

Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych

1. Wprowadzenie

W prawie europejskim do zamówień publicznych stosuje się zarówno podstawowe swobody Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a więc swobodę przepływu towarów, osób, usług, przedsiębiorczości, kapitału i płacności², jak i zasady wywodzące się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, do których w szczególności należy zaliczyć zasady niedyskryminacji, uczciwej konkurencji i równości. Obowiązek stosowania zasad jest niezależny od wartości zamówienia i odnosi się nie tylko do zamówień powyżej progów kwotowych, od których uzależniony jest obowiązek stosowania prawa unijnego, ale także do zamówień podlegających regulacjom krajowym. Unijne prawo zamówień publicznych wchodzi również w interakcje z normami prawa konkurencji. Przepisy TFUE określają wspólne reguły w dziedzinie konkurencji³, które często są pomijane w praktyce zamówień publicznych.

¹ Nr ORCID: 0000-0003-4095-2703.

² Dz. Urz. UE (wersja skonsolidowana), C 326 z 26.10.2012 r., s.13.

³ Rozwinięcie ramowych przepisów TFUE nastąpiło w aktach prawa wtórnego, którym towarzyszą liczne akty niewiążące (*soft law*). Do podstawowych źródeł unijnego prawa konkurencji należą rozporządzenia Rady i Komisji, które wiążą w całości i są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. W mniejszym zakresie w prawie konkurencji są wydawane dyrektywy, wiążące państwa członkowskie tylko co do celu (rezultatu). Zaznaczyć jedynie należy, że w dniu 11.6.2013 r. KE opublikowała „pakiet” mający na celu ułatwienie i popularyzację prywatnoprawnej drogi dochodzenia roszczeń opartych na naruszeniu reguł konkurencji. Zob. A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” Nr 5(2)/2013, s. 52 i n. Do *acquis communautaire* w dziedzinie ochrony konkurencji zaliczyć należy liczne akty niewiążące: chodzi o tzw. obwieszczenia generalne, dokumenty polityki konkurencji, np. białe i zielone księgi, raporty, decyzje indywidualne Komisji, wiążące w całości ich adresatów, oraz orzeczenia sądów unijnych, wydawane jako odwołanie od decyzji Komisji. Wskazać też należy na opinie adwokatów generalnych oraz możliwości wystąpienia z wnioskiem o orzeczenie prejudycjalne. Szerzej M. Królikowska-Olczak, *Zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję* [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki*, Szczytno 2015, s. 716 i n.; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 54 i n.; T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji* [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005; T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*

Istotą konkurencji jest nieskrępowane współzawodnictwo między przedsiębiorcami oferującymi na rynku określone produkty i usługi. Konkurencja jest zatem cechą gospodarki rynkowej. Konkurencja jest skutkiem wolności gospodarczej, będąc do pewnego stopnia integralną cechą rynku. Nie ma jednak charakteru samodzielnego, lecz w pełni instrumentalny. Zamówienia publiczne są wymieniane jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu przy jednoczesnym zagwarantowaniu postępu technicznego, najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych⁴. Aktualnie pojawiają się kwestie ochrony środowiska i klimatu oraz równości społecznej. Dążenie do pozornie wykluczających się aspektów doprowadziło do sformułowania strategii zrównoważonego rozwoju⁵. Po reformie unijnego systemu zamówień publicznych z 2014 r. zamówienia publiczne stały się istotnym instrumentem realizującym koncepcję zrównoważonego rozwoju, przyjmując rozwiązania prawne pozwalające na promowanie i egzekwowanie wartości związanych z ochroną środowiska naturalnego, aspektami społecznymi oraz wspieraniem innowacji⁶. W ten sposób prawo zamówień publicznych stało się ważnym narzędziem urzeczywistnienia założeń strategii Europa 2020. Strategię tę zaktualizowano w Komunikacie Komisji z 11.12.2019 r. Europejski Zielony Ład, wskazując na cele Unii do 2030 r., które przekładają się na cele krajowe⁷. Dokument ten zawiera nowe podejście do zamówień publicznych. Oznacza to wprowadzenie nowoczesnego systemu zamówień publicznych, w którym istotną rolę w procedurze zamówieniowej odgrywają zasady zamówień publicznych.

2. Ustawodawca oparł system zamówień publicznych na zasadzie uczciwej konkurencji

W obowiązującej od 1.1.2021 r. ustawie z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁸ wśród najważniejszych zmian wyeksponowano, obok zasady efektywności, zasadę

i konsumentów, Komentarz, Warszawa 2009; K. Kohoutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2008; R. Wish, D. Balley, Competition Law, Seventh Edition, Oxford 2012, s. 248 i n.

⁴ Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela 3.3.2010 r., KOM(2010) 2020 wersja ostateczna.

⁵ Zob. P. Korzeniowski, Zasada zrównoważonego rozwoju jako podstawa wykładni sądowej [w:] S. Dudzik, B. Iwańska, N. Półtorak (red.), Inteligentna i zrównoważona gospodarka sprzyjająca włączeniu społecznemu – wyzwania dla systemów prawnych Unii Europejskiej i państw członkowskich, Warszawa 2017, s. 152.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r. s. 65 ze zm.); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r. s. 243 ze zm.).

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Europejski Zielony Ład, Bruksela 11.12.2019 r. COM(2019) 640 wersja ostateczna.

⁸ Dz.U. 2019 r. poz. 2019; dalej jako: PZP.

uczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 16 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Znaczenie tej zasady dla systemu prawa zamówień publicznych podkreśla przy tym fakt, że ustawodawca usytuował ją na pierwszym miejscu wśród zasad funkcjonowania systemu wymienionych w przywołanym artykule. Ustawodawca wprawdzie nie zdefiniował pojęcia uczciwej konkurencji na gruncie prawa zamówień publicznych, niemniej nie ulega wątpliwości, że chodzi w szczególności o wykluczenie wszelkich porozumień między potencjalnymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, a także pomiędzy potencjalnym wykonawcą a zamawiającym, o ile cel lub skutek takiego porozumienia godzi w konkurencję.

Przepisy ustawy precyzyjnie wskazują, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej zasady i może mieć miejsce tylko w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Warto też zauważyć, że dyscyplina finansów publicznych obejmuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia oraz określenia warunków udziału w postępowaniu⁹.

Zasada uczciwej konkurencji stanowi źródło rozwiązań prawnych dotyczących publikacji i formy ogłoszeń w sposób gwarantujący dotarcie do jak najszerszego kręgu podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia (art. 267–272 PZP) w taki sposób, aby liczba wykonawców zapewniała konkurencję. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych przy użyciu elektronicznych środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu (art. 269 PZP).

Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁰ lub zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP) oraz gdy oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (art. 108 PZP).

Zgodnie z wyrokiem SA w Warszawie z 10.1.2008 r.: „tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek, może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji (...)”¹¹. Samo stwierdzenie, że zaproponowanie ceny na poziomie 0,01 zł za wykonanie spornych pozycji kosztorysowych jest niemożliwe do osiągnięcia, nie przesądza jeszcze, że działanie to zostało podjęte z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców¹². Taki bowiem przykład może świadczyć o złożeniu oferty

⁹ Ustawa z 27.8.2009 r. o finansach publicznych (t. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 305).

¹⁰ T. jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1913; dalej jako: ZNKU.

¹¹ I ACA 231/07, OSA Nr 2/2010, poz. 4, s. 39.

¹² Wyrok SA w Warszawie, KIO 830/16, Legalis.

zawierającej rażąco niską cenę, co nie oznacza jeszcze wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji po stronie wykonawcy.

Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy utożsamiają rażąco niską cenę z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdzie dumping to sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytwarzania lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Czyn taki należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli polega on faktycznie na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu eliminacji konkurentów. Zgodnie z tezą wyroku KIO z 13.3.2012 r.: „Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie”. Zauważyć też trzeba, że warunkiem realizacji przesłanki celu jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotyka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10.1.2008 r. (ACa 231/07).

Przedstawiona argumentacja prawna, w szeregu orzeczeń, nie tylko KIO, ale również sądów powszechnych i Prezesa Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wskazuje na to, że nie należy utożsamiać rażąco niskiej ceny z czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ sam fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny nie świadczy wprost o celu, jakim jest eliminowanie wykonawców z rynku, ponieważ aby taki cel osiągnąć, należy mieć co najmniej pozycję dominującą na rynku i taki cel udowodnić.

3. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji

Przedmiotem regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w szeroko rozumianej działalności gospodarczej. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zapewnia ochronę przedsiębiorcy przed każdym przejawem nieuczciwości innego uczestnika rynku, jak również zapewnia przejrzystość rynku. Sąd Najwyższy w wyroku z 11.8.2004 r.¹³ sformułował tezę, że „celem zakazu nieuczciwej konkurencji jest eliminacja wszelkich działań mogących w jakikolwiek sposób powodować pomyłki co do przedsiębiorcy lub jego wyrobu albo wprowadzić w błąd przez używanie fałszywych oznaczeń, a także podawanie innych danych. Nie może ona zastępować ochrony wynikającej z przepisów regulujących prawa bezwzględne (patent, znak towarowy itp.) ani powodować ochrony wynikającej z tych przepisów”.

Katalog czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym. Należy do niego zaliczyć każde działanie sprzeczne

¹³ Zob. II CK 487/03, Legalis.

z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli naruszy ono interes przedsiębiorstwa lub klienta lub mu zagraża. W myśl art. 3 ust. 2 ZNKU czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem, a więc naruszające konkretne przepisy prawa, nakazy lub zakazy określonego postępowania, jeżeli w wyniku takiego działania interes innych uczestników jest zagrożony lub naruszony. Czynem nieuczciwej konkurencji jest tylko takie naruszenie prawa, które daje naruszającemu przewagę konkurencyjną nad innymi. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także takie zachowanie, które chociaż nie pozostaje w sprzeczności z określoną normą prawną, narusza jednak normy pozaprawne. Mogą one wynikać z istniejących zwyczajów, nakazów moralnych, etycznych bądź innych reguł ukształtowanych w danej grupie przedsiębiorców. Wolność konkurencji jako podstawa ładu gospodarczego może być ograniczana tylko dla ochrony uczciwości w konkurencji¹⁴.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji reguluje również szczególne przypadki stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując dodatkowo cechy, jakimi powinien się on charakteryzować. Są nimi: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczanie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, a także nieuczciwa lub niedozwolona reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym, a także przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną. Są to zachowania najczęstsze, a jednocześnie szczególnie dotkliwe dla przedsiębiorcy i groźne dla przejrzystego funkcjonowania rynku¹⁵.

Zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa SN relacja między ogólnym określeniem czynu nieuczciwej konkurencji i przepisami wymieniającymi poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji jest oparta na dwóch uzupełniających się założeniach. Po pierwsze, wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy może być uznane także działanie niewymienione w art. 5–17 ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji. Po drugie, wymagania zawarte w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji zachowują w pełni aktualność w odniesieniu do czynów wymienionych w art. 5–17 ZNKU¹⁶.

Z drugiej strony ustawodawca wprowadził w art. 58 PZP odstępstwo od zasady konkurencji, dopuszczając możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie przez kilku potencjalnych wykonawców. Celem tego rozwiązania jest umożliwienie wspólnego dzia-

¹⁴ B. Gadek, Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 ZNKU), ZNUJ z. 85/2003, s. 143 i n.

¹⁵ Szerzej zob. M. Późniak-Niedzielska, S. Sołtysiński [w:] J. Szwejca (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 516–517; M. Namysłowska, Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. Analiza prawnooporównawcza, Warszawa 2014, s. 190 i n.

¹⁶ Wyrok SN z 9.6.2009 r., II CSK 44/09, Legalis; U. Promińska, Ochrona przed nieuczciwą konkurencją [w:] Prawo cywilne i handlowe w zarysie, Warszawa 2017, wyd. 6, s. 539–552.

łania wykonawców w realizacji zamówienia publicznego, które ze względu na swój rozmiar, specyfikę, stopień jego złożoności czy różny podział ryzyka wykonania przyszłej umowy przekracza możliwość realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził tym samym zasadę, jaką jest zachowanie konkurencji w systemie zamówień publicznych, i zarazem odstępstwo od tej zasady w postaci dopuszczalności tworzenia konsorcjum na potrzeby ubiegania się o zamówienie publiczne. Ustawa jest w tym zakresie wewnętrznie spójna. Potwierdza to również orzecznictwo. Przykładem może być wyrok KIO z 22.4.2010 r., w którym Izba formułuje tezę, że „ustawa PZP dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i związane przez nich porozumienie, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy w celu realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym”. W orzecznictwie KIO podniesiono, że „umowę konsorcjum co do zasady wykonawcy zawierają w sytuacji, gdy samodzielnie nie są w stanie spełnić warunków udziału w konsorcjum”.

Podkreślić należy, że tworzenie konsorcjum wprawdzie wyłącza konkurencję w zakresie ubiegania się o rynek, jednak wyłączenie to ma charakter czasowy i ograniczony do konkretnego zamówienia. W myśl zasady uczciwej konkurencji zamawiający nie powinien różnicować sytuacji wykonawcy w zależności od tego, czy przystępuje do przetargu samodzielnie, czy jako konsorcjum. Uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne powstaje z mocy prawa, a nie reguł określonych przez zamawiającego.

Warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby jego uczestnicy wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert. Zgodnie z treścią art. 58 PZP należy wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁷, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy tym pojęcie zakłócenia konkurencji jest ustawowo niezdefiniowane i nieostre, przez co pozwała swoim zakresem objąć nieograniczoną liczbę stanów faktycznych.

4. Zmowa przetargowa jako forma zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję

Prawo zamówień publicznych podporządkowane jest zasadom, które stanowią fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ich wartości, niezależnie od zakresu podlegania danego zamówienia reżimowi prawa unijnego czy też prawa polskiego. Obowiązuje zatem normatywna koncepcja zasad prawa za-

¹⁷ T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275; dalej jako: OchrKonkurU.

mówień publicznych inspirowana prawem unijnym¹⁸. W tym kontekście konkurencja postrzegana jest także jako swoista wartość gospodarcza, której dochowanie jest uważane za powinność państwa i zarazem treść interesu publicznego. Wartość ta jest na tyle istotna i trwała, że jej normatywną ochronę uznaje się za zasadę prawa zamówień publicznych. Ochrona konkurencji ma na celu zagwarantowanie uczciwego funkcjonowania na rynku wszystkich jego uczestników. Instrumentem, który temu służy, jest prawo ochrony konkurencji zakazujące w interesie publicznym działań, które mogą zakłócić reguły uczciwej rywalizacji na rynku. Prawo konkurencji jest kształtowane i realizowane w taki sposób, by zachować spójność między politykami UE, w szczególności politykami: zamówień publicznych, ochrony środowiska, ochrony konsumentów. W polityce UE nastąpiło przesunięcie punktu ciężkości z realizacji celu integracji na realizację celu konkurencji i efektywności ekonomicznej. Obowiązujące rozwiązania prawne objęły swoją regulacją zachowania na rynku, w tym politykę cenową, porozumienia naruszające konkurencję oraz uzgodnione praktyki, co oznacza w prawie konkurencji, że nielegalne są działania, a nie wielkość przedsiębiorstwa.

Z ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE przykładowego katalogu porozumień ograniczających konkurencję wynika, że mogą one polegać w szczególności na:

1. Ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów – tzw. porozumienia cenowe;
2. Ograniczeniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycyjnego – tzw. porozumienia kontyngentowe;
3. Podziale rynków zbytu lub źródeł zaopatrzenia – tzw. porozumienia podziałowe;
4. Stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji – tzw. porozumienia dyskryminacyjne;
5. Uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę dodatkowych zobowiązań, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem umowy – tzw. transakcje związane.

Analogiczne przykłady zachowania stanowiące zakazane porozumienia ograniczające konkurencję zostały wymienione w art. 6 ust. 1 OchrKonkur¹⁹. W świetle klauzuli generalnej zawartej w art. 6 ust. 1 zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przepis ten implementuje do polskiego systemu prawnego postanowienia wynikające z art. 101 ust. 1 TFUE oraz Rozporządzenia Rady 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych

¹⁸ Szerzej zob. P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 88 i n.

¹⁹ Zob. M. Królikowska-Olczak, A. Górczyńska, *The Application of Article 81(1) EC Treaty in the light of Polish Legal Solution [w:] B. Sitek, J.J. Szczerbowski, A.W. Bauknet and G. Damacco (ed.), Human right, Spiritual Values and Global Economy, South Jordan USA 2011, s. 253–259.*

w art. 81 i 82 (obecnie 101 i 102) TFUE²⁰. Ustawodawca polski rozszerzył jeszcze ten katalog w stosunku do prawa unijnego o praktyki polegające na:

6. Ograniczeniu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorstw nieobjętych porozumieniem – tzw. bojkot;
7. Uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny – tzw. zмова przetargowa.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy porozumienia, o których mowa w art. 6 ust. 1, są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję, wyrażony w art. 6 ust. 1 Ochr-Konkur, należy do podstawowych instytucji prawa ochrony konkurencji. Służy zapobieganiu naruszenia konkurencji na rynku właściwym poprzez praktyki zbiorowe przedsiębiorców, bez względu na to, czy są one podejmowane na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego (porozumienia horyzontalne), czy też podmioty działają na różnych poziomach obrotu gospodarczego (porozumienia wertykalne).

Zmowa przetargowa może mieć charakter porozumienia horyzontalnego, tj. zawierającego pomiędzy konkurentami. Przejawem takiego porozumienia antykonkurencyjnego zmony przetargowej mogą być:

- 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert, polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy;
- 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, polegające na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach, ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności;
- 3) ustalanie warunków składanych ofert, np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji;
- 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpływać na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert, np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium;
- 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny;
- 6) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach, np. najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku albo składa ofertę nieważną czy też niekorzystną.

²⁰ Dz. Urz. UE 2003 L 1/1. Na mocy wskazanego rozporządzenia 1/2003 upoważniono organy ochrony konkurencji państw członkowskich oraz sądy tych państw do stosowania unijnego prawa konkurencji. Postanowienie art. 3 rozporządzenia 1/2003 normuje stosunek art. 101 i 102 do odpowiednich przepisów krajowego prawa konkurencji, nakładając określone obowiązki na organy ochrony konkurencji państw członkowskich, w tym polskie organy ochrony konkurencji i sądy. Zob. *M. Królikowska-Olczak*, Problemy stosowania wspólnotowych reguł konkurencji w Polsce, „*Studia Prawno-Europejskie*”, Łódź 2007, t. IX, s. 99 i n.

Dla wykazania tego rodzaju porozumień nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia umowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemanie faktyczne)²¹. Sąd Najwyższy w wyroku z 9.8.2006 r. (III SK 6/06) podniósł, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich i pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do legalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne²².

5. Podsumowanie

Polski ustawodawca oparł system zamówień publicznych na zasadzie uczciwej konkurencji. Zapewnienie funkcjonowania zintegrowanego systemu zwalczania praktyk ograniczających konkurencję można postrzegać jako jedno z najważniejszych wyzwań współczesnego prawa ochrony konkurencji i prawa zamówień publicznych. Stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, poprzez uzgadnianie cen, podział rynków, bojkot, a przede wszystkim umowy przetargowe, wymaga badania nie tylko z punktu widzenia analizy prawniczej, lecz także ekonomicznej. Dlatego wszelkie formy grupowych zachowań przedsiębiorców, które mogą prowadzić do zniekształcenia konkurencji, są zakazane i sprzeciwiają się założeniom gospodarki rynkowej. Dotyczy to zachowań objętych zakazami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest eliminowanie, ograniczanie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Najczęstszą formą zniekształcenia konkurencji są umowy kartelowe, wśród których istotne znaczenie mają umowy przetargowe. Stwierdzić też należy, że zakłócenie konkurencji może nastąpić zarówno w przypadku naruszenia zakazów wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i w przypadku stosowania czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w ustawie o nieuczciwej konkurencji.

²¹ Wyroki Izby wydane: 3.3.2014 r., KIO 309/14; 23.12.2013 r., KIO 285/13; 15.1.2013 r., KIO 2865/12; 20.3.2013 r., KIO 517/13.

²² Wyrok KIO z 11.5.2016 r., KIO 648/16, Legalis.

Summary

The principle of fair competition in the context of new public procurement regulations

The article presents selected problematic issues arising where competition law meets public procurement law. Ensuring the functioning of an integrated system of combating restrictive practices can be seen as one of the most important challenges faced by contemporary competition law and public procurement law. The principle of fair competition is examined through the prism of the Public Procurement Law of 11 September 2019. The most common form of distortion of competition is cartel collusion, where tender collusion is of major importance. It should also be stated that the distortion of competition may occur in the case of a violation of the prohibitions arising from the Act on Competition and Consumer Protection, and due to acts of unfair competition referred to in the Act on Unfair Competition.

Keywords: principle of fair competition, public procurement, tender collusion, act of unfair competition, competition law, public procurement law, consortium