

Rozdział I. Wprowadzenie do zagadnienia odpowiedzialności karnej za przestępstwo zmywy przetargowej

§ 1. Identyfikacja form zmywy przetargowej

Zmowy przetargowe występują w wielu formach, co umożliwia wyróżnienie najczęstszych mechanizmów niedozwolonych uzgodnień. Niezależnie jednak od formy niedozwolonego porozumienia fakt zmywy przetargowej może być udowodniony przy pomocy dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W orzecznictwie podkreśla się, że „wykazanie istnienia zmywy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. Podmioty, które dopuszczają się takich działań, mając świadomość ich nielegalnego charakteru, zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy (...)”¹.

Pozory rzeczywistej konkurencji stwarza m.in. składanie tzw. ofert komplementarnych, które są tak przygotowane, że tylko jedna z nich może być wybrana jako najkorzystniejsza. Jako forma rekompensaty za rezygnację z udziału w postępowaniu może wystąpić również kontrakt podwykonawczy z wykonawcą, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego².

¹ Wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII AmA117/05.

² Zob. wyr. KIO z 13.6.2013 r., KIO/UZP 1282/13.

Zmowy przetargowe mogą przejawiać się w składaniu³:

- 1) ofert ograniczanych (*bid suppression*),
- 2) ofert podkładowych (*cover bidding*),
- 3) ofert podziałowych,
- 4) ofert na zmianę – rotacji ofert.

Często w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do zawierania porozumień pomiędzy konsorcjantami czy też składania ofert przez podmioty powiązane. Wskazane przykłady zachowań w sytuacji stwierdzenia ich niezgodności z prawem należy nazywać kwalifikowanymi formami zmowy przetargowej⁴.

Ograniczanie ofert polega na składaniu ofert, które ostatecznie nie „biorą udziału” w czynności otwarcia ofert. Ograniczanie ofert może polegać na składaniu przez wykonawców niepełnych ofert, wycofaniu złożonych wcześniej ofert przed ich otwarciem, czy też odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego po ogłoszeniu wyniku postępowania. Wykonawcy mogą celowo składać niepełne oferty, a następnie w trybie ich uzupełniania nie dostarczyć wymaganych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw.

Ograniczanie ofert stanowi wynik porozumienia w zakresie koordynacji wzajemnych zachowań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ich podjęcie lub zaniechanie ma doprowadzić do pozostawienia w postępowaniu oferty wykonawcy wytypowanego przez wykonawców pozostających w zmowie⁵. W tej sytuacji zamawiający zostaje zmuszony do dokonania wyboru, który stanowi przejaw zachowania uzgodnionego wcześniej przez wykonawców będących w antykonkurencyjnym porozumieniu. W postępowaniu pozostają jedynie oferty niekorzystne dla zamawiającego, w tym także oferta wykonawcy biorącego udział w porozumieniu typowana na naj-

³ M. Sieradzka, Zmowy, s. 1; zob. decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2014 r., RLU 37/2013, w której Prezes UOKiK stwierdził: „w sprawie mamy bowiem do czynienia z działaniem stron polegającym na nieuzasadnionym złożeniu dwóch ofert przez jednego wykonawcę – spółkę – raz w ramach konsorcjum, a raz jako kompleksowego podwykonawcy. Uznać więc należy, że podjęte przez strony działania zmierzały do zakłócenia konkurencji w przetargu, poprzez zniekształcenie informacji na temat rzeczywistych konkurujących wykonawców. W konsekwencji zidentyfikowane zachowanie wzmocniło pozycję wykonawcy, nieuczciwie podwajając w stosunku do innych uczestników przetargu szansę tego przedsiębiorcy na realizację zamówienia i ograniczyło uprawnienie zamawiającego do wyboru zwycięskiej oferty spośród ofert rzeczywiście konkurujących”.

⁴ Taki podział proponuje M. Sieradzka, Zmowy, s. 80 i n.

⁵ Zob. R.D. Anderson, W.E. Kovacic, Competition Policy and International Trade Liberalization: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets, Public Procurement Law Review 2009, Nr 18, s. 80 i n.

korzystniejszą. Powyższe możemy zobrazować następującym przykładem: wykonawcy złożyli oferty, przed dokonaniem oceny ofert zajmują one kolejno pierwsze i drugie miejsce. W wyniku wycofania pierwszej oferty z najniższą ceną zostaje wybrana oferta z ceną wyższą, która jest niekorzystna dla zamawiającego⁶.

Uzasadnione staje się przyjęcie poglądu, że ograniczanie ofert prowadzi do zamierzonej rezygnacji z udziału w postępowaniu na rzecz określonego wykonawcy będącego w zmwowie. Uchylenie się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy, bez podania żadnej obiektywnej przyczyny rezygnacji, wywołuje podejrzenie zawarcia w postępowaniu umowy przetargowej. Należy pamiętać, że w sytuacji gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. W tych okolicznościach w wyniku niezasadnionej rezygnacji z udziału z postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wybierze ofertę niekorzystną – droższą od najkorzystniejszej⁷. Poza tym fakt odstąpienia przez wykonawcę od zawarcia umowy po ogłoszeniu wyników przetargu jest trudny do wytłumaczenia przez podmiot kierujący się racjonalnymi przesłankami ekonomicznymi. Przecież głównym celem udziału przedsiębiorcy przystępującego do przetargu jest uzyskanie zamówienia, a wycofanie się z zawarcia umowy o realizację zamówienia w przypadku wygrania przetargu może być podyktowane tylko przyczynami obiektywnymi, ważnymi, niespodziewanymi i nagłymi⁸. Jak podkreślił Prezes UOKiK w jednej z wydanych decyzji: „Wycofanie się z postępowania przetargowego przez przedsiębiorcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy braku istnienia wiarygodnego wytłumaczenia, może wskazywać na działanie w ramach umowy przetargowej. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują bowiem, że przedsiębiorca, który angażuje swój czas i środki na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu przetargowym, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zdecyduje się na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i realizację zamówienia, nie zaś na uchy-

⁶ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RŁO 62/2013.

⁷ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2015 r., RKR 18/2015, w której uznał, że strony postępowania stosowały mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert. Oferty wykonawców były „rozstawiane”, tj. oferowane przez strony postępowania ceny były odpowiednio różnicowane, następnie po otwarciu ofert, gdy przedsiębiorcy uzyskiwali wiedzę, że ich oferty zawierają dwie kolejno najniższe ceny, oferta tego z przedsiębiorców, który zaoferował niższą cenę, była wycofywana.

⁸ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RKR 51/2013.

lenie się od zawarcia umowy i rezygnację z realizacji zamówienia. Nieuzasadniona rezygnacja z zawarcia umowy może zatem stanowić podstawę domniemania o istnieniu zmywy przetargowej. Dowód na istnienie praktyk uzgodnionych może być obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmywy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nieodwołujący się do tego rodzaju praktyk⁹.

W sytuacji ograniczania ofert często mamy do czynienia z sytuacją, gdy inny uczestnik zmywy jest podwykonawcą zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 31.5.2010 r.¹⁰ wskazała, że przykładem zmywy przetargowej może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów, tak aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmywie. Powyższe ma miejsce w sytuacji, gdy oferenci nie dołączają do oferty wymaganych prawem oświadczeń lub dokumentów, a następnie w trybie wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia braków wykonawca składający najkorzystniejszą ofertę nie dostarcza przedmiotowego oświadczenia lub dokumentu. W konsekwencji prowadzi to do wyboru przez zamawiającego innej oferty, ale niekorzystnej cenowo¹¹. Składanie ofert ograniczanych należy kwalifikować jako świadome działania zmierzające do wpłynięcia na wynik postępowania przez wycofywanie ofert lub ich nieuzupełnianie, w szczególności ofert tańszych, aby zamawiający dokonał wyboru najdroższej oferty złożonej przez wykonawców będących w porozumieniu¹².

Istotą porozumienia przetargowego jest uzgodnienie warunków składanych ofert i zasad postępowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane uzgodnienie przybiera postać koordynacji wyłączającej konkurencję w postępowaniu. Odstąpienie od umowy jednego z uczestników porozumienia w celu przejścia umowy przez drugiego uczestnika, która

⁹ Decyzja prezesa UOKiK z 30.12.2015 r., RKR 18/2015.

¹⁰ Zob. wyr. KIO z 31.5.2010 r., KIO/UZP 867/10.

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.7.2005 r., RPZ 20/2005.

¹² Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 7.5.2014 r., KIO/UZP 813/14 wskazała, że charakterystyczne dla wykonawców (trzech wykonawców) było składanie w postępowaniach (również w przedmiotowym postępowaniu) uzupełnianych dokumentów w tym samym dniu (o tej samej godzinie), nieoczekiwane nieuzupełnienie dokumentów w poszczególnych ofertach tylko na niektóre części zamówienia, których złożenie zwykle nie stanowi dla tych przedsiębiorców żadnego problemu i jest bez problemu dokonywane w innych częściach zamówienia. Powyższe, zdaniem zamawiającego, świadczyło o istnieniu pomiędzy wykonawcami zmywy przetargowej. Zob. też wyr. SN z 14.1.2009 r., III SK 26/08, OSN 2010, Nr 13–14, poz. 179, s. 608.

w danym przetargu zaoferowała wyższą cenę, oznacza, że uczestnicy porozumienia osiągnęli swój cel¹³.

W tym miejscu warto wskazać, że możemy zidentyfikować sytuacje, gdy celem składania ofert ograniczanych może być podział danego zamówienia, na które wykonawcy będący w zmwowie składają oferty. W sytuacji składania ofert częściowych wykonawcy mogą uzgodnić treści składanych ofert, tak aby osiągnąć zamierzony rezultat. Wykonawcy składający najniższe oferty mogą, np. przez błąd w obliczeniu ceny, niejako ustąpić miejsca droższej ofercie, ale także spośród wykonawców pozostających w zmwowie¹⁴. Zaoferowanie najniższych cen dla wszystkich części zamówienia, ze względu na całokształt sytuacji, zmierzało do uzyskania zamówienia w całości przez wykonawców będących w zmwowie, co pozwoliło na dokonanie kalkulacji cen na możliwie niskim poziomie¹⁵.

Składanie ofert podkładowych nazywanych też kurtuazyjnymi czy zabezpieczającymi zmierza do zabezpieczenia udziału w postępowaniu innemu uczestnikowi postępowania, przez stworzenie jedynie pozorów konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane pozory konkurencji tworzy właśnie złożenie ofert, które jednak z uwagi na pewne cechy, jak np. niepełność, nie mogą stać się przedmiotem oceny w trybie badania i oceny ofert. Chodzi zwłaszcza o te postępowania, w których dla ich ważności wymagana jest określona liczba wykonawców, którzy muszą złożyć oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto wskazać, że oferty podkładowe są również nazywane ofertami pozornymi, gdyż ich faktyczne złożenie nie może wywrzeć skutku w postaci dostępu do zamówienia publicznego. Owa niepełność ofert podkładowych wynika z różnych przyczyn – niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.10.2012 r., RWR 31/2012.

¹⁴ Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że bezsprzecznie obaj wykonawcy zaoferowali najniższe ceny we wszystkich częściach postępowania, a w części III i VI doszło niejako do „ustąpienia miejsca” wykonawcy, który złożył ofertę droższą (wskutek wskazania we własnej ofercie błędu w obliczeniu ceny). W ten sposób doszło do podziału rynku – każda z tych firm otrzymała po trzy części zamówienia, przy czym dla części III i VI ewidentnie nie odbyło się to w warunkach walki konkurencyjnej. W takich okolicznościach Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl, stwierdzając, że Prawo zamówień publicznych nie daje mu ku temu odpowiednich instrumentów. Jednak Zamawiający podjął daleko idące wątpliwości w tej kwestii, skoro zdecydował się zawiadomić o faktach zaistniałych w postępowaniu Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyr. KIO z 4.5.2015 r., 802/15).

¹⁵ Tamże.

ków zamówienia publicznego, błędów oferty, zaferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego, a także już po wyborze najkorzystniejszej oferty – uchylenia się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezależnie jednak od nich złożenie ofert podkładowych nie jest przypadkowe, lecz stanowi wynik celowego postępowania wykonawców będących w zmwowie.

Składanie oferty zabezpieczającej polega na złożeniu oferty cenowej wyższej od oferty typowanej jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu w celu wywołania pozorów konkurencji¹⁶. Najczęściej, aby zapewnić pewną pozycję wytypowanej ofercie, przedsiębiorcy składają oferty o znikomej różnicy cenowej w porównaniu z ofertami konkurentów. To właśnie poprzez składanie ofert przez wykonawców, które zawierają niewielką różnicę w cenie, następuje wzajemne zabezpieczenie wyboru wykonawcy składającego ofertę z wyższą ceną¹⁷. Z uwagi na powyższe w ostateczności oferty podkładowe zostają wyłączone spod oceny, co w konsekwencji prowadzi do wyboru oferty wykonawcy biorącego udział w porozumieniu, jednak niekorzystnej dla zamawiającego. Jak wskazał Prezes UOKiK w jednej z wydanych decyzji, mechanizm składania oferty kurtuazyjnej polega na „uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma za zadanie uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu czy wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie niska. Zawiera ona często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez nabywcę lub błędy formalne”¹⁸.

Obserwacja praktyki orzeczniczej pozwala wyspecyfikować sytuacje, kiedy mamy do czynienia ze składaniem ofert podkładowych. Oferty podkładowe mogą przejawiać się w:

- 1) składaniu oferty niemożliwej do przyjęcia pod względem cenowym (kryterium cenowe);
- 2) składaniu oferty niemożliwej do przyjęcia po względem warunków w niej zawartych (kryterium przedmiotowe);
- 3) wycofaniu się z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przez odmowę podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej z wyróżnionych sytuacji możemy mieć do czynienia ze złożeniem oferty z ceną, która znacznie przewyższa inne oferty w postępowaniu.

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.10.2012 r., RPZ 28/2012.

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RKR 51/2013.

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2014 r., DOK 10/2014.

Celem działania wykonawców będących w zlocie jest uzyskanie zamówienia publicznego za wyższą kwotę. W praktyce częstym przypadkiem jest składanie ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej, a następnie uchylenie się od złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 3 PrZamPubl¹⁹. Świadome uchylenie się od złożenia wyjaśnień, w wyniku czego zamawiający dokona wyboru oferty wykonawcy będącego w zlocie, pozwala zakwalifikować to zachowanie jako czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie to jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, mającym na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej. Jeśli celowe działania i zaniechania wykonawców będących w zlocie wpłynęły na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty droższej, mamy do czynienia ze zlocem wykonawców. Wskutek ograniczania ofert wykonawcy doprowadzają swoim działaniem do ograniczenia konkurencji pomiędzy sobą, która winna być niewątpliwie podstawowym celem działania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zaoferowanie w ofertach najniższych cen, a następnie niejako ustąpienie miejsca w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę droższą (wskutek wskazania we własnej ofercie błędu w obliczeniu ceny) jest przykładem ograniczenia ofert²⁰.

Z punktu widzenia dowodowego kluczowe jest ustalenie, że zaistniałe okoliczności nie były zbiegiem przypadku, lecz stanowiły wyraz przemyślnych działań i zamierzeń podmiotów uczestniczących w zlocie przetargowej. W nasilonej konkurencji rynkowej o zamówienia, w tym w szczególności w segmencie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, żaden z wykonawców, mając świadomość, że złożył ofertę najkorzystniejszą według jedyne go kryterium najniższej j ceny, nie zrezygnowałby z uzupełnienia na wezwanie zamawiającego standardowych dokumentów²¹.

Składnie ofert, które są niemożliwe do przyjęcia z uwagi na braki formalne, jest częstą praktyką stosowaną przez przedsiębiorców przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie brak uzupełnienia złożonej oferty o wymagane w nim dokumenty, należy kwalifikować jako działanie świadome, ukierunkowane na wybór oferty innego wykonawcy. Trudno bowiem obiektywnie wytłumaczyć zachowanie wykonawcy, którego celem jest

¹⁹ Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

²⁰ Zob. wyr. KIO z 6.6.2013 r., KIO/UZP 1218/13, KIO/UZP 1225/13.

²¹ Wyr. KIO z 3.3.2014 r., KIO/UZP 309/14.

przecież wygranie przetargu, a który następnie nie załącza do oferty wymaganych dokumentów i ignoruje wezwanie do jej uzupełnienia przez zamawiającego. Opisane powyżej zachowanie wraz z innymi okolicznościami, do których należy wieloletnie doświadczenie na rynku zamówień publicznych, pozwala w sposób niebudzący wątpliwości przyjąć, że doszło do zawarcia zmywy przetargowej. Analiza zachowania stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwoli ustalić, czy stanowiły one formę koordynacji. Stwierdzenie tożsamości zachowań uczestników postępowania pozwala przyjąć, że były to zachowania uzgodnione, oparte na opracowanej przez nich metodzie nieuzupełnienia złożonej oferty o określone dokumenty przez jednego lub kilku uczestników zmywy. Powyższe wyklucza przypadkowość tego rodzaju zachowań. Na podstawie opisanego zachowania można również zidentyfikować jego cel, który jest ukierunkowany na wygranie przetargu przez z góry ustalonego przedsiębiorcę oferującego wyższą cenę na oferowany przedmiot zamówienia publicznego (dostawy, usługi lub roboty budowlane)²². Celem niedozwolonego porozumienia jest zmuszenie zamawiającego do wybrania niekorzystnej oferty. Wybór takiej oferty prowadzi do wyrządzenia szkody nie tylko zamawiającemu, ale też innym uczestnikom postępowania przetargowego, którzy nie są stronami niedozwolonego porozumienia. Złożenie oferty podkładowej wiąże się z rezygnacją wykonawcy z udziału w postępowaniu na pewnym jego etapie. Jednak nieuzasadnionej rezygnacji wykonawcy z udziału w postępowaniu nie da się wytłumaczyć inaczej niż faktem udziału w zmywie przetargowej. Jak bowiem wytłumaczyć działanie profesjonalisty, który w sytuacji prawdopodobieństwa zwycięstwa wycofuje złożoną ofertę? Wykonawca przystępuje do postępowania w celu uzyskania zamówienia publicznego, a ofertę przetargową przygotowuje, wkalkulowując w nią ryzyko gospodarcze²³. Sytuacja, w której twierdzi on, że realizacja zamówienia okazała się dla niego niekorzystna, potwierdza jedynie pozorowany udział w przetargu w celu zabezpieczenia oferty drugiego uczestnika przetargu²⁴. W szczególności za irracjo-

²² Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RŁO 61/2013; zob. też decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RŁO 62/2013, w której organ antymonopolowy przyjął, że nie ma w niniejszej sprawie racjonalnego wytłumaczenia zachowania wykonawcy jak chęć umożliwienia wyboru oferty jednego z nich poprzez nieuzupełnienie oferty o prawidłowe dokumenty przez drugiego. Oferty złożone przez tych przedsiębiorców były niższe cenowo niż oferty pozostałych uczestników przetargu. Trudno uznać, że jeden z wykonawców, działając bez porozumienia z drugim z wykonawców, byłby w stanie wygrać ww. przetarg w sytuacji możliwości wygrania przetargu przez drugiego.

²³ Zob. *M. Sieradzka, Zmowy*, s. 43 i n.

²⁴ W decyzji z 30.12.2013 r., RKR 51/2013, Prezes UOKiK wskazał, że związku z tym zbieg takich okoliczności jest racjonalnie niewytłumaczalny, a odstąpienie od wykonania umowy i przyję-

nalne należy uznać powoływanie przez wykonawców, jako usprawiedliwienie odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, „spłotu okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych”²⁵.

Kolejnym przykładem zawarcia umowy przetargowej może być składanie ofert podziałowych. Są one związane z dokonywaniem pomiędzy wykonawcami podziału rynku. Wykonawcy będący w umowie dzielą rynek według określonego (przyjętego) kryterium. Może to być kryterium przedmiotowe, jeżeli porozumienie zakłada powstrzymywanie się przez jego uczestników od udziału w określonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast istotą kryterium podmiotowego jest powstrzymywanie się od składania ofert w postępowaniach organizowanych przez określonych zamawiających. Oferty podziałowe mogą także być związane z dokonaniem geograficznego podziału rynku. Wówczas porozumienie zakłada powstrzymywanie się od udziału w postępowaniach organizowanych na określonych rynkach geograficznych (obszarach). Składanie ofert podziałowych jest także nazywane alokacją rynkową. Alokacja rynkowa (*market allocation*) jest ściśle związana z rynkiem zamówień publicznych. Celem alokacji staje się realizacja porozumienia co do podziału rynku pomiędzy wykonawców będących jego członkami. Najczęściej wykonawcy składający oferty podziałowe są ze sobą powiązani bądź też ściśle z sobą współpracują²⁶. Możliwość składania ofert podziałowych może być ułatwiona dzięki warunkom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy jest przewidziany podział zamówienia na części. Wówczas oferty wykonawców zostają złożone na poszczególne zadania tak, aby ze sobą nie konkurowały. Uczestnicy umowy przetargowej mogą wtedy umówić się, na jakie rejony zostaną przez nich złożone oferty. Wykonawcy dokonują uzgodnienia w zakresie warunków ofert składanych w przetargu. Uczestnicy porozumienia, wykorzystując określone w SIWZ ograniczenie możliwości składania ofert do maksymalnie dwóch rejonów, mogą doko-

cie zamówienia do realizacji za wyższą kwotę przez wykonawcę pozwala domniemywać, że w istocie nastąpiło działanie będące rezultatem wcześniejszych uzgodnień.

²⁵ Decyzja z 9.10.2012 r., RWR 31/2012, w której Prezes UOKiK wskazał, że nawet jeśli w którymś z opisanych przetargów mogła zaistnieć sytuacja uzasadniająca rezygnację z podpisania umowy, to nie jest prawdopodobne, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, aby sytuacja taka wystąpiła w każdym z sześciu opisanych w uzasadnieniu niniejszej decyzji przypadków. Przede wszystkim, w świetle doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania, zachowania obu przedsiębiorców w opisanych przetargach nie można wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem umowy przetargowej.

²⁶ Zob. wyr. KIO z 15.1.2013 r., KIO/UZP 2865/12, w którym doszło do alokacji na rynku lokalnym usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej.

nać między sobą podziału przedmiotu zamówienia, czego efektem staje się złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekonkurujących. Składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach zachowania nazywanego rotacją ofert jest związane z udziałem w nim wykonawców, którzy biorą udział również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. To właśnie uczestnictwo w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pozwala wykonawcom dokonać rotacji ofert.

Rotacja ofert zakłada porozumienie pomiędzy wykonawcami, obejmujące ustalenie warunków ofert składanych najczęściej w kilku postępowaniach²⁷. Rotacja zakłada dokonywanie uzgodnień na dwóch etapach. Pierwszy etap obejmuje uzgodnienia pomiędzy wykonawcami co do postępowań, w których będą brać udział, oraz ofert, które będą w nich składane. Drugi etap dotyczy uzgodnień ofert, które będą typowane na zwycięskie w tych postępowaniach²⁸. Porozumienie oferentów posiada zatem precyzyjnie ustaloną strategię działania i obejmuje swoim zasięgiem kilka postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy tym samym kwalifikować je jako porozumienie ciągłe. Rotacja zakłada zwycięstwo poszczególnych uczestników zmowy w przetargach „na zmianę”. Powyższe oznacza, że w kolejnych postępowaniach tylko jeden z wykonawców będących z porozumieniu dostarcza ofertę „zwycięską”²⁹. Pozostali wykonawcy będący w porozumieniu celowo wyłączają swoje szanse na wygranę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto wskazać, że powyższe zachowanie może również występować w jedynym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku horyzontalnych uzgodnień cenowych współpracujący przedsiębiorcy ustalają cenę, jaką uznają za najniższą możliwą do zaoferowania, po czym jeden z nich przedkłada tę cenę w swojej ofercie, a pozostali wskazują w ofertach ceny wyższe. Zazwyczaj uzgodnienia tego rodzaju funkcjonują rotacyjnie, tak aby każdy z uczestników porozumienia mógł uzyskać w jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego korzystną umowę³⁰. Z orzecznictwa wynika, że często rotacja ofert jest związana z podziałem rynku. Wówczas przedmiotem porozumienia pomiędzy wykonawcami jest nie tylko rotacja ofert, ale też podział rynku zamówienia publicznego. Uzgodnienie wyłącza konkurencję po-

²⁷ I. Skubiszak-Kalinowska, Zmowy wykonawców a zasada uczciwej konkurencji, *Przetargi Publiczne* 2013, Nr 3.

²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.6.2011 r., RKT 25/2011.

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 2.7.2003 r., RWR 12/2003.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2013 r., RKT 46/2013.

między wykonawcami na poszczególne części zamówienia. Wówczas występuje oprócz rotacji ofert także rotacja zamówień.

Wyróżnienie określonych postaci porozumień przetargowych pozwala dokonać zidentyfikowania mechanizmu wzajemnej współpracy. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na określone czynności sprawcze wskazane w art. 305 KK. W celu osiągnięcia zamierzonego skutku (uzyskania zamówienia publicznego) strony porozumienia określają zakres wzajemnych uzgodnień, które następnie są wdrażane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia karnoprawnej ochrony istotne jest nie tylko zidentyfikowanie czynności sprawczej, ale też określenie, na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ona realizowana.

Celem umowy przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie innych wykonawców. Jednak skutkiem umowy jest wyrządzenie szkody również zamawiającemu. Działający w porozumieniu zmierzają bowiem nie tylko do stworzenia przeszkód wykonawcom uczciwie konkurującym w tym postępowaniu, ale też ich celem jest wpływ na wynik postępowania. Wykonawcy będący w porozumieniu mogą ustalić jeden mechanizm współpracy, który znajdzie zastosowanie do wszystkich postępowań, w których biorą udział. Możemy również mieć do czynienia z sytuacją, gdy wykonawcy będą ustalać indywidualny plan współpracy w stosunku do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie jednak od tego, czy uzgodnienia dotyczą jednego postępowania, czy też są dokonywane na potrzeby kilku postępowań, ich cechą wspólną jest koordynacja wzajemnych zachowań. Powyższe to istota umowy, nazywanej (określonej) na gruncie prawa karnego jako wejście w porozumienie. Mechanizm niedozwolonej współpracy może w szczególności polegać na tym, że:

- 1) obaj przedsiębiorcy składali swoje oferty w tym samym przetargu;
- 2) oferty te wysłane były w tym samym dniu (prawdopodobnie w tym samym czasie i przez tę samą osobę) i docierały do zamawiającego również w tym samym dniu;
- 3) rozpiętość wartości ich ofert była niska, w porównaniu do pozostałym oferentów przystępujących do tych samych przetargów, którzy proponowali znacznie wyższe ceny wykonania zamówienia;
- 4) w sytuacji gdy oferty tych przedsiębiorców zajmowały dwa pierwsze miejsca w danym przetargu, jeden z nich będący zwycięzcą przetargu – po otrzymaniu informacji o uzyskaniu zamówienia – składał zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy bądź w ogóle nie wyrażał zainteresowania jej zawarciem, w wyniku czego pojawiała się

możliwość zawarcia takiej umowy z drugim z tych przedsiębiorców, który zaoferował drugą w kolejności ofertę cenową³¹. Reasumując, porozumienie przetargowe może przybrać różną formę, w zależności od woli jego uczestników. Obserwacja funkcjonowania rynku zamówień publicznych pozwala jednak przyjąć, że częstą praktyką jest występowanie kompilacji dwóch lub większej liczby form uzgodnień, np. rotacji ofert i podziału rynku.

§ 2. Zakres interpretacji pojęcia przetargu publicznego

Ustawodawca w art. 305 KK objął karnoprawną ochroną instytucję przetargu publicznego. We wskazanym przepisie wyspecyfikowano czyny zabronione, które dotyczą (są związane) przetargu publicznego. Ustawodawca posłużył się w nim takimi zwrotami jak „przetarg publiczny”, „przetarg jest dokonywany” oraz „przedmiotem przetargu”. W żadnym miejscu jednak nie wyjaśniono kluczowego z punktu widzenia zastosowania art. 305 KK pojęcia przetargu publicznego. W KK brak definicji legalnej terminu „przetarg publiczny”. Pojawia się tym samym konieczność zdefiniowania tego pojęcia na potrzeby stosowania art. 305 KK. Określenie znaczenia tego terminu może jednak być utrudnione nie tylko z powodu braku zawarcia definicji w przepisach KK. W prawie polskim bowiem brak ustawowej (normatywnej) definicji tego pojęcia. Natomiast pojęcie przetargu występuje w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych czy też w Kodeksie cywilnym. Poszukiwanie znaczenia tego pojęcia wymaga zatem odniesienia do przepisów tych aktów prawnych.

W ustawie – Prawo zamówień publicznych występuje definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 2 pkt 7a PrZamPubl postępowanie o udzielenie zamówienia 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 w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy.

³¹ Tak zob. decyzja z 30.12.2013 r., RKR 51/201.

Zakresem ochrony w art. 305 KK objęto prawidłową organizację i przebieg przetargu publicznego³² oraz interesy ich uczestników (zamawiającego oraz wykonawców). Ustawodawca jednak nie definiował pojęcia przetargu publicznego, co zresztą dotyczy również poprzednich regulacji prawnych dotyczących karnoprawnej ochrony przebiegu przetargu publicznego (art. 245 KK z 1969 r. oraz art. 283 § 1 i 2 KK z 1932 r.). Artykuł 245 KK z 1969 r. stanowił: „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Artykuł 283 KK z 1932 r. określał: „§ 1. Kto podstępnie lub z chęci zysku udaremnia przetarg publiczny, albo przyczynia się do odsunięcia innej osoby od udziału w takim przetargu lub do obniżenia ceny sprzedażnej licytowanego mienia, podlega karze więzienia do lat 2 i grzywny albo aresztu do lat 2 i grzywny. § 2. Tym samym karom podlega, kto wchodzi w porozumienie z inną osobą co do działania przy przetargu publicznym, mogącego wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi”. Również w ustawie z 12.10.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego³³ art. 2 stanowił: „§ 1. Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia nieprawdziwe informacje lub zataja okoliczności mające znaczenie dla wyniku przetargu. § 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

W związku z tym, że czynności sprawcze dotyczą właśnie przetargu publicznego, kluczowe staje się jego zdefiniowanie. W szczególności, po pierwsze, określenie, czy przy interpretacji tego pojęcia należy stosować przepisy

³² W wyr. z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 1964, SN wskazał, że „prawidłowość” przebiegu przetargu, prowadzonego przez komisję pod przewodnictwem oskarżonego *K.J.*, oddaje dokumentacja przetargu Nr 25/5/2001, a zwłaszcza dokumenty o symbolach ZP-46 (...). Te same elementy obu ofert firmy „M” ważne dla skuteczności tej oferty zyskały różne oceny komisji. W przypadku oskarżonego *K.J.*, znawcy prawa o zamówieniach publicznych, osoby dokładnej w działaniu, trudno mówić o przeoczeniu. Przeczy temu jego udział w przestępczym porozumieniu mającym na celu wygranie tego przetargu wszelkimi dostępnymi sposobami. Ważność oferty firmy „M” była szczególnie istotna w końcowym etapie przetargu, który podlegałby unieważnieniu w przypadku pozostania w postępowaniu tylko jednej prawidłowej oferty, nawet jeżeli byłaby to oferta firmy „A”.

³³ Dz.U. Nr 126, poz. 615.

Prawa zamówień publicznych, czy też Kodeksu cywilnego. Po drugie, istotne staje się również zbadanie, czy użycie przez ustawodawcę określenia „przetarg publiczny” ma prawne znaczenie, a tym samym zakres zastosowania art. 305 KK ogranicza się jedynie do trybów przetargowych udzielenia zamówienia publicznego – przetargu nieograniczonego i ograniczonego.

W kontekście powyższego pojawia się pytanie, czy przetarg publiczny należy odnosić do wszystkich trybów udzielenia zamówienia publicznego (określonych w art. 10 PrZamPubl). Kwestia właściwej wykładni ma przecież kluczowe znaczenie z punktu widzenia zakresu przedmiotowego czynu z art. 305 KK.

Przetarg jest sposobem (jednym ze sposobów) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia pojęcia przetargu publicznego na tle stosowania art. 305 KK budzi zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie kontrowersje. W tym przedmiocie możemy wyróżnić dwie grupy stanowisk. Większość przedstawicieli doktryny proponuje wiązać pojęcie przetargu publicznego z nieograniczonym dostępem do zamówienia publicznego (procedury przetargowej)³⁴. Jednak zaakceptowanie powyższej wykładni w istocie ogranicza pojęcie przetargu publicznego do przetargu nieograniczonego w rozumieniu art. 39 PrZamPubl. Przetarg nieograniczony jest bowiem procedurą otwartą³⁵. Jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Powyższa interpretacja nakazująca wiązać to pojęcie z nieograniczonym kręgiem adresatów oferty przetargowej w sposób nieuzasadniony zawęży zakres pojęcia, a tym samym również karnoprawnej ochrony.

Analiza poglądów dotyczących użytego w art. 305 KK pojęcia przetargu publicznego pozwala określić to odnosić do:

- 1) przetargu nieograniczonego³⁶,
- 2) przetargu nieograniczonego i ograniczonego,

³⁴ Tak m.in. W. Wróbel, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 3, Komentarz do art. 278–363 k.k., Kraków 2006, s. 468 i n.; J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 540.

³⁵ Zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 194.

³⁶ O. Górniok, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2003, s. 119; J. Wojciechowski, Kodeks karny, 1997, s. 540; J. Skorupka, w: R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego, t. 9, Przepisy przeciwko mieniu i gospodarstwu, Warszawa 2011, s. 690.

3) publicznego charakteru instytucji organizującej przetarg lub publicznego charakteru środków przeznaczonych na zamówienie publiczne³⁷.

Poniżej omówione zostaną wszystkie możliwe sposoby interpretacji tego pojęcia. Wcześniej jednak istotnego znaczenia nabiera wyjaśnienie terminu „przetarg”.

Zdefiniowanie pojęcia przetargu jest niezbędne z uwagi na powiązanie z przymiotnikiem „publiczny”. W ustawie – Prawo zamówień publicznych nie znajdziemy definicji pojęcia przetargu, mimo że zawarto definicje przetargu nieograniczonego (art. 39 PrZamPubl) oraz przetargu ograniczonego (art. 47 PrZamPubl). Wskazane tryby umożliwiają udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast oprócz trybów przetargowych ustawa – Prawo zamówień publicznych wyróżnia jeszcze sześć innych trybów (nieprzetargowych).

Poszukując definicji pojęcia przetargu, należy odnieść się do przepisów Kodeksu cywilnego. Przetarg został uregulowany w Kodeksie cywilnym dopiero nowelą z 23.8.1996 r.³⁸ – w księdze I, w art. 701–704. Przepisy te zostały zmienione oraz uzupełnione w ustawie z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny³⁹. Przetarg i aukcję należy uznać za odrębny – trzeci obok oferty i negocjacji – sposób zawierania umów (por. art. 701 § 1 KC). Postępowania te mają umożliwić osobie zainteresowanej zawarciem określonej umowy wybór kontrahenta, który proponuje najkorzystniejszą dla zainteresowanego umowę – ocenioną wedle wskazanych przez niego kryteriów. W związku z tym postępowania te wyróżniają dwie cechy: mają one kształt postępowania wielostronnego oraz charakter eliminacyjny⁴⁰. Charakter eliminacyjny wynika z braku zindywidualizowania drugiej strony przyszłej umowy oraz sformalizowanie trybu, w jakim dokonuje się indywidualizacji drugiej strony umowy, co wiąże się z określeniem zachowań podmiotów uczestniczących we wspomnianych postępowaniach⁴¹.

W orzecznictwie wskazuje się, że przez pojęcie przetargu należy rozumieć sumę uporządkowanych czynności zmierzających do ustalenia nabywcy i ceny rzeczy⁴². W doktrynie przy definiowaniu przetargu możemy spotkać odwoła-

³⁷ R. Zawłocki, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do artykułów 222–316, Warszawa 2010, s. 1561 i n.; B. Kurzępa, Przepięstwa związane z zamówieniami publicznymi, Prokurator 2004, Nr 4, s. 13.

³⁸ Dz.U. Nr 114, poz. 542.

³⁹ Z. Radwański, Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego, MoP 2004, Nr 8.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Tamże.

⁴² Zob. wyr. SN z 15.2.1991 r., IV CZ 221/90, OSN 1992, Nr 4, poz. 99.