

Wstęp

Prawidłowe funkcjonowanie mechanizmu konkurencji zakłada, aby uczestnicy rynku samodzielnie podejmowali decyzje, co do określenia swoich zachowań rynkowych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencja stanowi szczególną wartość. Nadrzędnymi zasadami systemu zamówień publicznych, które zostały wyartykułowane w art. 7 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ są: zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów uczestniczących w zamówieniu. Powyższa zasada ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, jej niezakłócone funkcjonowanie umożliwia zamawiającemu prawidłowe prowadzenie postępowania oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Po drugie, wykonawcy mają zapewniony równy dostęp do zamówienia publicznego, gdy ich współzawodnictwo na rynku zamówień publicznych jest uczciwe. Równy dostęp do zamówienia oznacza eliminację zachowań zniekształcających konkurencję, czyli nieuczciwej konkurencji oraz porozumień ograniczających konkurencję. Istotne staje się zagwarantowanie, aby wykonawcy ubiegali się o uzyskanie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji.

Z uwagi na konkurencję cenową na rynku zamówień publicznych pomiędzy wykonawcami zamówienia publicznego dochodzi do walki rynkowej. Konkurencja cenowa jest nieodzownym, a zarazem pożądanym elementem rywalizacji o uzyskanie zamówienia publicznego. Jednak zafałszowanie warunków konkurencji może prowadzić do nieodwracalnych, negatywnych skutków dla rynku zamówień publicznych. Wówczas decyzja gospodarcza zamawiającego, co do wyboru najkorzystniejszej oferty zostaje zniekształcona. Dokonany wybór nie jest bowiem najkorzystniejszy w świetle zawartej w PrZamPubl definicji najkorzystniejszej oferty².

Na straży uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stoją regulacje przeciwdziałające naruszeniom konkurencji na rynku zamówień publicznych. Chodzi w tym przedmiocie zarówno o rynek konkretnego przedmiotu zamówienia publicznego (dostawy, usługi, roboty budowlanej), jak i rynek zamówień publicznych. Zarówno prawo zamówień publicznych, jak i prawo konkurencji (ustawa z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³ oraz ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁴) zawierają przepisy przeciwdziałające i eliminujące porozumienia przetargowe. Orzekanie o stosowaniu poro-

¹ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.; dalej jako PrZamPubl.

² Zob. art. 2 pkt 5 PrZamPubl.

³ T.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

mień przetargowych odbywa się w postępowaniu przed KIO, sądami powszechnymi, jak i przed Prezesem UOKiK.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych obejmuje protekcją istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień. Każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi również w interes publiczny, w celu realizacji którego zamówienie jest udzielane. Wykonawcy zamówienia publicznego konkurują ofertami w dostępie do zamówienia. Efektywność systemu zamówień publicznych ma zapewnić wybór najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy dochodzi do porozumień między wykonawcami konkurencja zostaje naruszona, a efektywność systemu zamówień publicznych zakłócona. Zmowy przetargowe między wykonawcami lub wykonawcą a zamawiającym powodują zakłócenia funkcjonowania systemu zamówień publicznych, godząc w cel udzielenia zamówienia publicznego – wybór najkorzystniejszej oferty składanej przez oferentów w warunkach konkurencji⁵. Najkorzystniejsza oferta to taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną⁶. W zależności od kryteriów oceny ofert ustanowionych przez zamawiającego możemy mieć do czynienia z bardziej lub mniej konkurencyjną walką o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe sprawia, że w postępowaniach, gdzie cena jest jedynym kryterium wyboru oferty występuje większe prawdopodobieństwo zawarcia zmowy wykonawców, niż w innych zamówieniach (w których ustanowiono również pozacenowe warunki wyboru najkorzystniejszej oferty).

Uzgodnienia między przedsiębiorcami, które przecież mogą mieć różną postać, zakłócają efektywność wyboru. Wynik przetargu zostaje bowiem uzgodniony ustalony wcześniej wskutek dokonanych uzgodnień przez strony porozumienia przetargowego. Stworzone przez uczestników porozumienia pozory konkurencji prowadzą do wyeliminowania reguł konkurencji, jakie w założeniach ma gwarantować przetarg publiczny. Gdy postępowanie obarczone jest znową przetargową, to zostaje naruszona zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Również cel systemu zamówień publicznych, jakim jest zagwarantowanie wykonawcom równego (niedyskryminacyjnego) dostępu do zamówień publicznych nie może zostać osiągnięty. W wyniku zakłócenia konkurencji cena przedmiotu zamówienia publicznego zostaje sztucznie zawyżona i przestaje być obiektywną informacją o faktycznym poziomie oferty cenowej na tego rodzaju usługi, jaką można uzyskać lub wynegocjować⁷. Kluczowe znaczenie mają zatem skuteczne instrumenty przeciwdziałania znowom wykonawców oraz ich eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych ma zapewnić prawidłowe gospodarowanie środkami publicznymi. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobligowany nie tylko do przestrzegania przepisów PrZamPubl,

⁵ Wyrok SN z 14.1.2009 r., III SK 26/08, Legalis; wyr. SO w Szczecinie z 30.5.2011 r., C 317/09, www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=4846.

⁶ W przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego – zob. art. 2 pkt 5 PrZamPubl.

⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RŁO 61/2013.

ale także wydatkowania środków publicznych zgodnie z przepisami ustawy z 27.8.2009 r. o finansach publicznych⁸. Zamawiający występuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w podwójnej roli. Jest „rzecznikiem” interesu publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁹, co obliguje go do zapewnienia przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych. W zamówieniach publicznych mamy do czynienia z interesem zamawiającego – gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, interesem publicznym oraz interesem wykonawców zamówienia publicznego. Zderzenie się tych interesów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sprawia, że niezbędne jest ich wyważenie w celu zapewnienia prawidłowej realizacji celu udzielenia zamówienia publicznego. Jak podkreśla się w orzecznictwie „dokonując oceny czynności podejmowanych przez zamawiającego w kontekście interesu publicznego, należy poza zasadami PrZamPubl uwzględniać także inne obowiązujące przepisy prawa, do których przestrzegania zobowiązany jest zamawiający, w tym przede wszystkim ustawy o finansach publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale uwzględnienia również pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych”.

Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi dążyć do przestrzegania w nim praw wykonawców. Z punktu widzenia udzielenia zamówienia publicznego, kluczowe znaczenie ma kwestia celowości wydatkowania środków publicznych. Naruszenie przez zamawiających zasad wydatkowania środków publicznych prowadzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych¹⁰. Należy wskazać, iż każdy wy-

⁸ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.

⁹ Zgodnie z art. 2 pkt 7a PrZamPubl, 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 umowy.

¹⁰ Zob. art. 18c ust. 1 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 168), który wskazuje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych, jeżeli miało ono wpływ na: 1) uszczuplenie wpływów należnych tej jednostce, Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego; 2) dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w planie finansowym jednostki; 3) zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągnięcia zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych; 4) niewykonanie w terminie zobowiązania jednostki, w tym obowiązku zwrotu należności celnej, podatku, nadpłaty lub nienależnie opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne; 5) udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych; 6) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na który umowa może być zawarta, lub w przypadku wniesienia odwołania – terminu jej zawarcia; 7) niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów

datek powinien być nie tylko planowany, ale również powinien znaleźć oparcie w przepisach prawa. Wydatkowanie środków publicznych musi być celowe oraz oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów¹¹.

Celem (istotą) zamówień publicznych jest zapewnienie efektywności alokacji środków publicznych. Zamawiający jest zobligowany do zapewnienia efektywności wydatkowania środków publicznych. Niezależnie bowiem od kategorii podmiotu udzielającego zamówienia publicznego jest ono realizowane ze środków publicznych. Zamówienia publiczne mają zapewnić efektywną realizację zadań publicznych, które są nałożone na podmioty organizujące postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy, usługi, roboty budowlane¹². Zmowy wykonawców godząc w cel udzielenia zamówienia publicznego wpływają niekorzystnie na wydatkowanie środków publicznych na zamówienie publiczne.

Główny problem badawczy sprowadza się do ustalenia znaczenia antykonkurencyjnego celu przy kwalifikacji porozumień wykonawców (niezależnie od ich formy) jako zakazanych porozumień przetargowych. Czy istniejące regulacje prawne zapewniają skuteczną ochronę rynku zamówień publicznych przed uzgadnianiem warunków składanych przez wykonawców ofert? Udzielenie odpowiedzi to pytanie wymaga przeprowadzenia oceny, czy w prawie zamówień publicznych oraz prawie konkurencji istnieją wystarczające podstawy prawne umożliwiające ich kwalifikację oraz zwalczanie ich stosowania. Skuteczność ochrony konkurencji w prawie zamówień publicznych wymaga nie tylko jasnych przepisów materialno prawnych, ale też skutecznego ich egzekwowania. Odmienność wykładni przepisów dotyczących zmów przetargowych ogranicza skuteczność zakazu porozumień przetargowych.

Główna teza badawcza pracy zawiera się w twierdzeniu, że regulacja prawna porozumień przetargowych w prawie zamówień publicznych oraz prawie konkurencji nie pozwala efektywnie chronić konkurencji na rynku zamówień publicznych. Wady i braki istniejących regulacji prawnych sprawiają, że po pierwsze, wykonawcy (wykonawcom) uczciwie działającym na rynku może zostać postawiony zarzut zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przetargowego, po drugie – wykonawca (wykonawcy) będący w porozumieniu, mogą nie ponieść sankcji z tego tytułu¹³. Główny problem ma podstawy nie tylko w odmiennej interpretacji dokonywanej przez organ antymonopolowy oraz KIO. Niejasność przepisów powoduje odmienność interpretacji, co także wpływa niekorzystnie na efektywność zakazu zawierania porozumień przetargowych.

Powyższe skłoniło do zaprezentowania właściwej wykładni przepisów, które mają kluczowe znaczenie dla oceny, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do zawarcia z umowy przetargowej. Z ubolewaniem należy przyjąć ostatnią nowelizację PrZamPubl z 29.8.2014 r., która nie została wykorzystana w celu poprawy, a raczej zlikwi-

o zamówieniach publicznych; 8) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych określających przesłanki unieważnienia tego postępowania; 9) zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz inne określone w pkt 10–13.

¹¹ Zob. wyr. KIO z 9.5.2012 r., KIO 815/12, 826/12, 837/12, Legalis.

¹² *Ch. Bovis, The Liberalisation of Public*, s. 4 i n.

¹³ Od 2003 r. do połowy roku 2014 r. organ antymonopolowy wydał jedynie 29 decyzji w sprawach zmów przetargowych.

dowania wad i braków w przepisach prawnych. Intencją podjętą w pracy stało się wypracowanie rozwiązań, które doprecyzują aktualne rozwiązania.

Punktem wyjścia dla dalszych badań stało się przyjęcie kilku założeń:

- 1) definicja porozumienia przetargowego ma uniwersalny charakter, ale wymaga doprecyzowania przez przyjęcie jego wyznaczników;
- 2) zмова przetargowa może wystąpić w zwykłej lub w kwalifikowanej postaci, co wpływa (wymaga) zindywidualizowanego podejścia przez organ oceniający (badający) charakteru udziału (antykonkurencyjny lub konkurencyjny) tych podmiotów w zamówieniu;
- 3) eliminacja porozumień przetargowych wykonawców powinna mieć miejsce już w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wówczas można jeszcze „uratować” cel jego prowadzenia;
- 4) efektywność zamówień publicznych jest zapewniona przez funkcjonowanie skutecznych mechanizmów zwalczania porozumień przetargowych i to niezależnie od reżimu prawnego (administracyjny, cywilny).

Rozdział pierwszy dotyczy przede wszystkim kwestii pojęciowych oraz wzajemnych relacji pomiędzy definicjami występującymi w różnych aktach prawnych. Ustalenia w tym przedmiocie staną się pomocne dla rozważań podjętych w kolejnych rozdziałach.

Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy przeciwdziałające zmomom przetargowym, jednak nie zawiera definicji tego pojęcia. W tym zakresie niezbędne jest sięgnięcie do definicji porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zawartej w art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje w art. 6 ust. 1 stosowania porozumień ograniczających konkurencję. Natomiast u podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym¹⁴. Warto wskazać, że przeciwdziałanie zmomom przetargowym jest sztandarowym zadaniem UOKiK w strategii działań na lata 2014–2018¹⁵.

W związku z tym, że w PrZamPubl nie występuje odwołanie do definicji porozumienia przetargowego z art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU kluczowe znaczenie ma ustalenie zakresu stosowania tego pojęcia na gruncie zamówień publicznych.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań staje się zatem zaproponowanie definicji porozumienia przetargowego. Identyfikacja mechanizmu współpracy wykonawców wymusza wyspecyfikowanie form tej współpracy, która jednocześnie będzie kwalifikowana jako niedozwolona. Analizy przeprowadzone w rozdziale pierwszym mają umożliwić:

- 1) ustalenie znaczenia oraz zakresu podmiotowego funkcjonowania zasady uczciwej konkurencji oraz jej wpływu na ocenę zachowań wykonawców w postępowaniu;
- 2) ustalenie zakresu pojęciowego porozumienia przetargowego jako porozumienia ograniczającego konkurencję;
- 3) ustalenie rozumienia pojęcia wykonawcy w świetle pojęcia przedsiębiorcy z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako adresatów zakazu zawierania porozumień przetargowych, w tym także podwykonawcy jako podmiotu odpowiedzialnego;

¹⁴ Decyzja prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU 38/2012, www.uokik.gov.pl.

¹⁵ UOKiK zamieścił wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu zmowy przetargowej.

- 4) zdefiniowanie celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odniesienie do niego celu uczestników umowy przetargowej.

W rozdziale drugim kompleksowo przedstawione zostaną porozumienia przetargowe w świetle ustawy prawo zamówień publicznych. Analiza ich stosowania na podstawie PrZamPubl wymagała ustalenia:

- 1) jaki jest zakres pojęcia porozumienia przetargowego wykonawców oraz wyznaczników kwalifikacji porozumienia pomiędzy wykonawcami jako umowy przetargowej;
- 2) najczęstszych form umowy przetargowej z uwzględnieniem identyfikacji mechanizmu współpracy;
- 3) zbadania znaczenia formy, treści oraz sposobu składanych ofert dla kwalifikacji porozumienia pomiędzy wykonawcami jako umowy przetargowej;
- 4) czy w ustawie prawo zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu określonych podmiotów (konsorcjum przetargowe, podmioty należące do grupy kapitałowej) mamy do czynienia z kwalifikowanymi formami porozumień między wykonawcami;
- 5) czy można wyspecyfikować okoliczności, których wystąpienie ułatwi ocenę antykonkurencyjnego lub konkurencyjnego udziału w postępowaniu konsorcjum oraz wykonawców należących do grupy kapitałowej;
- 6) czy koncepcja *single economic unit* znajdzie zastosowanie w prawie zamówień publicznych;
- 7) czy ustawa prawo zamówień publicznych zawiera przepisy prewencyjne i eliminujące umowy zwykłe i kwalifikowane wykonawców.

Rozdział trzeci został poświęcony kwalifikacji porozumienia przetargowego wykonawców jako deliktu nieuczciwej konkurencji. Kwalifikacja zachowań wykonawców jako umowy przetargowej prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak podstawę jej odrzucenia stanowi udowodnienie przez zamawiającego w postępowaniu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wskutek działań wykonawców będących w umowie zamawiający nie tylko zostaje pozbawiony wyboru spośród konkurencyjnych ofert. Porozumienie między wykonawcami wymusza na zamawiającym dokonanie wyboru oferty określonego wykonawcy (będącego w umowie). Jego celem jest stworzenie niekorzystnych dla zamawiającego warunków do wyboru oferty. Nieuczciwe warunki wymuszają dokonanie wyboru niekorzystnej dla zamawiającego oferty. Analizy dotyczące umowy przetargowej jako czynu nieuczciwej konkurencji zmierzają do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) jakie są przesłanki kwalifikacji umowy wykonawców jako deliktu nieuczciwej konkurencji;
- 2) jakie są ustawowe kryteria kwalifikacji zachowania wykonawcy będącego w umowie jako przejawu utrudniania dostępu do rynku;
- 3) jaki jest stosunek rażąco niskiej ceny do ceny poniżej kosztów wytworzenia (świadczania);
- 4) czy ustawa prawo zamówień publicznych dopuszcza stosowanie dowodów pośrednich przy udowodnieniu stosowania porozumienia przetargowego, a w związku z tym, czy obowiązuje określony standard dowodu;

- 5) jakie znaczenie mają kryteria wyboru oferty z punktu widzenia oceny ułatwienia stosowania zmowy przetargowej;
- 6) czy prawo zamówień publicznych zawiera wystarczające sankcje o charakterze represyjnym i prewencyjnym wobec porozumień przetargowych;
- 7) czy możliwe i potrzebne jest przyjęcie wykładni przesłanek zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a PrZamPubl, w świetle celu wprowadzenia tego przepisu;
- 8) czy potrzebne byłoby wprowadzenie jasnej podstawy (przesłanki) odrzucenia oferty wykonawcy w związku ze stosowaniem porozumienia przetargowego.

Rozdział czwarty dotyczy antymonopolowej kwalifikacji porozumień przetargowych. Uzgodnienia wykonawców w zakresie warunków składanych ofert są kwalifikowane jako praktyki ograniczające konkurencję, których stosowanie jest zakazane na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU. Tego rodzaju porozumienia należą do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Warto przypomnieć, że zmowy przetargowe były również zakazane na mocy art. 4 ustawy z 24.1.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów¹⁶. Jednak nie była ona wymieniona w katalogu przykładowych, zakazanych porozumień antykonkurencyjnych. Na gruncie ustawy z 2000 r. oraz ustawy z 2007 r. porozumienia przetargowe są uznawane za szczególnie szkodliwe dla obrotu gospodarczego, z uwagi na to, iż ich celem jest wyeliminowanie bądź ograniczenie konkurencji tam, gdzie przedsiębiorca lub inny podmiot, rezygnując ze swobodnego doboru kontrahenta bądź dobrowolnie, bądź wykonując obowiązki wynikające z ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jak pokazuje praktyka stosowania przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonKU celem lub skutkiem porozumień przetargowych może stać się ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z punktu widzenia kwalifikacji porozumień przetargowych jako naruszających zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję nie ma znaczenia, czy rzeczywiście antykonkurencyjny skutek porozumień przetargowych ma miejsce. Analizy dotyczące porozumień ograniczających konkurencję zmierzają do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) jaki jest zakres podmiotowy i przedmiotowy porozumień przetargowych;
- 2) jakie są podstawy kwalifikacji zachowania wykonawcy (wykonawców) jako praktyki ograniczającej konkurencję, zakazanej na mocy art. 6 ust. 1 OchrKonKU;
- 3) czy ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów dopuszcza dowody pośrednie w wykazywaniu faktu zawarcia zmowy;
- 4) czy jako zmowa przetargowa może być kwalifikowane porozumienie wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej (co wymaga odniesienia do przepisów PrZamPubl);
- 5) czy jest możliwe stosowanie do porozumień przetargowych wyłączeń indywidualnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;
- 6) jakie są przesłanki umożliwiające przedsiębiorcy (wykonawcy) wykazanie, że porozumienia przetargowe spełnia warunki wyłączenia indywidualnego.

Zmowa przetargowa godzi w interes publiczny oraz zniekształca zasady konkurencji w postępowaniu przetargowym. Zmowy przetargowe mogą prowadzić do zakłócenia

¹⁶ Tj. Dz.U. z 1999 r. Nr 99, poz. 1161.

funkcjonowania systemu zamówień publicznych, poprzez „zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji”¹⁷.

Porozumienia przetargowe podlegają podwójnemu reżimowi prawnemu w ustawie – Prawo zamówień publicznych oraz UOKiK. Ustawa – Prawo zamówień publicznych przeciwdziała znowom wykonawców przez regulacje dotyczące wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzucania ofert. Sankcje z tytułu udziału wykonawców powiązanych dotyczą także sankcji pieniężnych (utrata wadium). Zamawiający bowiem wydatkują środki publiczne zgodnie z zasadą celowości i gospodarności.

Efektywność systemu zamówień publicznych wiąże się z koniecznością zapewnienia skuteczności sankcji z tytułu stosowania zmów przetargowych. To przede wszystkim zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek monitorowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający muszą bowiem „uczulić” się na pewne zachowania wykonawców, które mogą sugerować, iż doszło do zawarcia umowy przetargowej. Należą do nich:

- 1) okoliczności związane z treścią złożonych ofert (np. identyczność ofert błędów, sposób kalkulacji);
- 2) cechy przedsiębiorców (powiązania, więzy rodzinne, umowy o podwykonawstwo);
- 3) zachowania przedsiębiorców (jednoczesne złożenie ofert, częste kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, złożenie ofert innych wykonawców przez określonego wykonawcę);
- 4) porównanie zachowań wykonawców do zachowań z innych postępowań, w których brali udział¹⁸.

Wykonawcy będący w umowie powinni „odczuć” konsekwencje stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję, a sankcja wykluczenia z postępowania nie realizuje funkcji represyjnej. W związku z tym sankcje administracyjne zapobiegają naruszeniom konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Sankcje administracyjne zostały przedstawione w rozdziale piątym. Ich analizie towarzyszą pytania o:

- 1) rodzaj sankcji z tytułu stosowania porozumienia przetargowego;
- 2) skuteczność sankcji administracyjnych w zwalczaniu porozumień przetargowych;
- 3) stosunek sankcji administracyjnych do sankcji cywilnoprawnych;
- 4) czy sankcje administracyjne zapewniają realizację zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przegląd orzecznictwa antymonopolowego z zakresu stosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 pozwala stwierdzić, iż aktywność orzecznicza prezesa UOKiK nie jest imponująca. Ale biorąc pod uwagę tajność tych porozumień, co wpływa na udowodnienie ich zawarcia, należy żywić nadzieję na jej zwiększenie (do czego może przyczynić się instytucja dobrowolnego poddania się karze). Do stycznia 2014 r. wydano 29 decyzji dotyczących zmów przetargowych. Prezes UOKiK najczęściej wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą jej zaniechanie. Brak sankcji administracyjnej w postaci niestwierdzenia przez organ antymonopolowy, iż porozumienia przetargowe to działania ograniczające konkurencję, mogłaby spowodować, iż wśród przedsiębiorców funkcyjonu-

¹⁷ Wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII Ama 117/05, niepubl.

¹⁸ Wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu umowy przetargowej.

jących na tym rynku utrwaliłoby się przekonanie, iż porozumienia takie są dopuszczalne i stanowią legalny środek do osiągnięcia swoich celów gospodarczych i rynkowych¹⁹. Warto także wskazać, że skuteczność zwalczania zmów przetargowych została wzmocniona wskutek wydłużenia do 5 lat okresu przedawnienia. Wpłyne to korzystnie na rynek zamówień publicznych i zwiększy wykrywalność zmów przetargowych. Wydłużenie terminu przedawnienia zwiększy efektywność zakazu zmów przetargowych przez zwiększenie ich wykrywalności. Zamawiający nie muszą już obawiać się przedawnienia. W ramach badania przedawnienia istotne staje się jednak ustalenie daty zaprzestania stosowania umowy przetargowej²⁰.

Chciałabym podziękować za udostępnienie orzecznictwa dotyczącego zmów przetargowych Pani Wiceprezes UOKiK Dorocie Karczewskiej.

Warszawa, luty 2015 r.

dr *Małgorzata Sieradzka*

¹⁹ Tak zob. decyzja prezesa UOKiK, RWR 12/2003.

²⁰ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 2.7.2003 r., w której organ antymonopolowy nie mógł wszcząć postępowania przeciwko jednej ze spółek z uwagi na termin przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego, określony w art. 93 OchrKonKU.