

Piotr Semeniuk*

„Polskie zminy przetargowe” – krytyka**Spis treści**

- I. Wprowadzenie
- II. „Polskie zminy przetargowe”: tło faktyczne
- III. Strategia „polskiej zminy przetargowej”
 1. Opis strategii
 2. Doktryna „jednego organizmu gospodarczego”
- IV. Ekonomiczna analiza strategii „polskiej zminy przetargowej”
 1. Uwagi wstępne
 2. Brak kooperacji
 3. Kooperacja w ramach „polskiej zminy przetargowej”
 4. Ekonomiczne uzasadnienie dla „polskiej zminy przetargowej”
- V. „Polskie zminy przetargowe” w świetle przedstawionej teorii
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł analizuje decyzje z zakresu tzw. zmyw przetargowych wydane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Przeważającą większość tych decyzji charakteryzuje specyficzna praktyka przedsiębiorców polegająca na wycofaniu niższej oferty. Po przeprowadzeniu ekonomicznej analizy wspomnianej praktyki oraz omówieniu koncepcji „jednego organizmu gospodarczego”, autor staje na stanowisku, że w części z omawianych spraw z zakresu „polskich zmyw przetargowych” nie doszło do antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami.

Słowa kluczowe: zminy przetargowe; „polska zmina przetargowa”; wycofanie oferty; jeden organizm gospodarczy; single economic unit; ekonomiczna analiza.

I. Uwagi wstępne

Zminy przetargowe są formą współpracy przedsiębiorców przystępujących do przetargu, która ogranicza konkurencję. Chociaż przetargi mogą być organizowane zarówno przez podmioty publiczne, jak i prywatne, określenie „zminy przetargowe” przyjęło się w praktyce odnosić jedynie

* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Pracował w zespole prawa konkurencji kancelarii CMS Cameron McKenna. Obecnie kandydat LLM z zakresu prawa konkurencji (LLM in Competition and Innovation Law) na Uniwersytecie Nowojorskim (New York University, School of Law). Kontakt z autorem: ppsemeniuk@gmail.com, www.powieszczastrygrosze.com. Pomysł na napisanie tego artykułu powstał po rozmowie na temat zmyw przetargowych odbytej z prof. Alberto Heimlerem, członkiem Grupy Roboczej ds. Konkurencji i Regulacji Komitetu Konkurencji OECD. Oryginalna wersja artykułu w języku angielskim została przedstawiona i pozytywnie zrecenzowana na seminarium z ekonomii prawa konkurencji prowadzonego na Uniwersytecie Nowojorskim przez prof. Daniela Rubinfeldę z Berkeley University. Obu ww. naukowcom należą się podziękowania za cenne uwagi oraz recenzję.

do przetargów publicznych, czyli tych, do których stosowane jest Prawo zamówień publicznych¹ (choć w teorii nic nie stoi na przeszkodzie, żeby art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów² zakazujący zmów przetargowych można było stosować również do przetargów prywatnych³). W literaturze angielskojęzycznej wyodrębnia się różne formy zmów przetargowych. Najczęściej rozróżnia się tzw. ograniczanie ofert przetargowych (ang. *bid suppression*) oraz tzw. pozorne składanie ofert (ang. *complementary bidding, courtesy bidding*)⁴. Pierwsza z powyższych praktyk ma miejsce, kiedy działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert lub wycofują wcześniej złożone oferty w celu umożliwienia wybranemu między sobą przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie. Druga praktyka polega na składaniu przez współpracujących ze sobą przedsiębiorców nienaturalnie wysokich lub w inny sposób nieakceptowanych ofert, podczas gdy tak naprawdę tylko jeden z przedsiębiorców składa akceptowalną dla organizatora przetargu ofertę. W obu sytuacjach przedsiębiorcy, najczęściej posiadający razem znaczącą siłę rynkową, stwarzają pozory konkurencji, podczas gdy w rzeczywistości organizator przetargu zmuszony jest zaakceptować ofertę, której cena jest zawyżona i odbiega od ceny w warunkach konkurencji.

Istnieje jednak cecha wspólna dla każdej zminy przetargowej – strategia zmawiających się przedsiębiorców musi mieć ekonomiczne uzasadnienie dla każdego z uczestników. Kartele są tworzone z myślą o maksymalizacji zysków ich uczestników. Podobnie przedsiębiorcy uczestniczący w zminie przetargowej nie są dobrymi samarytanami, troszczą się oni bowiem jedynie o własny zysk. Właśnie z tego powodu, przedsiębiorcy wspierający wykonawcę wygrywającego przetarg w warunkach zminy przetargowej muszą być wynagrodzeni za okazaną pomoc. Okazana rekompensata może przybrać dwie formy: wygrywający przedsiębiorca może zapłacić pozostałym członkom zminy (przy czym taka zapłata może być rozumiana szeroko, zarówno jako bezpośrednia płatność, jak i jako udzielenie podwykonawstwa w wygranym zamówieniu publicznym⁵) bądź też, członkowie ci mogą liczyć na odwzajemnienie okazanej pomocy w pozostałych zamówieniach. To właśnie ten drugi rodzaj rekompensaty sprawia, że w literaturze anglojęzycznej mówi się często, iż zminy przetargowe „zakładają rotację zamówień”⁶. Tak więc, tylko takie rodzaje porozumień (formalnych bądź nieformalnych) pomiędzy przedsiębiorcami, w których zachowanie każdego ze zmawiających się przedsiębiorców posiada „niezależne ekonomiczne uzasadnienie” nosi znamiona zminy przetargowej⁷ i da się zaklasyfikować jako zachowanie opisane w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁸ lub artykule 6 ust. 7 pkt 1 uokik.

W poniższym artykule przeanalizuję decyzje z zakresu zmów przetargowych wykrytych przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) z okresu od wejścia w życie uokik z 2007 r.

¹ Ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); dalej: Pzp.

² Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej: uokik lub ustawa.

³ Zob. A. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, A. Stawicki, E. Stawicki (red.), LEX, 2012, komentarz do art. 6 uokik.

⁴ R.D. Anderson, W.E. Kovacic, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, „Public Procurement Law Review” 2009, 18, s. 80. Zob. też, Shaun Goodman, *Application of Article 101 TFEU*, [w:] M. Siragusa, C. Rizza (red.), *EU Competition Law, Volume III, Cartels and Collusive Behaviour: Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, Book One (Deventer: Claves & Casteels, 2012), s. 62–63.

⁵ Anderson, Kovacic, *Competition Policy...*, s. 79.

⁶ A. Heimler, *Cartels in public procurement*, „Journal of Competition Law & Economics” 2012, s. 5.

⁷ Przynajmniej żaden z komentarzy do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie opisuje przykładowego typu zminy przetargowej, który nie miałby ekonomicznego sensu dla chociaż jednego z uczestników tej zminy, zob. np. A. Jurkowska [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, T. Skoczny (red.), LEX, 2012, komentarz do art. 6 uokik.

⁸ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 306/1), wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 83/47); dalej: TFUE.

do połowy 2012 r. (01.07.2012 r.). Będą to decyzje, w których UOKiK przywołał w sentencji decyzji art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, czyli przepis zakazujący zmów przetargowych. Będę twierdzić, że wszystkie z analizowanych decyzji dotyczą bardzo podobnych stanów faktycznych, które określe mianem strategii „polskiej zminy przetargowej”. Strategia „polskiej zminy przetargowej” polega na specyficznym rodzaju wycofania oferty i różni się od „klasycznych”, przywoływanych w doktrynie, przykładów zmów przetargowych. Po opisanu powyższej „polskiej” strategii, przeanalizuję ją pod kątem „niezależnego uzasadnienia ekonomicznego” oraz doktryny „jednego organizmu gospodarczego” (ang. *single economic entity*). Przeprowadzę również podstawową ekonomiczną analizę, w której zilustruję, kiedy uczestnictwo w „polskiej zminie przetargowej” ma niezależne ekonomiczne uzasadnienie dla jej uczestników. Na podstawie powyższej analizy zaproponuję warunki, które powinny zostać wykazane przez organ konkurencji, żeby udowodnić istnienie „niezależnego ekonomicznego uzasadnienia” przy „polskiej zminie przetargowej”. Na koniec postawię tezę, że w trzech (a do pewnego stopnia nawet w czterech) z analizowanych w tym artykule spraw nie można było mówić o istnieniu niezależnego uzasadnienia ekonomicznego, a tym samym Prezes UOKiK nie posiadał kompetencji do nałożenia na przedsiębiorców kary za naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

II. „Polskie zminy przetargowe”: tło faktyczne

Artykuł 6 ust. 7 pkt 1 uokik stanowi, że „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Powyższy przepis dotyczy w teorii nie tylko przetargów publicznych, ale również przetargów prywatnych. Ponadto, co jest pewnego rodzaju ewenementem i nie za bardzo pasuje do roli, jaką w systemach prawnych odgrywają reguły konkurencji, art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik obejmuje nie tylko porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, lecz także porozumienia pomiędzy organizatorem przetargu a przystępującymi do przetargu przedsiębiorcami.

Od wejścia w życie uokik z 2007 r. do połowy 2012 roku, Prezes UOKiK wydał sześć decyzji, w których stwierdził stosowanie przez przedsiębiorców praktyki opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik:

- 1) decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., RPZ 12/2009 (*Kapusta dla aresztów*)⁹;
- 2) decyzja Prezesa UOKiK z 24.12.2010 r., RPZ 31/2010 (*Czystość w budynkach komunalnych*)¹⁰;
- 3) decyzja Prezesa UOKiK z 04.10.2010 r., RWR-24/2010 (*Pieczętki dla Poczty*)¹¹;
- 4) decyzja Prezesa UOKiK z 27.07.2011 r., RKR-24/2011 (*Dowóz dzieci do szkół*)¹²;
- 5) decyzja Prezesa UOKiK z 06.09.2011 r., RKT-25/2011 (*Oznakowanie dróg*)¹³;
- 6) decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2011 r., RBG-27/2011 (*Wyrąb drewna*)¹⁴.

⁹ Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹⁰ Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹¹ Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹² Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹³ Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹⁴ Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

We wszystkich z powyższych spraw Prezes UOKiK nałożył na domniemanych uczestników zminy kary finansowe. Dostawy lub usługi będące przedmiotem przetargów publicznych w sześciu analizowanych decyzjach dają się łatwo wywnioskować z konwencjonalnych nazw, które nadałem tym decyzjom: Ministerstwo Obrony Narodowej i Ministerstwo Sprawiedliwości organizowało przetarg na dostawę warzyw (w tym kapusty kiszonej) do koszar i aresztów śledczych; prezydent Radomska ogłosił przetarg na kompleksowe utrzymanie czystości w budynkach Urzędu Miasta; oddział regionalny Poczty Polskiej w Łodzi szukał wykonawców na dostawę pieczętek automatycznych dla swoich placówek; dwie gminy (Szczucin i Wadowice Górne) zamówiły dowóz uczniów z terenu tych gmin do placówek oświatowych; śląscy zarządcy dróg gminnych, powiatowych i wojewódzkich organizowali przetargi na wykonanie lub utrzymanie oznakowania drogowego i dostawę znaków drogowych; na koniec Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń w Konstancjewie ogłosiło kilka pakietów zamówień w celu wybrania wykonawcy mającego „realizować zadanie gospodarcze z zakresu leśnictwa i pozyskania drewna”.

Dwie z sześciu spraw dotyczyły jedynie pojedynczego przetargu (*Pieczętki dla Poczty i Czystość w budynkach komunalnych*). W czterech pozostałych sprawach przedmiotem zainteresowania Prezesa UOKiK były więcej niż jeden przetarg, jednak wszystkie analizowane przez UOKiK przetargi dotyczyły bardzo podobnych dostaw lub usług. W pięciu z sześciu spraw domniemanymi uczestnikami zminy byli jedynie dwaj przedsiębiorcy; jedynie w jednej decyzji Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną na trzech „zmawiających się” wykonawców.

Kolejną specyfiką analizowanych spraw był fakt, że o domniemanych konspiratorach uczestniczących w zminie trudno powiedzieć, że posiadali jakąkolwiek siłę rynkową (tj. wysoki udział w rynku właściwym) – fakt, którego można by się było spodziewać w „kanonicznej” zminie przetargowej¹⁵. Wręcz odwrotnie, każdy z ukaranych przez Prezesa UOKiK przedsiębiorców spotykał się w analizowanych przetargach z silną konkurencją ze strony pozostałych przedsiębiorców/wykonawców.

Jeszcze jednak cecha „polskich zmin przetargowych” zwraca szczególną uwagę. Domniemani konspiratorzy byli stosunkowo małymi przedsiębiorcami. Nie były to osoby prawne, ale osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą. Wzajemne relacje prywatne tych osób były bardzo bliskie. W *Pieczętkach dla Poczty, Dowozie dzieci do szkół i Oznakowaniu dróg* zmawiający się przedsiębiorcy byli małżeństwem. W *Czystości w budynkach komunalnych* konspiratorzy okazały się siostrami, w *Kapuście dla aresztów* trójka z ukaranych przedsiębiorców tworzyła całe gospodarstwo domowe: było to dwoje małżonków i ich syn. Jedynie w *Wyrębie drewna* dwójka zmawiających się przedsiębiorców nie była powiązana więzami rodzinnymi, a stanowiła dwójkę dobrych znajomych, (co pozwalają wywnioskować informacje zawarte w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK).

Wszystkie postępowania w analizowanych przypadkach zostały też przeprowadzone przez regionalne delegatury UOKiK, a nie przez centralę UOKiK w Warszawie. Kary nałożone przez regionalne delegatury wahały się od 1000 złotych do 130 tys. złotych. Żadna z decyzji nie została do tej pory skutecznie zaskarżona. W dwóch sprawach odwołania zostały oddalone przez Sąd

¹⁵ W „kanonicznych” zminach przetargowych zmawiający się przedsiębiorcy zwykle posiadają znaczący udział w rynku właściwym. Z tego powodu zminom przetargowym często towarzyszą horyzontalne, „pozaprzetargowe” antykonkurencyjne porozumienia, takie jak ustalanie cen, czy podział rynków. Decyzje Komisji Europejskiej dotyczące zmin przetargowych dotyczą właśnie takich zmin przedsiębiorców posiadających łącznie znaczącą siłę rynkową, które to zminy implikują często inne horyzontalne praktyki występujące poza przetargami publicznymi. Dla zapoznania się z analizą spraw z zakresu zmin przetargowych rozstrzygniętych przez Komisję Europejską, zob. np. Siragusa, Rizza, *EU Competition Law...*, s. 64–66.

Ochrony Konkurencji i Konsumentów (*Kapusta dla aresztów* i *Pieczałki dla Poczty*), w jednej ze spraw odwołanie zostało odrzucone (*Dowóz dzieci do szkół*), w jednej sprawie przedsiębiorcy nie złożyli odwołania (*Czystość w budynkach komunalnych*), a w dwóch sprawach odwołanie nie zostało jeszcze rozpatrzone (*Oznakowanie dróg* i *Wyrąb drewna*), ale sądząc po dotychczasowej praktyce, szanse na pozytywne rozpatrzenie tego odwołania przez sąd są raczej niskie.

III. Strategia „polskiej zminy przetargowej”

1. Opis strategii

Po przedstawieniu tła faktycznego „polskich zmin przetargowych” wypada opisać konkretną praktykę przedsiębiorców, która w analizowanych sprawach stanowiła podstawę do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Zaskakująco, w każdej z sześciu analizowanych spraw postępowanie zmawiających się przedsiębiorców oparte było na tym samym schemacie. Dwoje (lub troje w *Kapuście dla aresztów*) przedsiębiorców składało w przetargu swoje oferty, po czym niższa (czyli bardziej korzystna dla zamawiającego oferta) z dwójki (lub trójki) złożonych ofert była wycofywana przez jednego z członków zminy. Wycofanie oferty następowało w sytuacji, w której ta niższa i korzystniejsza dla zamawiającego oferta została, po otwarciu ofert, wstępnie wybrana przez zamawiającego. Swoiste wycofanie oferty mogło też polegać na niezpełnieniu braków formalnych oferty. Skutki takiego niezpełnienia braków formalnych były oczywiście w praktyce tożsame ze skutkami wycofania oferty. W konsekwencji wycofania (lub niezpełnienia braków formalnych) korzystniejszej dla zamawiającego oferty, zamówienie otrzymywał drugi ze „zmawiających się” przedsiębiorców, który zaoferował wyższą, mniej korzystną dla zamawiającego cenę.

Na pierwszy rzut oka można zatem stwierdzić, że „polskie zminy przetargowe” polegały na specyficznym rodzaju „ograniczenia ofert przetargowych” wiążącym się z wycofaniem oferty (ang. *bid suppression*). Jednakże, po głębszym zastanowieniu okazuje się, że polskie sprawy niewiele mają wspólnego z klasycznym ograniczeniem ofert przetargowych. W klasycznym „ograniczeniu ofert przetargowych” uczestniczący w zminie przedsiębiorcy, którzy nie składają oferty lub wycofują swoją ofertę, chcą żeby wybrany uprzednio przedsiębiorca nie spotkał się z żadną konkurencją w przetargu. Dlatego tak istotne w klasycznym ograniczaniu ofert przetargowych jest to, żeby w zminie uczestniczyli przedsiębiorcy posiadający siłę rynkową (czyli najczęściej wysoki udział w rynku właściwym). W „klasycznej zminie przetargowej”, jeżeli warunki, żeby ubiegać się o dane zamówienie w przetargu, spełnia przykładowo czterech przedsiębiorców, a do zminy polegającej na „ograniczeniu ofert” przystąpi jedynie trzech z nich, to wybrany spośród zmawiającej się trójki przedsiębiorca nie zostanie w tym przetargu sam i będzie musiał obniżyć swoją cenę, żeby sprostać konkurencji czwartego, nieuczestniczącego w zminie przedsiębiorcy. W wypadku „polskich zmin przetargowych” trudno jednak mówić o jakiegokolwiek sile rynkowej zmawiających się przedsiębiorców¹⁶. W analizowanych przez UOKiK przetargach, polscy konspiratorzy konkurowali z innymi, nieobjętymi „zminą” przedsiębiorcami.

¹⁶ Warto zwrócić uwagę, że siła rynkowa zmawiających się w przetargach przedsiębiorców w wyjątkowych sytuacjach nie będzie tożsama z wysokim udziałem w rynku właściwym i brakiem „zewnętrznej” konkurencji w przetargach. Będzie tak w wypadku, kiedy zmawiający się przedsiębiorcy będą, co prawda konkurowali w przetargach z innymi przedsiębiorcami, ale ci inni przedsiębiorcy nie będą w stanie (najczęściej ze względu na koszty) zaproponować ceny konkurencyjnej do ceny zmawiających się przedsiębiorców.

Jaki był w takim razie cel polskiej strategii zminy przetargowej, skoro celem tym nie była monopolizacja przetargu? Polskim zmawiającym się przedsiębiorcom chodziło raczej o zabezpieczenie swoich ofert, czyli innymi słowy – o zwiększenie szans jednego z dwójki (lub trójki) zmawiających się wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów. Na czym polegało owo zabezpieczenie? Odwołam się w tym celu do przykładu. Załóżmy, że do przetargu przystępuje czterech przedsiębiorców: A, B, C i D. Załóżmy też, że A i B wklają się w „polską zminę przetargową”. A i B nie wiedzą, jak zachowają się ich konkurenci, tj. jaką cenę C i D zaproponują w swoich ofertach. Oczywiście A i B chcieliby uzyskać od zamawiającego jak najwyższą cenę (racjonalnie maksymalizując swoje zyski), jednakże A i B muszą się jednocześnie liczyć z tym, że C i D zaproponują niższą cenę i wygrają przetarg pozostawiając A i B bez jakiegokolwiek zysku. Owe inherentne napięcie charakteryzuje każdy przetarg: jest to napięcie pomiędzy chęcią zaoferowania jak najwyższej ceny i chęcią wygrania przetargu (tj. zaoferowania niższej ceny niż konkurenci). W jaki sposób działający wspólnie A i B mogą częściowo przezwyciężyć wspomniane napięcie? A i B mogą złożyć oferty o dwóch różnych cenach. Powiedzmy, że A złoży ofertę o cenie 50 zł, podczas, gdy B złoży ofertę o cenie 100 zł.

Przeanalizujmy teraz scenariusz 1, w którym po otwarciu ofert okaże się, że ceny zaproponowane przez konkurentów C i D opiewać będą na kwoty 150 zł i 75 zł. Przedsiębiorca A wygra w takim wypadku przetarg, oferując najniższą cenę, czyli 50 zł. Wyobraźmy sobie teraz scenariusz 2, w którym oferty C i D opiewają na kwoty 150 zł i 125 zł. Znowu A okazuje się zwycięzcą przetargu ze swoją ceną 50 zł. Jeżeli jednak A wycofa swoją ofertę, zamówienie zostanie udzielone B, który otrzyma cenę w wysokości 100 zł, a tym samym dochód B przewyższy potencjalny dochód A. Jeżeli A i B działają wspólnie, A wycofa swoją ofertę, maksymalizując tym samym wspólny dochód A i B (w dalszej części tego artykułu będę twierdził, że jeżeli B nie zrekompensuje przedsiębiorcy A wycofania jego niższej oferty, trudno mówić o niezależnym uzasadnieniu ekonomicznym po stronie A, a tym samym „porozumienie” pomiędzy A i B jest w istocie unilateralną praktyką jednego podmiotu gospodarczego).

Właśnie domniemane zawarcie takiego porozumienia, jak opisane powyżej porozumienie pomiędzy A i B, było podstawą nałożenia przez UOKiK kar pieniężnych w sześciu analizowanych w tym artykule sprawach. Polska strategia zminy przetargowej różniła się więc znacząco od klasycznego ograniczenia ofert przetargowych. Celem polskiej strategii nie była monopolizacja przetargu i uzyskanie od zamawiającego „renty monopolistycznej” (wskutek sztucznie zawyżonej ceny). Celem polskiej strategii było raczej zwiększenie szans na wygranie przetargu i częściowe przezwyciężenie napięcia pomiędzy chęcią zaoferowania przez przystępujących do przetargu wysokiej ceny i jednoczesną obawą przed przegraniem przetargu. Oczywiście, również w wypadku strategii „polskiej zminy przetargowej” może dojść do pogorszenia pozycji zamawiającego w stosunku do sytuacji, w której nie dochodzi do „polskiej” zminy. Kiedy hipotetyczny A wycofa swoją niższą ofertę, nastąpi transfer potencjalnego dochodu ze strony zamawiającego do zmawiających się wykonawców. Przetransferowany dochód będzie się równał różnicy między cenami oferty przedsiębiorcy A i oferty przedsiębiorcy B.

2. Doktryna „jednego organizmu gospodarczego”

Moja teza jest następująca: w większości polskich spraw dotyczących zmin przetargowych opisana wyżej praktyka „zmawiających” się przedsiębiorców nie stanowiła „porozumienia” objętego

zakresem art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, a była jedynie unilateralną praktyką tzw. jednego organizmu gospodarczego (ang. *single economic unit*).

Jeżeli przedsiębiorcy będący stroną rzekomego antykonkurencyjnego porozumienia nie posiadają „niezależnego ekonomicznego uzasadnienia”, czy też „niezależnej ekonomicznej motywacji” dla swojego postępowania, nie sposób mówić o porozumieniu pomiędzy tymi przedsiębiorcami w rozumieniu prawa konkurencji. Bez wspomnianej niezależnej ekonomicznej motywacji, pozorna niezależność przedsiębiorców polegająca na rejestracji odrębnych bytów prawnych nie ma znaczenia dla objęcia danej praktyki przepisami zakazującymi antykonkurencyjnych porozumień. Powyższa obserwacja jest mocno zakorzeniona w doktrynie tzw. jednego organizmu gospodarczego (ang. *single economic unit*) wypracowanej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jeżeli niezależne w świetle prawa jednostki (takie jak spółki, czy też osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą) nie cieszą się „ekonomiczną niezależnością”¹⁷ (ang. *economic independence*), ustalenia pomiędzy takimi jednostkami nie są objęte art. 101 ust. 1 TFUE¹⁸.

Należy podkreślić, że w świetle europejskiego orzecznictwa, kluczowe dla określenia, czy z pozoru niezależni przedsiębiorcy stanowią „jeden organizm gospodarczy” jest zbadanie okoliczności **behawioralnych**, a nie strukturalnych. Powiązania strukturalne (czyli przede wszystkim powiązania kapitałowe, takie jak bycie większościowym akcjonariuszem danej osoby prawnej) pomiędzy przedsiębiorcami stwarzają jedynie domniemanie tego, że przedsiębiorcy ci nie są niezależni i należą do „jednego organizmu gospodarczego”¹⁹. Decydujące są jednak okoliczności behawioralne takie jak to, czy przedsiębiorca dysponuje „rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku, czy jedynie przyjmuje instrukcje od innego przedsiębiorcy²⁰” oraz, czy „przedsiębiorcy **zachowują się** razem na rynku jak jeden podmiot²¹”. Wprawdzie, co zrozumiałe z racji na doniosłość rozstrzyganych spraw, Komisji Europejskiej nie zdarzyło się do tej pory zastosować koncepcji „jednego organizmu gospodarczego” do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości wprost wskazał, że koncepcja ta dotyczy tak osób prawnych, jak i fizycznych²². Na autonomię przedsiębiorców w kreowaniu zachowań rynkowych w kontekście koncepcji „jednego organizmu gospodarczego” zwraca się uwagę również w polskiej doktrynie prawa konkurencji²³ oraz w decyzjach Prezesa UOKiK²⁴. W polskiej doktrynie przyjmuje się też, że koncepcja „jednego organizmu gospodarczego” ma zastosowanie do porozumień

¹⁷ Wyrok ETS z 25.10.1971 r. w sprawie 22/71 *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, paragraf 8. Wyrok dostępny na stronie <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸ Zob. wyrok ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach 56 i 58/64 *Consten and Grundig*. Wyrok dostępny jest na stronie <http://eur-lex.europa.eu>. Zob. też A. Jones, B. Sufirin, *EU Competition Law*, 4th Edition, Oxford University Press, 2008, s. 134–139. Doktryna tzw. jednego organizmu gospodarczego (ang. *single economic unit*) została potwierdzona, a nawet rozszerzona w precedensowym wyroku w sprawie *Viho*, zob. wyrok ETS z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95, *Viho Europe BV v. Komisji*. Wyrok dostępny jest na stronie <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁹ Jones, Sufirin, *EU Competition...*, s. 138.

²⁰ *Viho p. Komisji*, paragraf 16.

²¹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 15.09.2005 r. r. w sprawie T-325/01 *Daimler Chrysler AG v. Komisji*, paragraf 85. Wyrok dostępny na stronie <http://eur-lex.europa.eu>.

²² *Ibidem*, paragraf 85.

²³ A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. BECK, Warszawa 2009, s. 375.

²⁴ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., DOK-34/07. Decyzja dostępna na www.uokik.gov.pl. W powyższej decyzji UOKiK umorzył postępowanie w sprawie domniemanego antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy Telekomunikacją Polską SA a Polską Telefonią Komórkową Centertel sp. z o.o. z uwagi na działanie dwóch powyższych podmiotów w ramach „jednego organizmu gospodarczego”. UOKiK podkreślił też, że niezależność przedsiębiorców lub jej brak jest czynnikiem behawioralnym, a nie strukturalnym, stwierdzając, że *zakazane antykonkurencyjne porozumienie zawarte może być jedynie pomiędzy niezależnymi podmiotami, tj. takimi, które samodzielnie decydować mogą (podkr. aut.) o podejmowanej przez siebie działalności* (*ibidem*, s. 18).

między przystępującymi do przetargu wykonawcami²⁵. Zgodnie z powyższym stanowiskiem, „wymiana informacji np. o cenach czy warunkach składanych w przetargu ofert przez przedsiębiorców stanowiących jeden organizm gospodarczy nie może zostać uznana za znowę przetargową sprzeczną z art. 6 uokik²⁶”.

Podsumowując, jak obrazowo określił to sędzia Stevens w wyroku amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *American Needle*, „pytanie brzmi (...) czy mamy do czynienia z porozumieniem pomiędzy odrębnymi aktorami podążającymi za odrębnymi interesami ekonomicznymi²⁷”. Jeżeli zatem postępowanie uczestniczącego w domniemanej znowie przetargowej przedsiębiorcy nie wykazuje żadnego innego uzasadnienia poza chęcią maksymalizacji zysków drugiego przedsiębiorcy, przedsiębiorca ten nie cieszy się „ekonomiczną niezależnością”.

IV. Ekonomiczna analiza strategii „polskiej zminy przetargowej”

1. Uwagi wstępne

Powracając do „polskich zmin przetargowych” należy się zatem zapytać, czy w sytuacji współpracy między hipotetycznymi A i B polegającej na wycofaniu oferty przez A w sytuacji, kiedy B ma szansę otrzymania zamówienia po wyższej cenie, istnieje zarówno dla A, jak i B niezależne ekonomiczne uzasadnienie dla swojego postępowania. W zaprezentowanej poniżej ekonomicznej analizie pokażę, w jaki sposób kalkulować będą zarówno A i B, jeżeli uznać, że posiadają oni niezależną ekonomiczną motywację oraz, jakie zachowanie i jaki rodzaj kooperacji będą miały dla nich ekonomiczny sens.

Pamiętajmy, że A i B nie wiedzą, jakie ceny zostaną zaproponowane przez ich konkurentów C i D, a zatem, który ze scenariuszy – scenariusz 1 (scenariusz, w którym swoją niższą ofertą przetarg będzie mógł wygrać tylko A), czy scenariusz 2 (scenariusz, w którym przetarg wygra B po wycofaniu oferty A) zostanie wprowadzony w życie. Załóżmy, że prawdopodobieństwo zaistnienia scenariusza 1 to 40%, a prawdopodobieństwo scenariusza 2 to również 40% (w 20% przypadków, któryś z konkurentów, tj. C lub D, zaoferuje cenę poniżej ceny 50 zł, tj. najniższej ceny jaką potencjalnie zaoferować mogą A lub B).

2. Brak kooperacji

Założmy, że koszty A i B są takie same. Załóżmy ponadto, że A i B mogą zaoferować oferty tylko o wysokości 50 zł lub 100 zł (50 zł to oczywiście najniższa cena, na jaką zarówno A, jak i B mogą sobie pozwolić zważywszy na swoje koszty). A i B mogą zastosować następujące strategie, jeżeli nie będą między sobą współpracować:

- 1) zarówno A i B złożą oferty o wartości 100 zł;
- 2) zarówno A i B złożą oferty o wartości 50 zł;

²⁵ Co ciekawe w świetle późniejszych rozważań, stanowisko takie wyrażane jest przez reprezentantkę Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zob. A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, 4(1), ss. 50-54. Rozważania autorki dotyczą, co prawda przedsiębiorców skupionych w jednej grupie kapitałowej, jednakże, jak wspomniałem wyżej, koncepcja jednego organizmu gospodarczego rozumiana jest w sposób behawioralny i może mieć również zastosowanie do osób fizycznych. Behawioralne rozumienie koncepcji „jednego organizmu gospodarczego” uznaje również Zawłocka-Turno („za przemawiające za uznaniem, że w danej sprawie mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym uznaje się istnienie powiązań kapitałowych lub faktycznych, w ramach grupy kapitałowej, powodujących, że przedsiębiorstwa zależne nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania (podkr. aut.) na rynku”). Warto zwrócić uwagę, że Zawłocka-Turno przytacza również odmienne stanowisko francuskiego organu konkurencji z 2003 r., jednak poddaje ona te stanowisko krytyce ze względu na potencjalną sprzeczność z prawem unijnym (ibidem, s. 52).

²⁶ Ibidem, s. 51.

²⁷ W oryginale: „The relevant inquiry, therefore, is whether there is a contract, combination ... or conspiracy amongst separate economic actors pursuing separate economic interests”. *American Needle, Inc. v. National Football League* 130 S.Ct. 2201, 9 (2010).

- 3) A złoży ofertę o wartości 100 zł, a B ofertę o wartości 50 zł;
- 4) A złoży ofertę o wartości 50 zł, a B ofertę o wartości 100 zł.

Załóżmy w końcu, że w sytuacji, w której A i B złożą oferty o równej wartości, a oferty te okażą się najniższymi ofertami, zamawiający udzieli zamówienia w 50% przypadków A i w 50% przypadków B (w takiej sytuacji decyzja zamawiającego będzie oparta na kryteriach innych niż cena)²⁸.

W scenariuszu 1 (reprezentującym 2/5 hipotetycznych stanów rzeczy):

- 1) w 37,5% przypadków, tj. w 6/40 hipotetycznych stanów rzeczy (37,5% pomnożone przez 2/5) zamówienie otrzyma A, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- 2) w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- 3) w 25% przypadków (4/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzymają konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C albo D.

W scenariuszu 2 (w którym konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C i D nie zaoferują ceny poniżej 100 zł):

- 1) w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma A, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- 2) w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- 3) w 12,5% przypadków (2/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma A, oferując cenę 100 zł;
- 4) w 12,5% przypadków (2/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę 100 zł.

W 8/40 hipotetycznych stanach rzeczy zamówienie otrzymają konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C i D.

Podsumowując, w sytuacji braku współpracy pomiędzy A i B, potencjalny osobny przychód A i B wyniesie po 20 zł ((6/40 w Scenariuszu 1 pomnożone przez 50 zł) + (6/40 w Scenariuszu 2 pomnożone 50 zł) + (2/40 w Scenariuszu 2 pomnożone przez 100 zł) = 7.5 zł + 7.5 zł + 5 zł = **20 zł**).

3. Kooperacja w ramach „polskiej zmony przetargowej”

Przetestujmy teraz, pod kątem scenariuszy 1 i 2, sytuację, w której przedsiębiorcy A i B angażują się w „polską zmonę przetargową” i ustalają między sobą, że A zawsze będzie składał ofertę o wysokości 50 zł, B zawsze będzie oferował 100 zł oraz A zawsze wycofa swoją ofertę w sytuacji, w której wyższa oferta B wystarczy do wygrania przetargu. W scenariuszu 1, w 100% przypadków

²⁸ Z perspektywy teorii gier w sytuacji, kiedy A i B nie podejmą kooperacji, ich wzajemne relacje, jak i relacje pomiędzy A i B a pozostałymi przystępującymi do przetargu przedsiębiorcami, będzie się dało scharakteryzować jako klasyczny dylemat więźnia. Poniżej krótki opis takiego dylematu więźnia. Dla uproszczenia założmy, że do przetargu przystępują jedynie dwaj przedsiębiorcy: A i B. Tzw. macierz wypłat dla A i B w tej grze będzie następująca. Jeżeli A i B oboje złożą oferty o wysokości 100 zł, wypłaty dla dwóch graczy wyniosą odpowiednio 50 zł (zakładając, że przy równej wysokości oferty szansa na otrzymanie zamówienia wynosi 50%), a więc całkowity wspólny „dobrobyt” dla A i B wyniesie 100 zł. Jeżeli A złoży ofertę o wysokości 50 zł, a B ofertę o wysokości 100 zł albo na odwrót, całkowity wspólny dobrobyt również wyniesie 100 zł (macierz wypłat w takiej sytuacji będzie następująca: 100 zł, 0 zł albo 100 zł, 0 zł). Jeżeli zarówno A, jak i B złożą oferty o wysokości 50 zł, macierz wypłat wyniesie 25 zł, 25 zł, a całkowity wspólny dobrobyt 50 zł. Taka gra, będąca klasycznym dylematem więźnia posiada jedynie jedną „równowagę Nash'a”, a każdy z graczy posiada jedynie jedną dominującą strategię (składanie oferty w wysokości 50 zł), podczas gdy rezultat tej gry po zastosowaniu optymalnej strategii nie jest nieefektywny w sensie Pareto. Więcej o dylemacie więźnia i teorii gier zastosowanych w mikroekonomii i prawie konkurencji, zob. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, s. 542–551.

Dylemat więźnia wyjaśnia, dlaczego w interesie przedsiębiorców A i B mogłoby leżeć porozumienie się co do wzajemnego złożenia ofert o wyższej wysokości (tj. w omawianej hipotezie dwóch ofert o wysokości 100 zł) lub też uzgodnić minimalną cenę składanych ofert (porozumienie takie miałyby oczywiście sens, jeżeli A i B dysponowałyby w przetargu siłą rynkową). Dylemat więźnia nie wyjaśnia jednakże, dlaczego w interesie A lub B miałyby być (obecne przy „polskiej zmonie przetargowej”) wycofanie niższej oferty w sytuacji wyboru tej oferty przez zamawiającego. W dalszej części tego artykułu stanę na stanowisku, że jeżeli pomiędzy A i B nie dochodzi do „rekompensaty” lub też A i B nie „wymieniają się” miejscami w innych przetargach, takie wycofanie oferty można rozpatrywać jedynie w kategorii działania przez A i B w ramach „jednego organizmu gospodarczego”.

(2/5 hipotetycznych stanów rzeczy) A otrzyma zamówienie o wartości 50 zł. Potencjalny przychód A wyniesie 20 zł (50 zł pomnożone przez 2/5). W scenariuszu 2, w którym A wycofa swoją ofertę na rzecz B, B otrzyma zamówienie o wartości 100 zł w 100% (2/5 hipotetycznych stanów rzeczy) przypadków, a potencjalny przychód wyniesie 40 zł (100 zł pomnożone przez 2,5). „Polska zmona przetargowa” będzie więc miała w analizowanej hipotezie sens dla B (przychód w wysokości 50 zł jest lepszy niż przychód w wysokości 20 zł, który B uzyskałby w sytuacji braku kooperacji z A), taka zmona nie ma jednak większego sensu dla A. W naszej hipotezie, potencjalny przychód A jest taki sam w sytuacji kooperacji z B, jak i w razie braku kooperacji, jednak w razie kooperacji A musi wykonać kontrakt w większej liczbie hipotetycznych stanów rzeczy (16/40) niż w sytuacji braku kooperacji, co oczywiście wiąże się z większymi kosztami przy tych samych przychodach. W naszej hipotezie, strategia „polskiej zmony przetargowej” nie jest więc opłacalna dla A, a jest opłacalna dla B.

4. Ekonomiczne uzasadnienie dla „polskiej zmony przetargowej”

Dokonana wyżej analiza potencjalnych przychodów hipotetycznych przedsiębiorców A i B była oczywiście oparta na zupełnie przypadkowych liczbach i założeniach (takimi przypadkowymi założeniami był m.in. fakt częstotliwości wystąpienia scenariusza 1 i 2 oraz fakt, że zarówno A, jak i B złożą oferty o wysokości 100 zł i 50 zł w 50% przypadków). Miała ona na celu pokazanie, w jaki sposób można obliczać opłacalność zachowania przedsiębiorców A i B w razie niezależnej konkurencji i w razie kooperacji polegającej na zaangażowaniu się w „polską zmonę przetargową”. Należy jednak podkreślić, że w praktyce zarówno A, jak i B nie wiedzą, jakie będzie prawdopodobieństwo danego zachowania się ich konkurentów (a więc prawdopodobieństwo wystąpienia scenariuszy 1 albo 2), zatem A i B mogą, w sytuacji wzajemnej konkurencji, zdecydować się na inną częstotliwość składania ofert o danej wysokości (zachowania A i B w wypadku braku „polskiej zmony przetargowej” zależą przede wszystkim od tego, na ile A i B będą skłonni do ryzyka). Analizowaną w poprzednich częściach hipotezę można więc z łatwością zmodyfikować (np. zmieniając potencjalne ceny ofert, które mogą złożyć A i B, jak i zmieniając, zależną od skłonności od ryzyka, częstotliwość składania ofert o danej wysokości) tak, aby okazało się, że zaangażowanie się w „polską zmonę przetargową”, w której to A wycofuje swoją ofertę na rzecz B:

- 1) będzie opłacalne dla zarówno A i B;
- 2) będzie nieopłacalne dla przedsiębiorcy B, ale opłacalne dla przedsiębiorcy A²⁹.

Niemniej jednak, jedna cecha „polskiej zmony przetargowej” pozostanie niezmienna bez względu na przyjęte w hipotezie założenia i liczby. Łączny przychód A i B powstały w wyniku przyjęcia strategii „polskiej zmony przetargowej” nie może być nigdy niższy od ich łącznego przychodu w sytuacji niezależnej konkurencji³⁰. Jest tak dlatego, ponieważ w scenariuszu 2, w którym A wycofuje swoją ofertę na rzecz B, następuje dodatkowy transfer potencjalnego dochodu ze strony zamawiającego w kierunku B. Dlatego też łączny potencjalny przychód A i B w warunkach „polskiej zmony przetargowej” będzie zawsze wyższy niż ich łączny przychód osiągnięty w warunkach niezależnej konkurencji. Z powyższego powodu, jeżeli przedsiębiorców A i B traktować

²⁹ Pomimo tego, że A będzie musiał wycofywać swoją ofertę, kiedy oferta B będzie wystarczająca do wygrania przetargu, strategia „polskiej zmony przetargowej” może być mimo wszystko z obiektywnego punktu widzenia bardziej opłacalna dla przedsiębiorcy A niż jego niezależne zachowanie w sytuacji, w której działający niezależnie A miałby tendencję do „przeszarżowania” z ryzykiem i permanentnego składania wyższych od swoich konkurentów ofert.

³⁰ Jeżeli oczywiście decyzje o wysokości ofert, na które zdecydują się A i B w wypadku „polskiej zmony przetargowej” będą takie same jak decyzje, które podjęliby A i B (i wynikają z takiej samej skłonności do ryzyka jaką A i B mieliby) w warunkach niezależnej konkurencji.

jako „jeden organizm gospodarczy” posiadający wspólny ośrodek decyzyjny i troszczący się o maksymalizację jednego tylko, a nie dwóch zysków, to „polska zmowa przetargowa” nie ma dla takiego „AB” ekonomicznego sensu. W takim wypadku A i B powinni być traktowani, jak jeden przedsiębiorca i tym samym do „porozumienia” pomiędzy A i B nie można stosować przepisów o zakazie antykonkurencyjnych porozumień.

Wnioski, do których doszliśmy, nie pozwalają wyjaśnić, dlaczego zaangażowanie się w strategię „polskiej zminy przetargowej” jest korzystne dla A. Innymi słowy strategia ta nie oferuje przedsiębiorcy A niczego, co zrekompensowałoby mu jego poświęcenie polegające na wycofaniu swojej niższej oferty na rzecz B. **Jeżeli zatem, strategia „polskiej zminy przetargowej” ma mieć „niezależne ekonomiczne uzasadnienie” dla przedsiębiorcy A, przedsiębiorca ten musi otrzymać od B stosowną rekompensatę.** Nie musi to być oczywiście rekompensata pieniężna. Może ona polegać np. na udzieleniu A przez B podwykonawstwa w uzyskanym zamówieniu bądź też na zamienieniu się rolami w ramach „polskiej zminy przetargowej”³¹. Takie zamienienie się rolami będzie oczywiście możliwe w sytuacji więcej niż jednego przetargu. A i B mogą uzgodnić, że w jednym przetargu to A wycofa ofertę, „oferując miejsce” B, a w drugim przetargu to B wycofa ofertę, „oferując miejsce” A.

Z powyższej obserwacji wynika bardzo ważny wniosek. Dla stwierdzenia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy A i B nie wystarczy wykazanie, że dwaj przedsiębiorcy zaangażowali się w „polską zminę przetargową”. Konieczne jest ponadto wykazanie, że:

- 1) w wypadkach, kiedy „polska zmowa przetargowa” wystąpiła tylko w jednym przetargu, organ konkurencji powinien wykazać, że przedsiębiorca, który wycofał swoją ofertę (hipotetyczny A) otrzymał od drugiego przedsiębiorcy (hipotetycznego B) jakąkolwiek rekompensatę (np. pieniądze albo podwykonawstwo);
- 2) w wypadkach wielu przetargów organ konkurencji może też wykazać, że co najmniej raz przedsiębiorcy (hipotetyczni A i B) zamienili się rolami, tj. każdy z nich przynajmniej raz wycofał swoją niższą ofertę lub miał taki zamiar (zamiar taki może być zaś wywnioskowany z faktu, że przynajmniej raz przedsiębiorcy „zamienili się” wysokością swoich ofert, tj. przynajmniej raz zarówno hipotetyczny A, jak i B złożyli niższą z dwóch ofert).

V. „Polskie zminy przetargowe” w świetle przedstawionej teorii

W świetle dokonanych obserwacji pochylię się teraz nad sześcioroma polskimi sprawami, w których miała miejsce „polska zmowa przetargowa” i spróbuję określić, w których z analizowanych spraw można mówić o odrębnym ekonomicznym uzasadnieniu po stronie uczestniczących w zminie przedsiębiorców.

³¹ Oczywiście A i B nie muszą się bezpośrednio porozumieć co do rekompensaty lub zamiany rolami. Przedsiębiorca A może również jednostronnie „zasygnalizować” przedsiębiorcy B gotowość do wycofania swojej niższej oferty w odpowiedzi na wycofanie oferty B na rzecz A w kolejnym przetargu. Taka próba sygnalizacji, będąca jednocześnie jedną ze strategii mających na celu przezwyciężenie dylematu więźnia, jest możliwa w praktyce przy wielu powtarzanych po sobie przetargach i istnieją na nią empiryczne przykłady (chodzi o sygnalizację w warunkach „klasycznej zminy przetargowej”, a nie „polskiej zminy przetargowej”). Próby takiej sygnalizacji były obecne np. w przetargach na częstotliwości komunikacyjne organizowane przez Amerykańską Federalną Komisję Komunikacyjną. Zob. P. Cramton, J.A. Schwartz, *Collusive Bidding: Lessons from the FCC Spectrum Auctions*, „Journal of Regulatory Economics”, Vol. 17, ss. 229-252, May 2000. Powyższa sygnalizacja jest niezmiernie problematyczna z punktu widzenia prawa antymonopolowego z przyczyn zupełnie innych niż temat tego artykułu. Chodzi bowiem o to, że sygnalizacja stanowi najczęściej jedynie tzw. działania paralelne (ang. *conscious parallelism*), a te co do zasady nie są objęte zakazem przez większość reżymów antymonopolowych na świecie (z paroma wyjątkami, wliczając Rosję). Za zwrócenie mojej uwagi na teoretyczną możliwość „sygnalizacji”, również w warunkach „polskiej zminy przetargowej”, dziękuję profesorowi Danielowi Rubinfeldowi.

Najmniej wątpliwości rodzą okoliczności faktyczne towarzyszące *Czystości w budynkach komunalnych*. W powyższej sprawie przedmiotem analizy UOKiK był tylko jeden przetarg, a w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK nie ma słowa o żadnej rekompensacie uzyskanej przez jedną z uczestniczących w zмовie sióstr. Można zatem stwierdzić, że w powyższej sprawie nie mieliśmy tak naprawdę do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem, a raczej z unilateralną praktyką.

W *Pieczętkach dla Poczty* domniemana zмова przetargowa nastąpiła tylko w jednym przetargu. UOKiK analizował również trzy inne przetargi, w których przedsiębiorca–mąż i przedsiębiorca–żona przegrali ze swoimi konkurentami. We wszystkich czterech przetargach (w jednym z przetargów doszło do rzeczywistego wycofania oferty) to zawsze mąż był przedsiębiorcą, który składał wyższą ofertę. W związku z powyższym, po stronie żony nie wystąpiło niezależne ekonomiczne uzasadnienie, a tym samym należy uznać, że żona wraz z mężem należeli do „jednego organizmu gospodarczego” i nie mogło dojść pomiędzy nimi do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia.

W *Dowozie dzieci do szkoły* UOKiK badał w cztery przetargi. Pierwszy przetarg nie był dla UOKiK problematyczny: przedsiębiorca–żona i przedsiębiorca–mąż złożyli swoje oferty na inne odcinki tras autobusowych; oferty te nie konkurowały więc ze sobą. W kolejnych trzech przetargach mąż i żona składali „konkurencyjne” wobec siebie oferty o różnych cenach, przy czym to zawsze żona składała niższą ofertę. Wszystkie te przetargi na etapie otwarcia ofert zostały wygrane przez żonę. Za każdym razem, po wybraniu oferty przez zamawiającego, żona bądź to nie uzupełniała braków formalnych swojej oferty, bądź też ofertę wycofywała. W konsekwencji, zamówienia w trzech przetargach przypadły mężowi. Z uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK nie wynika, żeby przedsiębiorca–żona została przez męża w jakikolwiek sposób zrekompensowana. Również zatem w tej sprawie nie sposób mówić o niezależnym ekonomicznym uzasadnieniu dla postępowania żony, a zatem o antykonkurencyjnym porozumieniu.

W *Wyrębie drewna oraz Oznakowaniu dróg* przedsiębiorcy „zamieniali się” rolami. W niektórych przetargach jeden przedsiębiorców składał niższą, a w niektórych wyższą od swojego „zamawiającego się” partnera ofertę. Wydaje się, że już sam ten fakt wystarczyłby, żeby wykazać ukaranym przedsiębiorcom zamiar zamiany się rolami. W rzeczywistości, w obu powyższych sprawach przedsiębiorcy nie tylko zademonstrowali zamiar „zamienienia się” rolami, ale się tymi rolami skutecznie zamienili (nawzajem wycofując swoje niższe oferty w różnych przetargach).

Kapusta dla aresztów, jak już wspominałem, dotyczyła domniemanej zмовy pomiędzy trzema przedsiębiorcami (mężem, żoną i synem) i każdy z tych przedsiębiorców został przez Prezesa UOKiK odrębnie ukarany. Z materiału dowodowego zebranego przez UOKiK wynika, że chociaż dwójka przedsiębiorców (syn i matka) zamieniali się rolami i nawzajem wycofywali swoje niższe oferty, jeden przedsiębiorca (ojciec) w każdym z analizowanych przetargów zawsze składał najniższą z trójki ofertę, którą jednakże wycofywał. Wydaje się więc, że ojciec nie powinien zostać przez Prezesa UOKiK potraktowany jako przedsiębiorca posiadający „niezależną ekonomiczną motywację” dla swojego postępowania, a tym samym nie powinna na niego zostać (w przeciwieństwie do matki i syna) nałożona kara pieniężna.

Podsumowując, jedynie w dwóch z sześciu analizowanych spraw, w których Prezes UOKiK jako podstawę prawną powołał art. 6 ust.1 pkt 7 uokik, istniała podstawa do nałożenia kary na wszystkich z uczestników rzekomej zмовy. W trzech sprawach zgromadzony materiał dowodowy

nie świadczył o porozumieniu pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Natomiast w jednej sprawie tylko dwóch z trzech przedsiębiorców zasługiwało na wymierzoną karę pieniężną. Powodem, dla którego w czterech z dyskutowanych spraw organ konkurencji nie powinien nakładać kary za zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia był brak niezależnej ekonomicznej motywacji po stronie rzekomych uczestników porozumienia.

Bliskie, najczęściej rodzinne relacje pomiędzy przedsiębiorcami dodatkowo obrazują, dlaczego w większości z analizowanych spraw mieliśmy w rzeczywistości do czynienia nie z wieloma, ale z jednym interesem ekonomicznym. Bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której przezorny mąż (bądź żona) „rejestruje” swoją żonę (bądź męża) jako niezależną osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, po czym wykorzystuje prawną „tożsamość” żony (bądź męża) dla zwiększenia swoich szans na wygraną w przetargu. Niewykluczone oczywiście, że żona (czy też mąż) sam angażuje się w działalność gospodarczą i posiada „niezależny interes gospodarczy”, jednakże brak rekompensaty lub zamiany rolami świadczy o tym, że taka żona (bądź mąż) jest gotowa ponosić straty na rzecz drugiego przedsiębiorcy (męża lub żony).

Należy z całą stanowczością podkreślić, że wniosku o braku niezależnego uzasadnienia ekonomicznego dla działań niektórych przedsiębiorców w analizowanych sprawach nie wyciągam z istnienia między przedsiębiorcami więzów rodzinnych. Byłby to wniosek wynikający z trywialnej obserwacji i co więcej wniosek nieuprawniony. Sam bowiem fakt relacji rodzinnych między przedsiębiorcami w żaden sposób nie powinien świadczyć o braku ekonomicznej niezależności tych przedsiębiorców, którzy mogą oczywiście działać niezależnie, a nawet ze sobą konkurować. Jak już wspomniałem, konkluzję o braku ekonomicznej niezależności należy wnioskować nie tyle ze strukturalnych powiązań pomiędzy przedsiębiorcami (a takim, specyficznym powiązaniem są powiązania rodzinne), co z okoliczności behawioralnych, takich jak brak „niezależnej ekonomicznej motywacji”, choć oczywiście bliskie więzy strukturalne lub rodzinne pomiędzy przedsiębiorcami mogą wzbudzić słuszne podejrzenie co do niezależności takich przedsiębiorców.

Niestety, Prezes UOKiK, a dokładniej dyrektorzy jego regionalnych delegatur, nie interesowali się szczególnie niezależnością ekonomiczną ukaranych przedsiębiorców, jakby zapominając, że porozumienia w obrębie „jednego organizmu gospodarczego” nie powinny być przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego.

W analizowanych sprawach Prezes UOKiK zdawał się jedynie przejmować szkodą po stronie zamawiającego. Paradoksalnie, bliskie relacje rodzinne między „zmawiającymi się” przedsiębiorcami zamiast „uczulić” Prezesa UOKiK na brak dwóch odrębnych interesów ekonomicznych, były dla niego dodatkowym dowodem na istnienie antykonkurencyjnego porozumienia. UOKiK zdawał się zwracać uwagę np. na fakt, że składane przez przedsiębiorców oferty „wypełnione zostały tym samym charakterem pisma³²”. Jakkolwiek wypełnianie dwóch „konkurujących” ze sobą ofert przez jedną osobę jest niewątpliwie nieuczciwe, a sama „polska zmona przetargowa” jest nieuczciwą praktyką mającą na celu pokrzywdzenie konkurentów i zamawiającego, to jednakże sam fakt nieuczciwości nie powinien przesądzać o bezwzględnym zastosowaniu do „polskiej zmony przetargowej” art. 6 ust.1 pkt 7 uokik. Czasy, kiedy sam fakt „nieuczciwości” danego zachowania powodował, że organy państwa były w stanie „znaleźć” jakkolwiek przepis penalizujący takie zachowanie na szczęście w Polsce bezpowrotnie minęły. Tak długo, jak u domniemanych

³² Decyzja Prezesa UOKiK z 27.07.2011 r., RKR-24/2011, s. 10.

uczestników „zmony” brak niezależnej ekonomicznej motywacji, tak długo nie można mówić o antykonkurencyjnym porozumieniu.

Powyższa konkluzja wcale nie musi prowadzić do stwierdzenia, że w polskim systemie prawa istnieje luka pozwalająca na stosowanie przez przedsiębiorców „polskiej zmony przetargowej” w ramach „jednego organizmu gospodarczego”. „Polska zmona przetargowa” spełnia najpewniej przesłanki przestępstwa opisanego w art. 305 § 1 k.k.³³, który penalizując „udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego” nie uzależnia takiego „udaremniania” od istnienia „porozumienia” i dopuszcza unilateralne „udaremnianie” przetargu (zresztą samo „porozumienie” w rozumieniu Kodeksu karnego nie musi być wcale rozumiane jak porozumienie w rozumieniu polskiego i europejskiego prawa konkurencji i obejmować może najpewniej porozumienie podmiotów należących to „jednego organizmu gospodarczego”). Podobnie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp pozwala zamawiającemu odrzucić ofertę, która „stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Nie wydaje się jednak, żeby kompetencję do karania „polskiej zmony przetargowej” zawartej w ramach „jednego organizmu gospodarczego” posiadał Prezes UOKiK. Co prawda art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik daje mu kompetencję do nałożenia kary na przedsiębiorcę, który „dopuszczył się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów”, a zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik przez „praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów” rozumie się również „czyny nieuczciwej konkurencji”, jednakże pewnym nadużyciem wydaje się mówienie o naruszeniu „zbiorowych interesów konsumentów” w sytuacji, w której konsument jest tylko jeden i jest nim zamawiający. Jeżeli zatem Prezes UOKiK nie jest w stanie dopatrzeć się zamiany ról pomiędzy uczestnikami „polskiej zmony przetargowej” lub też jakiegokolwiek rekompensaty otrzymanej przez przedsiębiorcę wycofującego swoją ofertę tak, aby „zrobić miejsce” swojemu zamawiającemu się parterowi, to powinien umorzyć postępowanie w sprawach z zakresu „polskich zmon przetargowych”.

Nie wydaje się jednocześnie, że pożądana byłaby zmiana prawa tak, żeby Prezes UOKiK otrzymał kompetencję do karania „zmon” przetargowych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do „jednego organizmu gospodarczego”. Nie jest bowiem rolą organów konkurencji ściganie każdego przejawu nieuczciwego zachowania rynkowego. Przywołane powyżej przepisy kodeksu karnego oraz Prawa zamówień publicznych wydają się zatem wystarczające.

VI. Podsumowanie

Sprawy dotyczące „polskich zmon przetargowych” i specyfika praktyki, której dopuszczali się w tych sprawach przedsiębiorcy zaskakująco uciekła prawniczej uwadze. Częściowo zapewne dlatego, że nie były to „głośne” sprawy i dotyczyły one niewielkich przedsiębiorców, a częściowo dlatego, że rozstrzygnięte zostały przez regionalne delegatury UOKiK.

Brak też informacji, żeby argumentacja zaprezentowana w tym artykule została użyta przez któregokolwiek z przedsiębiorców odwołujących się od decyzji Prezesa UOKiK. Szkoda, bo jest to fundamentalna argumentacja dla jakiegokolwiek rozwiniętego porządku antymonopolowego. W dotychczas rozstrzygniętych odwołaniach, jakiegokolwiek byłyby argumenty, których starali się przed sądem użyć odwołujący się przedsiębiorcy, argumenty te nie zostały przez sąd uwzględnione. Nic zresztą dziwnego, przedsiębiorcy mieli zapewne świadomość swojego „nieuczciwego”

³³ Ustawa z 06.06.1997 r. (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.).

zachowania, a ponieważ obce im były meandra prawa konkurencji, ich odwołania, śmiem sądzić, jak to zwykle w polskim prawie konkurencji bywa, dotyczyły przede wszystkim wysokości nałożonej kary.

Na koniec należy jeszcze wspomnieć, że od momentu powstania tego artykułu, do momentu oddania go do publikacji, Prezes UOKiK wydał trzy kolejne decyzje, w których powołał art. 6 ust.1 pkt 7 uokik. Stany faktyczne dwóch z powyższych decyzji³⁴ oparte są na tym samym schemacie, co sprawy analizowane w tym artykule: pomiędzy przedsiębiorcami istniały bliskie (w tych wypadkach rodzinne) relacje, a przedmiotem zmony było wycofanie niższej oferty. W trzeciej decyzji doczekaliśmy się wreszcie „klasycznej zmony przetargowej” pomiędzy przedsiębiorcami świadczącymi usługi odbioru odpadów, ze względu jednak na zaistnienie tej zmony w ramach konsorcjum i precedensowy charakter sprawy Prezes UOKiK odstąpił od wymierzenia kary³⁵.

³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 09.10.2012 r., RWR 31/2012; decyzja Prezesa UOKiK z 09.10.2012 r., RPZ 28/2012. Decyzje dostępne na www.uokik.gov.pl. W obu sprawach UOKiK nałożył na przedsiębiorców kary pieniężne.

³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU Nr 38/2012. Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.