczynił to prawodawca unijny wyróżniając pojęcia „oferent” i „kandydat”³³. W prawie unijnym wykonawca, który złożył ofertę, oznaczany jest jako „oferent”. Natomiast wykonawca ubiegający się o zaproszenie do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, lub też w dialogu konkurencyjnym oznaczany jest jako „kandydat”. Natomiast w nowej dyrektywie 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE³⁴ występuje już pojęcie wykonawcy, a obok niego pojęcie oferenta i kandydata. Wykonawca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub podmiot zamawiający lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym każde tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Pojęciem kandydat według art. 2 pkt 6 dyrektywy należy objąć podmiot, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym.

Pojęcie wykonawcy zawarte w art. 2 pkt 11 PrZamPubl jest jednolite. Zostało ono niejako powiązane z pojęciem uczestnika postępowania na każdym jego etapie³⁵. Należy zauważyć, że wskazana definicja wykonawcy ma charakter dy-

²⁹ Wyr. KIO z 28.10.2009 r., KIO/UZP 1313/09, Legalis.

³⁰ Wyr. KIO z 16.1.2013 r., KIO 2922/12, Legalis.

³¹ Zob. art. 4 ust. 2 SwobDzGospU.

³² Wyr. KIO z 9.12.2010 r., KIO/UZP 2556/10, Legalis; z 7.5.2010 r., KIO/UZP 708/10, Legalis.

³³ Art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. L 134 z 30.4.2004 r., s. 114, tzw. dyrektywa klasyczna).

³⁴ Dz.Urz. L 94/65 z 28.3.2014 r.

³⁵ P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, s. 48.

namiczny. Kwalifikacja określonego podmiotu jako wykonawcy nie została uzależniona od określonego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Status wykonawcy przysługuje już w momencie ujawnienia zamiaru uczestnictwa w nim. Należy bowiem pamiętać, że już na etapie zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego może dojść do naruszenia interesów wykonawców. Dlatego już samo ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego pozwala uzyskać status wykonawcy.

Jak już wskazywano powyżej, ustawa – Prawo zamówień publicznych nie uzależnia statusu wykonawcy od podjęcia, czy też prowadzenia działalności gospodarczej. Gdyby intencją ustawodawcy było traktowanie jako wykonawcy jedynie przedsiębiorcy, to zawarłby wówczas odpowiednią definicję, uwzględniającą aspekt aktywności gospodarczej. Zatem wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPubl może być także podmiot, który nie prowadzi działalności gospodarczej. Należy jednak pamiętać, że kwalifikacja jako wykonawcy podmiotu, który nie prowadzi działalności gospodarczej może prowadzić do problemów związanych z ustaleniem zakresu podmiotowego odpowiedzialności z tytułu stosowania porozumień przetargowych. Czynów nieuczciwej konkurencji można bowiem dopuścić się jedynie w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Sprawca czynu nieuczciwej konkurencji, jak i podmiot, który został nim dotknięty, muszą w świetle art. 2 ZwaNKonU być przedsiębiorcami. Powyższe nie oznacza jednak, że muszą pozostawać w relacji konkurencyjnej³⁶. Natomiast zakaz porozumień ograniczających konkurencję jest adresowany do przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU. Tym samym ustalenie podmiotu, któremu należy przypisać status wykonawcy zamówienia publicznego ma szczególne znaczenie z uwagi na zakres podmiotowy zakazu zmw przetargowych. Artykuł 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU definiuje porozumienia przetargowe jako zakazane porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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. Wskazany przepis określając zakres przedmiotowy zmowy przetargowej w sposób precyzyjny określa ją jako porozumienie pomiędzy wykonawcami zamówienia publicznego, jak też wykonawcami a zamawiającym. Trzeba zwrócić uwagę, iż w definicji zmowy przetargowej ustawodawca dookreślił jej zakres podmiotowy. Do porozumienia przetargowego może bowiem dojść jedy-

³⁶ Zob. E. Nowińska, M. du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 246; J. Sroczyński, M. Mioduszewski, w: M. Zdyb, M. Sieradzka, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 489.

nie pomiędzy wykonawcami-przedsiębiorcami lub wykonawcami-przedsiębiorcami a zamawiającym. Nie ma tym samym żadnych wątpliwości, co do zakresu podmiotowego wykonawcy zamówienia publicznego, który jest adresatem zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zakaz porozumień przetargowych jest adresowany do wykonawców-przedsiębiorców.

Kolejną kwestią, która wymaga przeanalizowania jest status wykonawcy-przedsiębiorcy. Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie tylko nie definiuje tego pojęcia, ale również nie odsyła w tym zakresie do przepisów innych ustaw. Biorąc pod uwagę fakt, iż zakaz porozumień przetargowych jest zamieszczony w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów należy przyjąć, że wykładnię pojęcia przedsiębiorcy-wykonawcy należy przeprowadzić z zastosowaniem siatki pojęciowej zawartej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Adresatem zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU jest bowiem przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU. Wyraźne przesądzenie przez ustawodawcę, że zakaz porozumień przetargowych jest adresowany do przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym przedmiocie. Wykonawcą jest zatem przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU, a nie art. 4 SwobDzGospU.

Powyższe wywołuje określone konsekwencje. Po pierwsze, przesądzenie przez ustawodawcę, że adresatem zakazu porozumień przetargowych jest przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posiada walor informacyjny dla wykonawców. Bowiem definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 4 SwobDzGospU jest znacznie węższa od definicji przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU. Po drugie, objęcie kategorii porozumień przetargowych zawartych przez wykonawców zakresem zakazu porozumień ograniczających konkurencję z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma walor wyjaśniający dla wykonawców. Zakresem porozumienia przetargowego objęto szerszą grupę podmiotów, co sprawia, iż grupa podmiotów odpowiedzialnych z tego tytułu ulega poszerzeniu.

Stosownie do art. 4 ust. 1 SwobDzGospU przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 SwobDzGospU)³⁷. Istotą (cechą) działalności gospodarczej jest: zarobkowość, zawodowość oraz zorganizowanie i ciągłość.

³⁷ Szeroko na temat pojęcia przedsiębiorcy zob. *M. Zdyb, M. Sieradzka*, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, Komentarz, Warszawa 2013, s. 57 i n.

Natomiast według art. 4 ust. 1 OchrKonKU za przedsiębiorców uznaje także:

- 1) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W tym miejscu wypada zwrócić uwagę, że zarówno ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie zawierają legalnej definicji „usług o charakterze użyteczności publicznej”. Zatem rozważając spełnienie tej przesłanki należy sięgnąć do ustawy z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej³⁸ i posiłkować się wskazówkami w niej zawartymi;
- 2) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu. Listę zawodów uznawanych za wolne na gruncie przepisów o spółce partnerskiej zawiera art. 88 ustawy z 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych³⁹. Za wolne uznaje się następujące zawody: adwokata, aptekarza, architekta, inżyniera budownictwa, biegłego rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcy podatkowego, maklera papierów wartościowych, doradcy inwestycyjnego, księgowego, lekarza, lekarza dentystry, lekarza weterynarii, notariusza, pielęgniarki, położnej, radcy prawnego, rzecznika patentowego, rzeczoznawcy majątkowego oraz tłumacza przysięgłego;
- 3) osobę fizyczną, która posiada kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji (art. 13 OchrKonKU). W tym wypadku istotne jest to, że osoby fizyczne nawet gdy nie prowadzą działalności gospodarczej mogą – wskutek powiązań kapitałowych lub faktycznych – wywierać decydujący wpływ na przedsiębiorców prowadzących taką działalność;
- 4) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Powyższe wywołuje określone konsekwencje. Umożliwia objęcie zakresem podmiotowym porozumienia przetargowego wykonawców także tych wykonawców, którzy są podmiotami zależnymi świadczącymi usługi z zakresu użyteczności publicznej, jednak niemających cech działalności gospodarczej. W praktyce może to prowadzić do sytuacji udziału w postępowaniu zamawiającego i wykonawców, którzy przynależą do jednej grupy kapitałowej. Wskazana

³⁸ T.j. Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.

³⁹ Dz.U. Nr 94, poz. 1037.

sytuacja może wpływać na kształt listy podmiotów powiązanych, którą muszą dostarczyć wykonawcy składający samodzielne oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi bowiem o ocenę wpływu powiązań pomiędzy nimi, na postępowanie, w którym biorą udział.

W związku z tym, że adresatem zakazu stosowania porozumień przetargowych jest przedsiębiorca w rozumieniu OchrKonKU istotne jest ustalenie w postępowaniu antymonopolowym, że wykonawcy taki status przysługuje. Prezes UOKiK jest tym samym zobligowany ustalić, czy zarzut stosowania zmo- wy przetargowej został postawiony przedsiębiorcy, w rozumieniu art. 4 ust. 1 OchrKonKU. W szczególności istotne jest zbadanie, czy przedsiębiorca jest wpisany w CEIDG lub w KRS oraz jaką działalność wykonuje. Wpis do właściwego rejestru oraz wykonywanie działalności w sposób zorganizowany i ciągły pozwala uznać, iż strony postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję prowadzącą we własnym imieniu działalność zarobkową lub zawodową, a zatem posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU. Powyższe powoduje, iż przy prowadzeniu działalności gospodarczej podmiote te podlegają rygorom prawa antymonopolowego i ich działania mogą być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję⁴⁰. W charakterze wykonawcy zamówienia publicznego mogą wystąpić także wspólnicy spółki cywilnej oraz konsorcjum. Ustawa – Prawo zamówień publicznych pozwala na udział w postępowaniu nie tylko indywidualnemu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPubl, ale także umożliwia złożenie wspólnej oferty przez wspólników spółki cywilnej lub konsorcjum (zob. art. 23 PrZamPubl, który umożliwia złożenie wspólnej oferty).

W ramach udziału w postępowaniu wspólników spółki cywilnej zastosowanie znajduje art. 23 ust. 1 PrZamPubl umożliwiający wspólny udział w postępowaniu. Wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPubl są wówczas wspólnicy spółki cywilnej, a nie spółka cywilna. Udział wspólników w postępowaniu jest traktowany jak wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ust. 1 PrZamPubl. Powyższe sprawia, iż każdy ze wspólników jest uprawniony do reprezentacji spółki, chyba, że inaczej uregulowano w umowie spółki⁴¹.

Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak wspólników spółki cywilnej, opiera się na wspólnym udziale w postępowaniu. Wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego będą członkowie konsorcjum. Zawiązanie konsorcjum przetargowego umożliwia złożenie wspólnej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału

⁴⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RŁO 61/2013.

⁴¹ Wyr. KIO z 16.7.2013 r., KIO/UZP 1571/13, KIO/UZP 1572/13, KIO/UZP 1574/13.

łu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach konsorcjum przetargowego kilka podmiotów-konsorcjantów ubiega się o zamówienia publiczne i składa jedną (wspólną) ofertę w postępowaniu⁴².

W tym miejscu warto zastanowić się nad kwalifikacją udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podwykonawców. Podwykonawcy zamówienia publicznego nie mogą bowiem ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca może jednak korzystać z podwykonawców przy realizacji zamówienia publicznego.

Celem wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b do ustawy – Prawo zamówień publicznych, było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej (2004/18/WE)⁴³ oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zdolności innych podmiotów. Udział podwykonawcy w zamówieniu publicznym może polegać na:

- 1) wykonaniu części zamówienia, na podstawie umowy z wykonawcą zamówienia;
- 2) wykonaniu części lub całości zamówienia, na podstawie umowy z wykonawcą zamówienia, na podstawie udostępnienia zasobów.

Celem udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego będzie wykonanie jego części. Ustawa – Prawo zamówień publicznych dopuszcza również występowanie podwykonawców, jako podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu⁴⁴. Wykonanie zamówienia publicznego lub jego części przez podwykonawcę może dotyczyć sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich. Wykonawca ma możliwość skorzystania z zasobów innych podmiotów, jeśli sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności może w trakcie wykonywania zamówienia publicznego korzystać z zasobów podwykonawcy. Artykuł 26 ust. 2b PrZamPubl umożliwi wykonawcy zamówienia publicznego poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Jednak wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

⁴² Wyr. KIO z 12.3.2013 r., KIO/UZP 458/13.

⁴³ Dz.Urz. UE L 134 z 2004 r., s. 114.

⁴⁴ Art. 26 ust. 2b PrZamPubl.

Należy pamiętać, że zamawiający może jednak zastrzec obowiązek osobistego wykonania tylko przez wykonawcę pewnej części zamówienia (w art. 36a PrZamPubl ustawodawca wskazał, że dotyczy to:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia lub dostawy).

Powyższe ograniczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego powinno być interpretowane ściśle⁴⁵. Poza tym, ograniczenie to nie znajduje zastosowania przy powoływaniu się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu⁴⁶. Udział podwykonawcy w wykonaniu zamówienia publicznego musi być znany zamawiającemu. Zamawiający może bowiem żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PrZamPubl, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu⁴⁷. Wydaje się, że nie można braku zawarcia informacji o planowanym podwykonawstwie traktować jako podstawy do wykluczenia z postępowania, czy odrzucenia oferty wykonawcy⁴⁸.

Czy jednak możliwość korzystania z podwykonawcy przy wykonywaniu zamówienia publicznego oznacza, iż podmiot ten uzyskuje status jego wykonawcy. Precyzując, czy zakresem podmiotowym zakazu porozumień przetargowych z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU można objąć również podmiot (podmioty), które udostępniają potencjał wykonawcy zamówienia publicznego. W świetle prawa zamówień publicznych podmioty te nie są kwalifikowane jako wykonawcy zamówienia publicznego. Dotyczy to zarówno podwykonawcy, który udostępnia swój potencjał w ramach warunków udziału w postępowaniu, jak i podwykonawcy, który wykonuje część zamówienia publicznego na podstawie umowy o podwykonawstwo. Wykonawcą nie może być zatem podwykonawca, niezależnie od stosunków, jakie wiążą go z wykonawcą zamówienia publicznego. Podwykonawca bowiem nie jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z którym ustawodawca łączy uzyskanie statusu wykonawcy. Dlatego też pomimo, że podwykonawcy mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez udostępnienie potencjału jego wy-

⁴⁵ Tak również w prawie unijnym zob. pkt 32 Preambuły dyrektywy 2004/18/WE, który zawiera zalecenie do udziału podwykonawców w realizacji zamówień publicznych.

⁴⁶ Zob. art. 36a ust. 3 PrZamPubl.

⁴⁷ O których mowa w art. 22 ust. 1 PrZamPubl.

⁴⁸ Zob. wyr. KIO z 10.9.2009 r., KIO 1117/90; wyr. KIO z 25.6.2012 r., KIO 1202/12.

konawcy, to podmioty te nie mogą uzyskać statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPublU. Czy jednak powyższe ogranicza zakres podmiotowy zakazu z art. 6 ust. 1 OchrKonKU? Precyzując, czy porozumienie pomiędzy udostępniającym swój potencjał a wykonawcą zamówienia nie może być kwalifikowane w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU jako porozumienie ograniczające konkurencję. Jeśli chodzi o zakres podmiotowy odpowiedzialności z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU to dotyczy on przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU. Odpowiedzialność ta jest przy tym niezależna od rodzaju stosunku pracy lub innego stosunku łączącego przedsiębiorców zawierających porozumienie (w analizowanym przypadku umowy o podwykonawstwo). Należy pamiętać, że zamówienie publiczne może być realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo, czyli umowy o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartej między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami⁴⁹. Powyższe ma szczególne znaczenie przy kwalifikacji zachowań przedsiębiorców w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU ponieważ umożliwia podleganie odpowiedzialności również tych podmiotów, które faktycznie nie wykonują zamówienia publicznego. Jeśli tylko zrealizowane zostaną znamiona z umowy przetargowej (uzgadnianie warunków składanych ofert) między przedsiębiorcami, pojawia się możliwość pociągnięcia ich do odpowiedzialności w trybie administracyjnym. Szeroki zakres podmiotowy zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU sprawia, iż to nie tylko wykonawcy jako uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą podlegać odpowiedzialności. Również podmioty udostępniające swój potencjał na podstawie art. 26 ust. 2b PrZamPubl ponoszą odpowiedzialność z tytułu stosowania porozumień ograniczających konkurencję. Należy tylko pamiętać, aby porozumienie było zawarte między niezależnymi przedsiębiorcami.

Reasumując, przepis art. 2 pkt 11 PrZamPubl nie ogranicza zakresu podmiotowego porozumienia przetargowego. Takie ograniczenie – jedynie do przedsiębiorców-wykonawców przystępujących do przetargu oraz przedsiębiorców-wykonawców i zamawiającego – było niczym nieuzasadnione. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję jest adresowany do przedsiębiorcy-wykonawcy oraz przedsiębiorcy-wykonawcy i zamawiającego, jeśli ich zachowania spełniają hipotezę przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU. Natomiast podmiot udostępniający potencjał pomimo, iż nie jest wykonawcą zamówienia publicznego, podlega zakazowi z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU. Dlatego też udostępnianie

⁴⁹ Zob. art. 2 pkt 9b PrZamPubl.

potencjału może prowadzić do zachowań podobnych do zmywy przetargowej⁵⁰. Eliminacja jednak tych nieuczciwych zachowań odbywa się w trybie postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK, jak i w postępowaniu przed sądem powszechnym.

Ustalenie, iż określony podmiot jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 PrZamPubl sprawia, iż podlega on reżimowi tej ustawy. Natomiast, jeśli określony podmiot spełnia status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 OchrKonKU, to jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (który jest traktowany jako przejaw wykonywania działalności gospodarczej) podlega również przepisom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (działania wykonawców-przedsiębiorców podjęte w tym postępowaniu mogą być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ocena pod kątem stosowania czynów nieuczciwej konkurencji).

§ 3. Pojęcie najkorzystniejszej oferty

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy⁵¹. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Porozumienia przetargowe są wymierzone w cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przez zafałszowanie jego rzeczywistości uniemożliwiają zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę powyżej wyspecyfikowany cel udzielenia zamówienia publicznego istotne staje się zdefiniowanie pojęcia „najkorzystniejsza oferta”. To bowiem najkorzystniejsza oferta decyduje o wyborze wykonawcy zamówienia publicznego. Najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie

⁵⁰ W. Dzierżanowski, Art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych w praktyce.

⁵¹ Art. 2 pkt 7a PrZamPubl.

można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego⁵². Warto podkreślić, że cena zawsze będzie decydować o wyborze najkorzystniejszej oferty. Kryterium ceny może wystąpić jako jedyne kryterium wyboru oferty, lub jako jedno z kryteriów oceny ofert. Poza cenowymi kryteriami oceny ofert mogą być kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji⁵³. Niezależnie od przyjętej definicji oferty najkorzystniejszej należy mieć na uwadze, iż to zamawiający definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, kształtując kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁵⁴.

Wybór kryterium cenowego jako jedynego kryterium oceny oferty zwiększa prawdopodobieństwo nieuczciwej walki o zamówienie publiczne. Ustawodawca w drodze nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z 29.8.2014 r. ograniczył prawo zamawiającego do stosowania ceny jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty⁵⁵. Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia publicznego jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe (z zastrzeżeniem przepisów dotyczących aukcji elektronicznej), a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 PrZamPubl, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia⁵⁶. Cena jako jedyne kryterium oceny oferty odnosi się do przedmiotu zamówienia, który musi być powszechnie dostępny oraz posiadać ustalone standardy jakościowe. Zamawiający jest zatem zobligowany ustalić, czy przedmiot zamówienia charakteryzuje się cechami określonymi w art. 91 ust. 2a PrZamPubl, czyli jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Powyższe wymaga dokonania indywidualnej oceny. Zamówienia publiczne o powszechnej dostępności to zamówienia, pozbawione indywidualnych cech, które mogą być oferowane przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie

⁵² Art. 2 pkt 5 PrZamPubl. Na temat wyboru najkorzystniejszej oferty zob. *J. Olszewska-Stompel, M. Stompel*, Prawo zamówień publicznych, s. 120 i n.

⁵³ Art. 91 ust. 2 PrZamPubl.

⁵⁴ Zob. art. 91 ust. 2 i 2a PrZamPubl.

⁵⁵ Art. 91 ust. 2a PrZamPubl. Na temat nowelizacji zob. Druk sejmowy Nr 1653 z 10.7.2013 r. o zmianie ustawy PrZamPubl, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/C1A80B9768357151C1257BD4005305CC/%24File/1653.pdf>.

⁵⁶ Art. 91 ust. 2a PrZamPubl.

konsumentów⁵⁷. Warto pamiętać, że przesłanka powszechnej dostępności została nierozdzielnie połączona z przesłanką ustalonych standardów jakościowych. Zatem wymagania zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia nie mogą mieć specyficznego charakteru. Indywidualne podejście do zamówienia wyłącza bowiem standardowy jego charakter. Standardy jakościowe muszą określać istnienie minimalnego akceptowanego rezultatu, jaki przedmiot zamówienia ma zapewnić. Kryterium cenowe jako jedyne kryterium decydujące o wyborze oferty może być zastosowane jedynie do typowych i najprostszych zamówień na dostawy⁵⁸, usługi⁵⁹ lub roboty budowlane, a zamawiane rzeczy lub usługi powinny być ogólnie dostępne, powszechnie oferowane na rynku. Określona dostawa, usługa robota budowlana jest standardowa, gdy jest identyczna, niezależnie od jej wykonawcy, a jedyną różnicą będą zaoferowane ceny⁶⁰. Z uwagi na ustanowienie jedyne kryterium wyboru oferty, to właśnie cena i tylko cena będzie różnicować przedmiot zamówienia. Ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek z art. 91 ust. 2a PrZamPubl spoczywa na zamawiającym⁶¹.

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych z 29.8.2014 r. poszerzyła dotychczasowy katalog pozacenowych kryteriów oceny ofert. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Ustanowienie przez zamawiającego również innych (poza ceną) kryteriów oceny ofert wiąże się z koniecznością przypisania przez zamawiającego określonego znaczenia każdemu z tych kryteriów. Znaczenie tych kryteriów oraz sposób ich oceny przez zamawiającego mają kluczowe znaczenie dla wykonawców. Ograniczenie stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, przyczyni się do ograniczenia nieuczciwej konkurencji w walce cenowej o zamówienia publiczne. Przy kryterium najniższej ceny wykonawcy często oferowali wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego poniżej kosztów. Tym samym wpłynęło korzystnie na konkurencję na rynku zamówień publicznych. Należy mieć nadzieję, że dotychczasowe praktyki przedsiębiorców polegające na składaniu ofert z rażąco niską ceną zostaną znacznie ograniczone⁶². Chociaż ob-

⁵⁷ Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę zob. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/publish.aspx?PD;1166>.

⁵⁸ Np. usługi: sprzątnania, transportowe, odśnieżania, pralnicze.

⁵⁹ Zakup: opału, papieru, artykułów biurowych.

⁶⁰ Uchw. KIO z 28.9.2011 r., KIO/KD 74/11, Legalis.

⁶¹ Szeroko na ten temat zob. *M. Sieradzka*, Ograniczenie stosowania kryterium cenowego.

⁶² Wpłynęło na to również zmiana treści art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 2 PrZamPubl. Przepisy te dotyczą postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia stosowania rażąco niskiej ceny oferty.

serwując postępowania po nowelizacji ustawy PrZamPubl z 29.8.2014 r. można zaobserwować omijanie przez zamawiających wprowadzonego ograniczenia stosowania kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty. W praktyce, poprzez ustanowienie prostego dodatkowego kryterium w istocie nadal to najniższa cena stanowi priorytet przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Niezależnie jednak od powyższego stosowanie kryterium najniższej ceny uległo istotnemu zmniejszeniu. Jak czytamy na stronie portalu UZP „Po nieco ponad dwóch miesiącach (do końca roku 2014) od wejścia w życie znowelizowanych przepisów w tym zakresie, w przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych o wartościach poniżej progów UE, odsetek ogłoszeń, w których jako jedyne kryterium wskazano cenę spadł z 93% do poziomu 31%. Natomiast w postępowaniach o wartościach powyżej progów UE – z 85% do poziomu 33%”.

Z uwagi na rywalizację (walkę) wykonawców o zamówienie publiczne to oferta o określonym kształcie na określony przedmiot zamówienia publicznego decyduje o wyborze zamawiającego. W zależności od kryteriów oceny ofert ustanowionych przez zamawiającego możemy mieć do czynienia z bardziej lub mniej konkurencyjną walką o zamówienie publiczne. Powyższe sprawia, że w postępowaniach, gdzie cena jest jedynym kryterium wyboru oferty występuje większe prawdopodobieństwo zawarcia zмовы pomiędzy wykonawcami zamówienia publicznego. Zaoferowanie przez wykonawcę ceny, która spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest przykładem czynu nieuczciwej konkurencji. Oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Dlatego tak istotne staje się zapewnienie ochrony zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu przed składaniem ofert z rażąco niską ceną. Zamawiający musi być chroniony przed przedmiotem zamówienia publicznego, którego realizacja jest wątpliwa, natomiast wykonawcy przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych uczestników postępowania⁶³.

§ 4. Interpretacja pojęcia porozumienie ograniczające konkurencję

Termin zмова przetargowa jest powszechnie używany na oznaczenie porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i zamawiającego warunków składanych ofert. Zмова przetargowa jest poro-

⁶³ Wyr. KIO z 27.9.2013 r., KIO 2181/13, Legalis.

zumieniem ograniczającym konkurencję, które jest zakazane przez art. 6 ust. 1 OchrKonKU.

Definicja legalna porozumienia została zawarta w art. 4 pkt 5 OchrKonKU. Pojęciem porozumienie należy objąć:

- 1) umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre porozumienia tych umów;
- 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;
- 3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Ustawowa definicja porozumień ograniczających konkurencję jest bardzo szeroka. Mieszczą się w niej bowiem wszelkie formy współdziałania przedsiębiorców lub ich związków, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W oparciu o ustawową definicję porozumienia ograniczającego konkurencję możemy wyróżnić jego cechy (właściwości), do których należy:

- 1) dobrowolność uczestnictwa niezależnych przedsiębiorców⁶⁴;
- 2) różnorodność form (czynności prawne i faktyczne)⁶⁵;
- 3) cel lub skutek w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Dobrowolność uczestnictwa w porozumieniu wszystkich jego stron wynika już z samej jego nazwy. Jedną z cech charakteryzujących porozumienie jest bowiem współdziałanie jego stron w zamiarze zrealizowania wspólnych celów⁶⁶. Porozumienie opiera się na dobrowolności uczestnictwa w nim (*concurrence of wills*), co sprawia, że warunki oraz treść porozumienia nie zostały im narzucone⁶⁷. W zakresie porozumienia mieszczą się różne formy współdziałania przedsiębiorców (ich związków), których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku (porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw, praktyki uzgodnione).

Pierwszą z form porozumień są umowy. W zakresie pojęciowym antykonkurencyjnego porozumienia mieszczą się zatem umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przed-

⁶⁴ Niezależność oznacza, że przedsiębiorcy nie należą do jednej grupy kapitałowej (wyr. Sądu Antymonopolowego z 17.1.1996 r., XVII Amr 54/95, Wokanda 1994, Nr 4), chociaż można spotkać ustalenia w ramach grupy objęte postępowaniem antymonopolowym (decyzja Prezesa UOKiK z 14.3.2007 r., DOK 34/2007, Dz.Urz. UOKiK Nr 2, poz. 19).

⁶⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., 7/2009, Dz.Urz. UOKiK z 2010 r. Nr 1, poz. 1.

⁶⁶ Wyr. SA w Warszawie z 5.10.2005 r., VI ACa 1146/04, OSG 2008, Nr 2, poz. 16.

⁶⁷ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 15.3.1995 r., XVII Amr 66/94, Wokanda 1996, Nr 3, s. 46.

siębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów (art. 4 pkt 5 lit. a OchrKonKU). Umowa jest instytucją prawa cywilnego. Umowa to dwu- lub wielostronna czynność prawna dokonana w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Strony umowy składają zgodne oświadczenie woli, które może być dokonane w dowolnej formie⁶⁸. Warto podkreślić, że jako antykonkurencyjne mogą zostać zakwalifikowane nie tylko umowy, lecz też niektóre postanowienia umów⁶⁹.

Definicja porozumienia obejmuje także uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. W zakresie tego pojęcia mieszczą się także porozumienia *gentlemen's agreements*⁷⁰. W pojęciu porozumienia mieszczą się zatem nie tylko umowy, lecz wszelkie formy uzgodnień między przedsiębiorcami lub ich związkami⁷¹. W zakresie pojęciowym uzgodnienia mieszczą się wszelkie formy kooperacji przedsiębiorców lub ich związków, dokonane w jakiegokolwiek formie, czyli te czynności i działanie, które nie podlegają kwalifikacji jako umowy⁷². Uzgodnienia należy zdefiniować jako rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia umowy we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala na świadome zastąpienie praktycznej współpracy przedsiębiorstw, zagrażając konkurencji⁷³.

W pojęciu uzgodnienia dokonanego w jakiegokolwiek formie (w prawie europejskim – uzgodnionej praktyki) mieści się także – poza uzgodnieniem przedsiębiorców lub ich związków – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i domniemanie istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy nimi. Sąd Najwyższy w wyr. z 9.8.2006 r., odwołując się do orzeczenia ETS w sprawie *Woodpulp II* wyjaśnił w jakich okolicznościach można mówić o koordynacji zachowań przedsiębiorców stwierdzając m.in.: „Chodzi o minimalny poziom współpracy między przedsiębiorcami, wystarczający do skutecznego postawienia im zarzutu dopuszczenia się współpracy niezgodnej z art. 81 TWE. Nie można mówić o takiej koordynacji zachowań, jeżeli między uczest-

⁶⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.4.2011 r., DOK-3/2011, www.uokik.gov.pl/download.php?plik=10010.

⁶⁹ Zob. K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji, s. 249; A. Jurkowska, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), Ustawa o ochronie konkurencji, s. 374.

⁷⁰ Wyr. TSUE z 15.7.1970 r., C-41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*, Zb. Orz. 1970, s. 661.

⁷¹ Wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11, OSNAPiUS 2012, Nr 21–22, poz. 276.

⁷² Wyr. SA w Warszawie z 5.10.2005 r., VI ACa 1146/04, OSG 2008, Nr 2, poz. 16.

⁷³ Zob. T. Skoczny, Zakaz porozumień ograniczających konkurencję, s. 28, który wskazuje na świadome określenie sposobu współdziałania ze szkodą dla konkurencji.

nikami rynku nie doszło do jakichkolwiek kontaktów bezpośrednich lub pośrednich, dzięki którym mogliby wpływać na rynek lub ujawniać konkurentom, w jaki sposób zamierzają zachować się w przyszłości. Instytucja uzgodnionej praktyki wymaga bowiem – choćby niewielkiego – poziomu porozumienia między uczestnikami. Do uznania zachowań przedsiębiorców za przejaw uzgodnionej praktyki konieczne jest stwierdzenie jakiejś formy kontaktów między przedsiębiorcami, np. w postaci odbywania spotkań lub rzeczywistej wymiany informacji między uczestnikami praktyki⁷⁴. Uzgodnienie dotyczy wszelkich form wzajemnej koordynacji zachowań przedsiębiorców, które oparto na praktycznej kooperacji, w celu świadomego zastąpienia ryzyka rynkowego niedozwoloną współpracą⁷⁵.

Reasumując, oprócz uzgodnionych praktyk występują także inne formy antykonkurencyjnych porozumień. Kwalifikując zatem uzgodnione praktyki można dokonać oceny ich charakteru z obiektywnego i subiektywnego punktu widzenia. Obiektywny charakter uzgodnionych praktyk wynika z ich antykonkurencyjnego celu (zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji) oraz prawnych form (umowa lub postanowienie umowy, uzgodnienie, decyzja). Natomiast z subiektywnego punktu widzenia są to formy zмовы mające taki sam charakter i różniące się jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają⁷⁶.

Porozumienia ograniczające konkurencję występują jako praktyki zakazane z uwagi na cel lub skutek⁷⁷. Antykonkurencyjny cel porozumienia powinien jednoznacznie wynikać z jego treści, co sprawia, że bez znaczenia pozostaje kwestia świadomości istnienia tego celu po stronie podmiotu, który stosuje antykonkurencyjną praktykę⁷⁸. Z punktu widzenia dokonania oceny, czy uzgodniona praktyka jest zakazana na mocy art. 6 ust. 1 OchrKonKU, nie ma znaczenia uwzględnienie jej konkretnych skutków, jeśli okazuje się, że ma ona antykonkurencyjny cel. Istotne zatem staje się zbadanie celu, a dopiero w następnej kolejności skutki praktyki (pierwszeństwo celu nad skutkami).

⁷⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r., DOK 99/2007, www.uokik.gov.pl/download.php?plik=5954.

⁷⁵ Zob. Z. Jurczyk, Kartele w polityce konkurencji, s. 312.

⁷⁶ Zob. M. Sieradzka, Pozew grupowy, s. 128 i n.

⁷⁷ Zob. szeroko na temat celu i skutku § 2.II.2.

⁷⁸ Zob. wyr. TS z 15.3.2000 r. w sprawie *Cimenteries i in. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb.Orz. ETS 2000, II-491; wyr. sądu I instancji z 23.2.1994 r. w sprawach połączonych T-39/02 i T-40/92, *Groupement des Cartes Bancaires „CB” i Europay International SA v. Komisja WE*, Legalis; z 21.10.2003 r., T-368/00, *General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja WE*, Legalis.

Potwierdzenie powyższego poglądu znajdujemy w wyr. SOKiK z 7.11.2005 r. (XVII Ama 26/04, Legalis), w którym sąd wskazał, że: „Bez względu na formę, każde uzgodnienie skierowane przeciw osobom trzecim może prowadzić do ograniczenia konkurencji, jeżeli taki był jego cel. Stwierdzenie wskazanej w art. 5 OchrKonKU praktyki następuje w drodze wykazania wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki takiego działania”. Tym samym „zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub części”⁷⁹. Wystarczająca bowiem jest już sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji⁸⁰. Antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie ma znaczenia czy doszło do ograniczenia lub eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia. Jeżeli celem porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku to nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia⁸¹.

W prawie konkurencji możemy także wyróżnić porozumienia ciągłe i jednolite. Porozumienie ciągłe charakteryzuje się istnieniem kilku lub kilkunastu uzgodnień składających się na jedno porozumienie. Prezes UOKiK w decyzji z 31.12.2010 r., DOK 12/2010⁸² wskazał, że „porozumienie ciągłe wyróżnia się istnieniem jednolitego, antykonkurencyjnego celu uzgodnienia lub uzgodnień – zakłócenie konkurencji polegające na ustalaniu minimalnych cen sprzedaży określonych produktów oraz analogicznym charakterem – ustalenie minimalnych cen sprzedaży na tym samym rynku produktowym. Wspólność celu pozwala odróżnić porozumienie ciągłe i jednolite od kilku odrębnych naruszeń. Ciągłe naruszenie będzie miało miejsce w sytuacji, gdy przedsiębiorcy uczestniczą w porozumieniach trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji. W tego rodzaju naruszeniu każdy z uczestników porozumienia może mieć inne zadanie do wykonania w ramach funkcjonującego porozumienia, np. jeden może pełnić rolę lidera. Kwalifikacja porozumienia jako ciągłego

⁷⁹ Wyr. SOKiK z 7.11.2005 r., XVII Ama 26/04, Legalis.

⁸⁰ Wyr. SOKiK z 15.7.1998 r., XVII Ama 32/98.

⁸¹ Wyr. SOKiK z 24.3.2004 r., XVII Ama 40/02; wyr. ETS w sprawie C-219/95 *Ferriere Nord v. Commission* [1997] ECR I-4411, § 14 i 15.

⁸² Dz.Urz. UOKiK Nr 1, poz. 2.

oznacza konieczność wyróżnienia wspólnego ekonomicznego celu (np. ustalenie cen, podział zamówień między uczestników przetargu, uzgadnianie ofert⁸³). Wspólnym celem jest wpływ na konkurencję na danym rynku produktowym⁸⁴. Należy wskazać, że opuszczenie przez danego przedsiębiorcę porozumienia, a następnie jego powrót, nie oznacza, iż doszło do zawarcia kolejnego porozumienia o tym samym celu. Nie można w żadnym razie przyjąć, iż za każdym razem, gdy przedsiębiorstwo opuszcza lub przyłącza się do kartelu powstaje nowy odrębny kartel obejmujący pozostałe przedsiębiorstwa. Taki pogląd byłby bowiem nieuzasadniony⁸⁵.

W doktrynie i orzecznictwie sądowym funkcjonuje podział porozumień ograniczających konkurencję na porozumienia horyzontalne oraz porozumienia wertykalne⁸⁶. Porozumienia horyzontalne (poziome) są zawierane pomiędzy konkurentami, czyli przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego (po tej samej stronie rynku). W przypadku porozumień horyzontalnych jego uczestnicy działają po tej samej stronie rynku⁸⁷.

Porozumienia horyzontalne z uwagi na udział w nich konkurentów są szczególnie zagrożeniem dla konkurencji na rynku. Definicja konkurentów jest zawarta w art. 4 pkt 11 OchrKonKU – są to przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać w tym samym czasie towary na rynku właściwym. Omawiane porozumienia są także nazywane kartelami, ponieważ ich wpływ na konkurencję jest szczególnie niekorzystny⁸⁸.

Porozumienia wertykalne (pionowe) są natomiast zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu gospodarczego tzn. między producentami i dystrybutorami lub detalistami. Są one mniej szkodliwe dla konkurencji niż porozumienia horyzontalne, gdyż są zawierane po-

⁸³ Wyr. SPI z 17.12.1991 r., T-7/89, SA *Herkules Chemicals NV v. Komisja*, Legalisł Decyzja Komisji w sprawie COMP/E-1/37.152 *Plasterboard*, pkt 427.

⁸⁴ Tak decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK 12/2010, Dz.Urz. UOKiK Nr 1, poz. 2, oraz wyr. ETS z 8.7.1999 r., C-49/92, *Commission v. Anic Participazioni*, Legalis; wyr. SPI z 20.3.2002 r., T-9/99, *HFB v. Commissia*, Legalis.

⁸⁵ Powyższe odnosi się w szczególności do sytuacji, gdy kartel polega na zachowaniu dotyczącym tego samego rynku produktowego, mającym zasadniczo ten sam cel gospodarczy i antykonkurencyjny charakter oraz utrzymywany jest przez długi okres przez zwartą grupę przedsiębiorstw. Zobacz wyr. ETS z 8.7.1999 r., C-49/92, *Commission v. Anic Participazioni*, Legalis; wyr. SPI z 20.3.2002 r., T-9/99, *HFB v. Commissia, Legalis* – powołany w decyzji Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK 12/2010, Dz.Urz. UOKiK Nr 1, poz. 2.

⁸⁶ Zob. I. Lianos, *The Vertical Horizonta*, s. 161 i n.; K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 156.

⁸⁷ Zob. wyr. SN z 9.8.2006 r., III SK 6/06, OSNAPiUS 2008, Nr 1–2, poz. 25.

⁸⁸ Zob. K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 156.

między dwoma lub więcej przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu gospodarczego, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towaru⁸⁹. Zatem nie są zawierane pomiędzy konkurentami⁹⁰. W doktrynie wyróżnia się następujące cechy porozumienia wertykalnego: relację wertykalną, działanie w ramach porozumienia, wymianę handlową towarów kontraktowych⁹¹. Pomimo, że podział porozumień na horyzontalne i wertykalne ma charakter pozaustawowy to wpływa na możliwość ewentualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁹².

Reasumując, porozumienia ograniczające konkurencję zmierzają do zmniejszenia niepewności przedsiębiorców co do zamierzeń konkurentów. Wzajemne uzgodnienia eliminują z góry wszelką niepewność co do swoich wzajemnych zachowań na różnych rynkach, a zatem wyeliminują znaczną część ryzyka, nieodłącznie związaną z jakąkolwiek niezależną zmianą zachowania na tych rynkach. Jako sprzeczne z zasadami konkurencji należy kwalifikować jakąkolwiek współpracę z konkurentami, która ma na celu „określenie skoordynowanego postępowania w odniesieniu do podwyżki cen i zapewnienia sobie powodzenia przez wcześniejsze wyeliminowanie wszelkiej niepewności co do wzajemnego zachowania względem tak istotnych elementów tego działania, jak wielkość, przedmiot, data i miejsce takich podwyżek”⁹³.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza w art. 6 ust. 1 pkt 7 zakaz stosowania porozumień przetargowych. Niezależnie od tego, czy ustalenie stosowania porozumienia przetargowego ma miejsce w postępowaniu odwoławczym przed KIO (w postępowaniu sądem powszechnym), czy też w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem UOKiK zastosowanie znajduje zakaz stosowania porozumień ograniczających konkurencję określony w art. 6 ust. 1 OchrKonKU. Wskazany przepis stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W art. 6 ust. 1 pkt 1–7 OchrKonKU ustawodawca natomiast wymienił zakazane porozumienia. Celem zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 ust. 1 OchrKonKU jest

⁸⁹ Rozporządzenie RM z 30.3.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. Nr 81, poz. 441.

⁹⁰ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 15.3.1995 r., XVII Amr 66/94, Wokanda 1996, Nr 3, s. 46.

⁹¹ K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 160.

⁹² Decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011 r., DOK 7/2011.

⁹³ Wyr. ETS z 14.7.1972 r., 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, zob. decyzja z 31.12.2007 r., DOK 99/2007, www.uokik.gov.pl/download.php?plik=5954.

ochrona rynku przez zachowaniami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym⁹⁴. Porozumienia ograniczające konkurencję stanowią istotne zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania mechanizmów rynkowych. Istnienie konkurencji na rynku gwarantuje swobodę działania i podejmowania niezależnych decyzji przez wszystkie działające na rynku przedsiębiorstwa. Celem zakazu porozumień ograniczających konkurencję jest optymalizacja efektywności działań ekonomicznych oraz ochrona interesów konsumentów, którzy przecież należą do najsłabszych uczestników rynku. Dla konsumentów konkurencja oznacza niższe ceny, bogatszą ofertę i wyższą jakość towarów i usług, a także możliwość dokonywania racjonalnych wyborów takich produktów, które najpełniej zaspokajają ich potrzeby⁹⁵. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają obowiązek niezależnego podejmowania decyzji dotyczących ich udziału w postępowaniu, w tym sporządzania oferty. Wymóg ten wyłącza możliwość jakichkolwiek bezpośrednich czy pośrednich kontaktów pomiędzy wykonawcami zamówienia publicznego, uczestnikami rynku, których celem lub skutkiem byłoby wpływanie na ich zachowanie rynkowe i stworzenie warunków konkurencji odmiennych od tych panujących w normalnych warunkach na danym rynku⁹⁶. Niezależnie od formy tej koordynacji czy współpracy jest ona zakazana w świetle OchrKonKU.

⁹⁴ K. Strzyczkowski wskazuje, że art. 6 ust. 1 OchrKonKU zawiera zasadę zakazu praktyk ograniczających konkurencję zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, s. 393 i n.

⁹⁵ Tak Prezes UOKiK w decyzji z 28.4.2010 r., RKT 4/2010, Dz.Urz. UOKiK Nr 3, poz. 17.

⁹⁶ Zob. decyzja prezesa UOKiK z 16.12.2013 r., Nr RKT 46/2013.