

Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki

Spis treści

- I. Jak problem nielicznych stał się problemem wielu?
- II. Trudności w ocenie przynależności do grupy kapitałowej
- III. Skutki błędnej oceny przynależności do grupy kapitałowej
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej, stanowiącej swoisty organizm gospodarczy, są pod pewnymi względami traktowani inaczej niż przedsiębiorcy, którzy nie wchodzą w skład tej samej grupy. W odmienny sposób są oceniane – z perspektywy prawa antymonopolowego – ich koncentracje czy zawierane przez nich porozumienia. Od 20 lutego 2013 r. przedsiębiorcy muszą dokonywać oceny, czy należą do grup kapitałowych w rozumieniu przepisów uokik, nie tylko na potrzeby koncentracji czy zawieranych porozumień, również lecz także w związku z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem definicja grupy kapitałowej i jej elementy składowe mogą nie pozwalać przeciętnemu przedsiębiorcy na jednoznaczną ocenę czy charakter jego powiązań z innym przedsiębiorcą, czy przedsiębiorcami przesądza o uznaniu ich grona za grupę kapitałową. Artykuł sygnalizuje te problemy, ale również wskazuje, jakie są konsekwencje błędnego uznania bądź nieuznania się przez przedsiębiorcę za członka grupy kapitałowej. Autorka podejmuje również próbę wskazania, co należałoby uczynić, aby związane z tym ryzyko przedsiębiorców uległo ograniczeniu.

Słowa kluczowe: grupa kapitałowa; kontrola nad przedsiębiorcą; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego; oświadczenie wykonawcy.

I. Jak problem nielicznych stał się problemem wielu?

Określenie „grupa kapitałowa” doczekało się kilku definicji legalnych w prawie polskim. Niektóre z nich definiują grupę kapitałową jako jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi¹ czy też podmiot dominujący wraz z podmiotami od niego zależnymi², co implikuje z kolei konieczność objaśnienia przez ustawodawcę znaczenia elementów składowych tego rodzaju definicji. W niektórych ustawach sformułowano w wydzielonych w nich „słowniczkach” definicje

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny; e-mail: pischcz@uwb.edu.pl.

¹ Zob. art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 330).

² Zob. art. 2 pkt 24 ustawy z 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.).

grupy kapitałowej, których konstrukcja bazuje na odesłaniu do definicji legalnej zawartej w innym akcie prawnym³. Definiowane są wreszcie różnego rodzaju „podkategorie” grupy kapitałowej, jak podatkowa grupa kapitałowa⁴ czy ubezpieczeniowa grupa kapitałowa⁵. Gdy ustawodawca decyduje się na posłużenie się w danej ustawie określeniem „grupa kapitałowa”, jednocześnie rozstrzyga czy nada temu określeniu autonomiczne znaczenie, czy też odeśle do znaczenia przyjętego już wcześniej w innej ustawie.

O grupie kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mowa jest w przepisach ustaw, takich jak: Prawo farmaceutyczne⁶, Prawo telekomunikacyjne⁷. Z dniem 20 lutego 2013 r. przepisy posługujące się pojęciem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pojawiły się również w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁸ (dalej: pzp). Zmian tych dokonano ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁹ (dalej: ustawa nowelizująca pzp).

Przede wszystkim należy wskazać na dodany art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24b ust. 1 pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji (ust. 2). Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień (ust. 3).

Art. 26 ust. 2d pzp zobowiązuje wykonawców do tego, by wraz z wnioskiem lub ofertą, składali listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należą do grupy kapitałowej. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli takiej listy, albo którzy złożyli listę zawierającą błędy, do jej złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo jej złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 w zw. z ust. 2d zd. 2). Złożona na wezwanie zamawiającego lista powinna stwierdzać stan faktyczny nie późniejszy niż z dnia, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył listy (art. 24b ust. 1 ust. 3 pzp). Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia

³ Np. art. 3 pkt 18 ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384, z późn. zm.).

⁴ Zob. art. 1a ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 74, poz. 397, z późn. zm.).

⁵ Art. 2 pkt 12 ustawy z 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66, z późn. zm.).

⁶ Art. 37ae ust. 11, art. 99 ust. 3 pkt 3, art. 100 ust. 1 pkt 7 ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.).

⁷ Art. 118 ust. 4a ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.).

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.

⁹ Dz.U. poz. 1271.

wyjaśnień dotyczących listy. W praktyce zamawiający tworzą załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym nadaje się przykładowo tytuł „Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy albo informacja o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej z art. 26 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych” czy „Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5”¹⁰.

Ponadto o grupie kapitałowej jest mowa w zmienionych bądź dodanych ustępach art. 131 pzp, dotyczącego zagadnień związanych z koncesją na roboty budowlane. Ust. 2 nakłada pewne obowiązki na koncesjonariusza niebędącego zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 pzp, który udziela zamówień na roboty budowlane o określonej wartości. Natomiast ust. 3 wyłącza zastosowanie tego przepisu do udzielania zamówień podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, a także podmiotom, na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹¹, ubiegając się o udzielenie koncesji. Ust. 5 stanowi, że umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, umowy z podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także umowy z podmiotami, na zasobach których koncesjonariusz polegał, ubiegając się o uzyskanie koncesji na roboty budowlane, nie stanowią umów o podwykonawstwo. I wreszcie ust. 6 zobowiązuje koncesjonariusza do przekazania wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz aktualizowania jej w każdym przypadku zaistnienia zmian w stosunkach między koncesjonariuszem a tymi podmiotami.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej pzp¹² wyjaśniono, że celem zmian jest zwiększenie ochrony uczciwej konkurencji czy też ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne¹³. Na wstępie uzasadnienia projektu wskazano, że ustawa nowelizująca pzp miałaby zawierać m.in. regulacje, które są związane z unijnymi dyrektywami z zakresu zamówień publicznych, a także z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącymi zamówień publicznych. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że w bogatym orzecznictwie Trybunału z zakresu zamówień publicznych znalazło się również miejsce na rozważania dotyczące udziału przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej (przedsiębiorców powiązanych) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Trybunał dopuścił ustanowienie w prawie krajowym proporcjonalnych podstaw wykluczenia służących zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, w tym dotyczących przedsiębiorców powiązanych, jednak uznał, że niedopuszczalny jest całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji

¹⁰ Zob. np. [\(www.msz.gov.pl/resource/af3b68c7-47f2-44bd-9009-afe01fff92a5:JCR\)](http://www.msz.gov.pl/resource/af3b68c7-47f2-44bd-9009-afe01fff92a5:JCR) (12.05.2013).

¹¹ Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.

¹² Sejm RP VII kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, druk nr 455.

¹³ Na patologię, do jakich mogło dochodzić w poprzednim stanie prawnym oraz potrzebę zmian regulacji prawnej wskazywała A. Zawłocka-Turno; zob. A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 50–54.

lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania¹⁴.

Problem ubiegania się o zamówienie publiczne przez przedsiębiorców powiązanych był dostrzegany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: KIO). W stanie prawnym sprzed 20 lutego 2013 r. KIO potwierdzała, że przepisy pzp nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, natomiast zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu¹⁵. Jako podstawy prawne zakazu kooperacji wykonawców wskazywano przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁶, art. 7 ust. 1 pzp stanowiący o bezwzględnym obowiązku zachowania uczciwej konkurencji, a także art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)¹⁷. Pozytywnie należy ocenić fakt, że dokonując wykładni tego ostatniego przepisu, KIO posiłkowała się informacjami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)¹⁸.

Wydaje się, że skoro cel nowej regulacji jest związany z ochroną uczciwej konkurencji, to ustawodawca słusznie odsyła do pojęcia zdefiniowanego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie na przykład w ustawie o rachunkowości.

W art. 4 pkt 14 uokik zdefiniowano grupę kapitałową jako „przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”. W samej uokik mowa jest o grupie kapitałowej również w art. 14, w świetle którego zgłoszeniu Prezesowi UOKiK nie podlega (między innymi) zamiar koncentracji: (1) następującej w toku postępowania upadłościowego, z wyłączeniem przypadków, gdy zamierzający przejąć kontrolę jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego (pkt 4); (2) przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej (pkt 5). Nie budzi zatem wątpliwości, że przedsiębiorcy będący członkami określonej grupy kapitałowej są z perspektywy przepisów o kontroli koncentracji traktowani odmiennie niż przedsiębiorcy, którym nie można przypisać tej cechy. Z samej ustawy nie wynika natomiast, by o tego rodzaju zróżnicowanym traktowaniu przedsiębiorców można było mówić w przypadku zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jednakże w doktrynie¹⁹ zgodnie stwierdza się, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie dotyczy porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jeżeli można uznać, że podmioty te stanowią „jeden organizm gospodarczy” (*single economic unit*).

Ponadto na potrzeby kontroli koncentracji, jak i stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, pewne cechy przedsiębiorcy ustala się z uwzględnieniem całej grupy kapitałowej, jeśli jest on członkiem takiej grupy. Dotyczy to:

¹⁴ Zob. wyrok z 19.05.2009 r., C-538/07, *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, LEX nr 491775, z glosami M. Sieradzkiej, R. Siwika, D. Sześciły.

¹⁵ Zob. np. wyrok KIO z 22.01.2013 r.; KIO 2295/12; KIO 2297/12; KIO 2301/12; KIO 2303/12; KIO 2305/12; KIO 2307/12; KIO 2310/12; LEX nr 1276196.

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.

¹⁷ Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

¹⁸ Zob. ibidem.

¹⁹ A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 240–242; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 162; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 277; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 258–262. Zob. też na tle zmów przetargowych: P. Semeniuk, *Polskie zmony przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 58 i n.

- 1) obrotu, np.
- zgodnie z art. 16 ust. 1 uokik, obrót, o którym mowa w art. 13 ust. 1 uokik, obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji;
 - zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²⁰, wyłączeniu spod zakazu podlegają porozumienia wertykalne zawierane między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami, jeżeli obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w poprzednim roku kalendarzowym nie przekroczył równowartości 50 milionów euro;
- 2) udziału w rynku, np. zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²¹, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 rozporządzenia, stosuje się, jeżeli łączny udział stron porozumienia specjalizacyjnego i ich grup kapitałowych w jakimkolwiek rynku właściwym nie przekracza 20% dla każdego z towarów objętych specjalizacją.

Czy można byłoby zatem stwierdzić, że problem oceny przynależności przedsiębiorcy do grupy kapitałowej nie nabrał nowego wymiaru wraz z nowelizacją pzp, gdyż przedsiębiorcy już wcześniej musieli dokonywać tej oceny przede wszystkim w związku z regulacjami prawa ochrony konkurencji? Taki wniosek nie byłby trafny. Przedsiębiorców dokonujących koncentracji, o których mowa w art. 13 uokik, jest relatywnie niewielu²². Zakaz porozumień ograniczających konkurencję dotyczy już znacznie szerszego grona przedsiębiorców, jednak trzeba mieć na uwadze, że po pierwsze, część przedsiębiorców nie wie o istnieniu takiego zakazu, czego dowodzą przeprowadzone na zlecenie Prezesa UOKiK badania²³, a po drugie, ci, którzy znają treść tego zakazu, mogą nie wiedzieć o wyjątkach od niego i kreując różnego rodzaju stosunki umowne, nie badać swej sytuacji pod kątem przynależności do grupy kapitałowej. Wskutek nowelizacji pzp problematyka ustalania składu grupy kapitałowej i przynależności do niej konkretnych podmiotów uległa upowszechnieniu. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego biorą bowiem udział liczni przedsiębiorcy, niejednokrotnie różniący się między sobą pod względem skali ich działalności czy dostępu do usług prawnych. Dokonanie stosownej kwalifikacji zostaje wymuszone na nich przez znowelizowane przepisy pzp, które znajdują odzwierciedlenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonanie tej kwalifikacji przez przeciętnego przedsiębiorcę może jednak być utrudnione ze względu na kształt definicji grupy kapitałowej zawartej w art. 4 pkt 14 uokik, której żadne zmiany nie zostały zaproponowane przez Prezesa UOKiK w toku ostatnich

²⁰ Dz.U. Nr 81, poz. 441.

²¹ Dz.U. Nr 288, poz. 1691.

²² O czym może świadczyć fakt, że postępowań w sprawach kontroli koncentracji prowadzonych w 2012 r. było 194. Zob. UOKiK, *Sprawozdanie z działalności 2012*, Warszawa 2013, s. 15.

²³ Szerzej zob. UOKiK, *Znajomość prawa o ochronie konkurencji i zasad przydzielania pomocy publicznej wśród polskich przedsiębiorców. Raport*, Warszawa 2009. Zob. też UOKiK, *Znajomość prawa konkurencji i zasad przydzielania pomocy publicznej wśród polskich przedsiębiorców. Fragment badań przeprowadzonych na zlecenie UOKiK (marzec-maj 2012)*, dostępne na: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10012 (12.05.2013).

prac nad ustawą nowelizującą uokik²⁴. Osobny problem może stanowić kwestia wykładni wskazanej definicji przez KIO. Nie wiadomo, czy w praktyce KIO i Prezes UOKiK będą interpretować te same pojęcia w sposób jednolity.

II. Trudności w ocenie przynależności do grupy kapitałowej

Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Dodać należy, że choć w myśl art. 4 pkt 3 uokik przedsiębiorca, który posiada kontrolę, w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik, nad innym przedsiębiorcą to przedsiębiorca dominujący²⁵, w pkt 14 nie użyto nazwy „przedsiębiorca dominujący”.

Subsumpcja faktów „pod” art. 4 pkt 14 uokik przedstawia pewne trudności. Określenia, za pomocą których ustawodawca objaśnił pojęcie grupy kapitałowej, same wymagają objaśnienia. Pierwszym z nich jest określenie „przedsiębiorca”, które zostało użyte przez ustawodawcę również „wprost” w przepisach pzp (kilkakrotnie). Przykładowo art. 24b ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp (przynależności do tej samej grupy kapitałowej), istniejących między przedsiębiorcami. W przepisach pzp brak jest definicji przedsiębiorcy. Wydaje się, że jako zasadę należałoby przyjąć rozumienie tego pojęcia używanego w przepisach pzp w sposób przewidziany w definicji z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: usdg)²⁶, która choć zawiera wyrażenie „w rozumieniu ustawy”, to ma doniosłość wykraczającą poza sferę, której bezpośrednio dotyczy, gdyż posiada najbardziej uniwersalny charakter ze wszystkich definicji przedsiębiorcy występujących w przepisach prawa publicznego. Jednak ilekroć przepisy pzp zajmują się grupą kapitałową w rozumieniu uokik i zagadnieniami z nią związanymi, należałoby – mając na uwadze spójność systemu prawnego – przy wykładni pojęcia przedsiębiorcy stosować siatkę pojęciową wypracowaną w publicznym prawie ochrony konkurencji, a zatem szerszą definicję przedsiębiorcy zawartą w art. 4 pkt 1 uokik. Ubiegający się o zamówienie publiczne przedsiębiorca zależny należący do grupy podmiotu, który nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu usdg, ale jest przedsiębiorcą w rozumieniu uokik, na liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej powinien ujmować podmiot dominujący. W praktyce może to dotyczyć w szczególności podmiotów organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu usdg (art. 4 pkt 1 lit. a uokik), w tym jednostek samorządu terytorialnego. Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego weźmie udział spółka zależna jednostki samorządu terytorialnego, na liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej powinien pojawić się również zamawiający²⁷.

Po drugie, w art. 4 uokik brak definicji „kontroli” czy też „kontrolowania” przedsiębiorcy. Celem ustalenia znaczenia tego pojęcia należy sięgać do art. 4 pkt 4 uokik, który definiuje przejęcie kontroli

²⁴ Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie innych ustaw wraz z projektem jej uzasadnienia i projektem aktu wykonawczego z uzasadnieniem, datowany na 21 listopada 2012 r., opublikowano 18 grudnia 2012 r. w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, numer z Wykazu Prac Legislacyjnych Rady Ministrów UD60.

²⁵ Pojęciem tym posłużono się w art. 15 oraz 94 ust. 3 uokik.

²⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

²⁷ Wiąże się z tym inny problem, wykraczający poza zakres niniejszego artykułu, mianowicie, czy przepisy pzp nie powinny iść dalej i nakazywać udowodnienia, że istniejące powiązania w postaci przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy powiązania istnieją pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: (a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami; (b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami; (c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego); (d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami; (e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego); (f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

W świetle ustawowej definicji przejęcia kontroli, za kontrolę należy uznać owe uprawnienia, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Pierwsza trudność, jaka rysuje się w procesie interpretacji tej części definicji grupy kapitałowej to ustalenie, jaka jest relacja części art. 4 pkt 4 uokik poprzedzającej wyliczenie oraz szczegółowego przykładowego wyliczenia uprawnień pod lit. a–f. Należy zgodzić się z K. Kohutkiem²⁸, że wystąpienie któregoś z przypadków wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej, że w danym przypadku ma miejsce posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą (czy też że doszło do jej przejęcia), i każdorazowo konieczne jest ustalenie czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, o którym to wpływie jest mowa we „wprowadzeniu” do wyliczenia. Przepis art. 4 pkt 4 *in principio* uokik w pewnym sensie koryguje szczegółowe wyliczenie form kontroli nad innym przedsiębiorcą. Zatem w praktyce w niektórych przypadkach może okazać się, że pomimo iż w danym stanie faktycznym zaistniało któreś z uprawnień opisanych pod lit. a–f, to jednak nie byłoby uzasadnione uznanie, że zaistniał stan kontroli nad innym przedsiębiorcą, jeżeli owo uprawnienie nie jest tożsame z możliwością wywierania przez uprawnionego decydującego wpływu na tego przedsiębiorcę. Powstanie uprawnienia wskazanego pod lit. a–f nie w każdych okolicznościach świadczy o uzyskaniu kontroli nad przedsiębiorcą. Odmienna interpretacja powodowałaby w praktyce, że w niektórych przypadkach mielibyśmy do czynienia z „fikcją” relacji dominacji i zależności pomiędzy przedsiębiorcami, pomimo braku faktycznej możliwości wywierania przez jednego z nich decydującego wpływu na drugiego. Jednakże użycie w art. 4 pkt 4 uokik wyrazów „w szczególności” świadczy o tym, że oprócz „nazwanych” form kontroli nad przedsiębiorcą mogą w praktyce wystąpić również inne przypadki, w których można mówić o możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, kwalifikowanej jako sprawowanie nad nim kontroli.

W praktyce przedsiębiorca, który dokonuje samooceny swej sytuacji jako członka grupy kapitałowej, musi sprawdzić check-listę obejmującą przypadki wskazane w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, w przypadku odpowiedzi pozytywnej na którekolwiek z sześciu pytań sformułowanych odnośnie

²⁸ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 129.

do lit. a–f rozważyć, czy istniejące uprawnienie jest równoznaczne z możliwością wywierania przez niego bądź na niego decydującego wpływu, a na koniec ustalić, czy istnieją inne uprawnienia, niedające się zaliczyć do art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, które kreują taką możliwość wywierania decydującego wpływu. Jeśli okaże się, że przedsiębiorca jest członkiem grupy kapitałowej jako przedsiębiorca zależny, może zdarzyć się, że w celu ustalenia składu grupy będzie musiał zwrócić się do przedsiębiorcy dominującego z pytaniem o innych przedsiębiorców zależnych od tego ostatniego przedsiębiorcy.

Wydaje się, że lit. a–f w art. 4 pkt 4 uokik zostały sformułowane w sposób na tyle precyzyjny, że ocena, czy zachodzą wskazane w nich stany nie powinna sprawiać istotnych trudności. Więcej wątpliwości może rodzić ocena możliwości wywierania w tych stanach na przedsiębiorcę decydującego wpływu. W literaturze dość zgodnie twierdzi się, że możliwość ta oznacza możliwość rozstrzygnięcia o najważniejszych sprawach przedsiębiorcy zależnego, jego funkcjonowaniu i rozwoju, innymi słowy – możliwość podejmowania decyzji z jego punktu widzenia strategicznych²⁹. Przykładowo, po pierwsze, nie powinno stanowić problemu ustalenie, ile głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu posiada dany udziałowiec oraz jaką większość głosów przewiduje umowa czy statut spółki w poszczególnych sprawach. Jeśli jednak w odniesieniu do różnych kategorii spraw przewidziano różne większości głosów i dany udziałowiec w pewnych kategoriach spraw jest w stanie przegłosować uchwały, a w innych nie ma takiej możliwości, konieczna jest ocena, które z tych kategorii spraw są najważniejsze dla spółki. Po drugie, nie będzie skomplikowane ustalenie, czy członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy. Jednak w niektórych przypadkach trudna może być ocena, czy kształt danej „unii personalnej” daje przedsiębiorcy możliwość wywierania na innego przedsiębiorcę decydującego wpływu. Jeśli jeden z członków pięcioosobowej rady nadzorczej spółki akcyjnej jest zarazem jedynym członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, to czy pierwsza ze spółek może przez sam ten fakt wywierać na drugą z nich decydujący wpływ? Byłoby to bardziej oczywiste, gdyby więcej niż połowa członków organu pierwszej spółki (a nie pojedynczy członek jej organu), i to raczej zarządu niż rady nadzorczej, stanowiła jednocześnie więcej niż połowę członków zarządu drugiej spółki³⁰. Dodatkową komplikację stanowią sytuacje, w których nie można ustalić, który z przedsiębiorców jest przedsiębiorcą dominującym, a który zależnym³¹. Po trzecie, w przypadku spółek osobowych praktyczne trudności może sprawiać ustalenie, jaka jest relacja kategorii najważniejszych czy strategicznych spraw spółki do kategorii spraw przekraczających zakres zwykłych czynności spółki, które w myśl kodeksu spółek handlowych wymagają zgody wszystkich wspólników, w tym także wspólników wyłączonych od prowadzenia spraw spółki³². Tego rodzaju wątpliwości mogą być formułowane również co do pozostałych liter w art. 4 pkt 4 uokik. W każdym przypadku konieczna będzie zatem staranna

²⁹ Por. E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 104–105; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 74; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa...*, s. 152.

³⁰ Warto dodać, że w art. 4 § 1 lit. d ustawy z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.), zgodnie z którym w jego brzmieniu w okresie od 15.01.2004 r. spółka dominująca oznaczała spółkę handlową, której członkowie zarządu lub członkowie rady nadzorczej stanowili więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), z dniem 8.01.2009 r. wykreślono wyrazy „lub członkowie jej rady nadzorczej”.

³¹ Natomiast od 19.08.2005 r. reguły ustalania analogicznej kwestii są określone w art. 4 § 3-5 kodeksu spółek handlowych (łącznie z rozwiązaniem, iż w przypadku niemożności ustalenia na podstawie § 3 i 4, która ze spółek jest spółką dominującą, obie spółki są spółkami wzajemnie dominującymi i zależnymi).

³² Zob. art. 43 kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do spółki jawnej.

analiza wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych, które mogą przesądzać o możliwości bądź braku możliwości wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę.

Tym trudniejsze wydaje się ustalenie, czy w danym przypadku istnieje inna „nienazwana” forma kontroli nad przedsiębiorcą. Polscy autorzy, posiłkując się interpretacją analogicznych przepisów unijnych, przyjmują, że stan taki może zaistnieć m.in. w przypadku silnej zależności ekonomicznej wspieranej przez towarzyszące jej powiązania strukturalne, np. gdy z długoterminową umową dostaw lub z długoterminową umową o kredyt udzielany przez kluczowego dostawcę bądź ważnego odbiorcę związane jest uczestnictwo przedstawiciela dostawcy lub kredytodawcy w kształtowaniu polityki drugiej strony umowy³³. Należy jednak zauważyć, że nie chodzi tu o żadne z powiązań strukturalnych, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, gdyż one stanowią samodzielne przesłanki uznania uprawnienia za kontrolę nad przedsiębiorcą. Wydaje się więc, że możliwe spektrum różnych form kontroli nad przedsiębiorcą jest nieomal nieograniczone i uwarunkowane okolicznościami danego przypadku. Wiele wątpliwości w tym zakresie rodzą umowy o współpracy, na podstawie których powstają różnego rodzaju sieci czy grupy (np. zakupowe bądź sprzedażowe). Jako wyraz racjonalnego podejścia do wykładni pojęcia przejęcia kontroli należy potraktować wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r.³⁴ Sąd wyjaśnił w nim, że chociaż niewielkie podmioty, którym powierza się świadczenie specjalistycznych usług lub produkcję podzespołów i elementów (outsourcing), są w znacznym stopniu ekonomicznie uzależnione od większego partnera (zwłaszcza gdy wiąże się to z koniecznością posiadania specjalistycznego sprzętu), to nie można zakładać, że w takich przypadkach regułą jest zależność powodująca rzeczywistą utratę autonomii. Czynnikiem przeciwdziałającym uzależnieniu jest zdolność do transformacji profilu działalności lub możliwość znalezienia innych partnerów³⁵. Wobec czego na analizie tego rodzaju okoliczności powinien skupić się przedsiębiorca, zanim uzna „na wyrost”, że jest członkiem grupy kapitałowej swego dostawcy, odbiorcy czy innego kooperanta. Należy badać nie tylko powiązania strukturalne, lecz także jakie są możliwości rozwiązania stosunku zobowiązaniowego oraz czy wykonanie przez kooperanta jego uprawnień nie wymaga zgody przedsiębiorcy.

Kolejny problem wiąże się z użyciem w art. 4 pkt 14 uokik frazy „przez jednego przedsiębiorcę”. W piśmiennictwie słusznie zwraca się uwagę na niedoskonałość, tj. brak wystarczającej precyzji przepisu ustawy w tym zakresie, która skutkuje przede wszystkim niepewnością przedsiębiorców co do obowiązku istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK³⁶. Wykładnia literalna mogłaby prowadzić do wniosku, że nie zalicza się do grupy kapitałowej przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę nad jednym bądź większą liczbą przedsiębiorców. W taki też sposób Prezes UOKiK interpretował art. 4 pkt 14 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³⁷, definiujący grupę kapitałową w sposób tożsamy z obranym przez ustawodawcę w uokik. Zdaniem Prezesa UOKiK, „kontrolę w grupie może sprawować tylko jeden przedsiębiorca (...); sprawowanie wspólnej kontroli wyklucza istnienie decydującego wpływu

³³ E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 117; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 88–89.

³⁴ XVII Ama 29/04, LEX nr 156798.

³⁵ Komisja Europejska uznała natomiast, że umowy franczyzowe zwykle nie są przejawem przejęcia kontroli nad franczyzobiorcą, nawet gdy znaczna część jego majątku jest własnością franczyzodawcy, gdyż podmiot ten prowadzi działalność na własny rachunek; szerzej C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 89.

³⁶ E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 192.

³⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.

jednego przedsiębiorcy. Zatem przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola, nie należy do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców posiadających nad nim wspólną kontrolę³⁸. Interpretacja ta zyskała również pewne uznanie w literaturze³⁹.

Więcej zwolenników ma jednak stanowisko odmienne⁴⁰. Jego punktem wyjścia jest założenie, że przedsiębiorca zależny może należeć do więcej niż jednej grupy kapitałowej. Zdaniem A. Stawickiego⁴¹, przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest kontrola wspólna, należy do takiej liczby grup kapitałowych, ilu jest przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę. Jeśli przedsiębiorcy A i B sprawują wspólną kontrolę nad przedsiębiorcą C, należy on do dwóch grup kapitałowych – A oraz B⁴². Jeśli przedsiębiorca A i przedsiębiorca B sprawują równocześnie kontrolę wyłączną nad innymi przedsiębiorcami, to przedsiębiorca C będzie wchodził w skład obu grup kapitałowych obok poszczególnych przedsiębiorców zależnych. Możliwa jest jednak i inna interpretacja omawianych przepisów, zgodnie z którą w opisanej sytuacji mamy do czynienia z trzema grupami kapitałowymi – grupą A (przedsiębiorca A i przedsiębiorcy, nad którymi sprawuje on wyłączną kontrolę), grupą B (przedsiębiorca B i przedsiębiorcy, nad którymi sprawuje on wyłączną kontrolę) oraz grupą A + B, w skład której jako przedsiębiorcy zależni wejdą przedsiębiorcy wspólnie kontrolowani przez przedsiębiorców A i B, a jako przedsiębiorcę dominującego należałoby traktować wyłącznie „tandem” przedsiębiorców A i B, a nie każdego z nich z osobna⁴³. W przypadku przyjęcia takiej interpretacji koncentracja polegająca na zmianie kontroli wspólnej na kontrolę wyłączną jednego z dotychczasowych współkontrolujących nie podlegałaby wyjątkowi z art. 14 pkt 5 uokik. Powstaje natomiast pytanie, czy tego rodzaju interpretacja nie dawałaby możliwości tworzenia struktur służących obejściu np. art. 14 pkt 4 *in fine* uokik⁴⁴.

III. Skutki błędnej oceny przynależności do grupy kapitałowej

Z ustaleniem czy przedsiębiorca należy do grupy kapitałowej i jaki jest jej skład, wiąże się szereg sygnalizowanych powyżej trudności. Może zdarzyć się, że przedsiębiorca, którego powiązania z innymi podmiotami są nietypowe, zawile, dokona nieprawidłowego ustalenia w zakresie swej przynależności (bądź jej braku) do danej grupy kapitałowej. Jakie będą konsekwencje nieprawidłowej oceny? Zależy to po pierwsze od tego, czy przedsiębiorca niezasadnie uzna, że należy do grupy kapitałowej, czy też że do niej nie należy. Po drugie, skutki nieprawidłowej oceny uzależnione są od tego, na potrzeby jakich przepisów przedsiębiorca dokonywał tej oceny.

Jeśli skutek nieprawidłowej oceny przynależności do grupy kapitałowej przedsiębiorca zbędnie zgłosi z zamiarem koncentracji Prezesowi UOKiK, wszczęte postępowanie w sprawie kontroli koncentracji powinno zostać przez Prezesa UOKiK umorzone. Jeśli zaś przedsiębiorca niezasadnie dokona koncentracji bez zgłoszenia i Prezes UOKiK poweźmie o tym wiadomość, to

³⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 26.01.2007 r., nr DAR-4/2007, s. 3.

³⁹ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 163.

⁴⁰ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 238; E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 192; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa...*, s. 278.

⁴¹ E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 102, 193.

⁴² Jeśli w spółce zależnej jest np. pięciu przedsiębiorców będących wspólnikami czy akcjonariuszami i każdy z nich ma udział w kapitale zakładowym spółki w wysokości 20%, ale umowa bądź statut spółki są skonstruowane w taki sposób, że do podjęcia decyzji potrzebne jest współdziałanie wszystkich udziałowców (każdy z nich może zablokować podejmowane decyzje), należałoby uznać, że spółka wchodzi w skład pięciu grup kapitałowych, a w każdej z tych grup na „szczyście” struktury ulokowany jest udziałowiec mający 20% kapitału zakładowego spółki.

⁴³ Tak też, jak się wydaje, K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 238.

⁴⁴ Gdyby konkurent przedsiębiorcy przejmowanego nabył kontrolę wspólną z niekonkurentem przedsiębiorcy przejmowanego nad przedsiębiorcą, który następnie dokonałby koncentracji w toku postępowania upadłościowego bez zgłoszenia jej zamiaru Prezesowi UOKiK.

najprawdopodobniej zostanie wszczęte postępowanie w sprawie nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Jeśli przedsiębiorca zawrze z innym rzekomym „członkiem grupy” porozumienie ograniczające konkurencję i zostanie ono wykryte oraz zostanie wszczęte postępowanie antymonopolowe przed upływem okresu przedawnienia, będzie mógł spodziewać się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję bądź – co mniej prawdopodobne – decyzji zobowiązującej. Błędne przyjęcie przynależności do grupy kapitałowej może skutkować ustaleniem nieprawidłowego rozmiaru udziału w rynku czy też nieprawidłowej wysokości obrotu na potrzeby wyłączenia grupowego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Z kolei gdy chodzi o niewłaściwe ustalenie przynależności do grupy kapitałowej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożenie oświadczenia o tym, że przedsiębiorca należy do grupy kapitałowej, podczas gdy w rzeczywistości nie ma to miejsca, w pewnych okolicznościach skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp stanowi bowiem, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jeśli przykładowo wykonawca A złożył nieprawdziwe oświadczenie, z którego wynika, że wchodzi w skład tej samej grupy kapitałowej co wykonawca B, który złożył najkorzystniejszą ofertę, obaj wykonawcy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu i nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp wykluczy z postępowania obu wykonawców. Nieprawdziwa informacja ma w podanym przykładzie wpływ na wynik prowadzonego postępowania, z którego należało wykluczyć jedynie wykonawcę A. Nie wydaje się jednak, by w praktyce tego rodzaju sytuacje zdarzały się często.

Wpływ na wynik prowadzonego postępowania częściej będzie miało złożenie przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Jeśli bowiem oprócz niego odrębną ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu złoży inny członek grupy kapitałowej, zamawiający powinien wykluczyć z postępowania obu wykonawców, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tego rodzaju przypadkach nieprawdziwość oświadczenia wykonawcy będzie mu zagrażała odpowiedzialnością karna na podstawie art. 297 kodeksu karnego⁴⁵. Regulacja ta w § 1 przewiduje m.in., że kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi zamówienia publicznego, przedkłada nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi, nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego zamówienia publicznego (§ 2). Nie podlega karze jedynie sprawca, który przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego (§ 3).

Trudno oczekiwać, że zamawiający (inny niż Prezes UOKiK) będzie w stanie wychwycić błędy wykonawców w sytuacjach, które nie będą oczywiste. Jednak zagrożenie odpowiedzialnością

⁴⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

karną, o której mowa powyżej, powinno w praktyce motywować wykonawców do rzetelności w składaniu oświadczeń o przynależności do grup kapitałowych. Wydaje się wręcz, że wykonawcy mogą w razie wątpliwości „asekuracyjnie” składać oświadczenia o tym, że należą do grup kapitałowych, a następnie – jeśli więcej niż jeden członek mniemanej grupy będzie zainteresowany udziałem w postępowaniu – ustalać, który z nich weźmie udział w postępowaniu bądź też zbierać dowody potwierdzające, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji.

IV. Podsumowanie

W środowisku prawniczym przedstawiono propozycje zmian art. 4 pkt 14 uokik, w tym propozycję jego zmiany polegającej na enumeratywnym wyliczeniu, jakie kategorie przedsiębiorców należy zaliczać do grupy kapitałowej⁴⁶. W mojej opinii, ilekroć przedsiębiorca ma dokonać pewnej samooceny i to na nim spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, ustawodawca (a w braku jego inicjatywy – podmiot stosujący prawo) powinien w możliwie najwyższym stopniu ograniczać konieczność samodzielnego dokonywania przez przedsiębiorców (do których należą przecież nie tylko wielcy przedsiębiorcy zatrudniający prawników, lecz także mikroprzedsiębiorcy czy mali przedsiębiorcy) interpretacji pojęć niedookreślonych, nieostrych⁴⁷.

Idealnym rozwiązaniem byłoby, gdyby przedsiębiorcy uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dokonywali samooceny swej sytuacji jako członków grupy kapitałowej na podstawie jednoznacznych kryteriów oceny, ujętych w enumeratywny katalog. Nie jest do tego konieczna zmiana definicji z art. 4 pkt 14 uokik, którą można pozostawić w uokik w jej dotychczasowym szerokim i elastycznym kształcie (ewentualnie po pewnych jego korektach). Można objąć zakresem zmiany wyłącznie przepisy pzp i wprowadzić do nich relatywnie prostą, bardziej zrozumiałą dla przedsiębiorców definicję grupy kapitałowej, autonomiczną względem definicji z art. 4 pkt 14 uokik. Wydaje się bowiem, że ustawodawca wprowadzając w przepisach pzp odesłania do pojęcia zdefiniowanego w uokik, nie wziął pod uwagę, że w istocie stworzył odesłanie „wielopoziomowe”, skoro art. 4 pkt 14 uokik posługuje się pojęciami zdefiniowanymi w dalszych przepisach, w tym w sposób jedynie pośredni (jak pojęcie kontroli). Wzmiankowana propozycja środowisk prawniczych dotycząca zmiany art. 4 pkt 14 uokik zasługuje na uwagę, gdyż (po pewnych zabiegach dostosowawczych) może być wykorzystana do skonstruowania w przepisach pzp definicji grupy kapitałowej bardziej precyzyjnej, a przy tym niekolidującej ze specyfiką zamówień publicznych.

⁴⁶ Zob. *Stanowisko Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie propozycji zmian przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, <http://www.spk.com.pl/> (12.05.2013), s. 5-6: „Ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej – rozumie się przez to:

- (a) danego przedsiębiorcę,
- (b) przedsiębiorców, w odniesieniu do których dany przedsiębiorca
 - (i) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na ich zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik bądź w ich zarządzie, także na podstawie porozumień z innymi osobami albo dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w nich (jeśli jest spółką osobową), albo na ich walnym zgromadzeniu, jeśli jest to spółdzielnia, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - (ii) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości ich członków zarządu lub rady nadzorczej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - (iii) ma prawo do całego albo do więcej niż połowy ich mienia,
- (c) przedsiębiorców, którzy w odniesieniu do danego przedsiębiorcy mają uprawnienia, o których mowa w pkt (b);
- (d) przedsiębiorców, w odniesieniu do których przedsiębiorca, o którym mowa w pkt (c) ma uprawnienia, o których mowa w pkt (b);
- (e) przedsiębiorców, w których dwóch lub więcej przedsiębiorców, o których mowa w pkt od (a) do (d) łącznie mają uprawnienia, o których mowa w pkt (b)”.

⁴⁷ A tymczasem tak się dzieje np. na tle art. 8 ust. 1 uokik.

Inną możliwością mogłoby być wprowadzenie rozwiązania podobnego do art. 10 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴⁸, zgodnie z którym przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu administracji publicznej lub państwowej jednostki organizacyjnej wnioski o wydanie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w jego indywidualnej sprawie. Analogicznie, wniosek o wydanie pisemnej interpretacji co do przynależności do grupy kapitałowej, gdyby wprowadzono tego rodzaju rozwiązanie, powinien podlegać opłacie. Wadą tego rozwiązania byłoby jednak zapewne „zarzucenie” Prezesa UOKiK (gdyby to temu organowi administracji publicznej powierzono wydawanie pisemnych interpretacji) wnioskami, które byłyby składane przez przedsiębiorców chcących zabezpieczyć się przed negatywnymi konsekwencjami składania zamawiającym nieprawidłowych oświadczeń w przedmiocie przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej.

W ostateczności, zamiast zmian przepisów ustawowych można zaproponować ogłoszenie przez Prezesa UOKiK dokumentu prawnie niewiążącego w tym zakresie, podobnie jak miało to miejsce w przypadku przepisów ustawy o kredycie konsumenckim. Prezes UOKiK opublikował w Dzienniku Urzędowym UOKiK nr 1 z 2003 r. „Interpretację przepisów ustawy o kredycie konsumenckim z dnia 19 września 2002 r.”⁴⁹. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że art. 32 ust. 4 uokik stanowi, że w Dzienniku Urzędowym UOKiK zamieszcza się m.in. wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa UOKiK⁵⁰. Sprawy z zakresu zamówień publicznych nie są bezpośrednio objęte zakresem działania Prezesa UOKiK, dlatego też można żywić wątpliwości co do podstawy prawnej wydania proponowanej interpretacji. Prezes UOKiK mógłby jednak wydać interpretację dotyczącą art. 4 pkt 14 uokik, bez nawiązywania do przepisów pzp. Do wydania takiej niewiążącej interpretacji istnieje wystarczająca podstawa prawna. Biorąc pod uwagę wynikłą kilka miesięcy temu masowość problemu definiowania grupy kapitałowej oraz poważne konsekwencje błędów popełnionych w toku interpretacji definicji grupy kapitałowej w konkretnych stanach faktycznych, dokument taki wydaje się obecnie być znacznie bardziej niż uprzednio potrzebny przedsiębiorcom.

48 Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

49 Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 242.

50 Natomiast niezależnie od tego należy zauważyć, że zgłoszona przez Prezesa UOKiK propozycja zmiany art. 32 ust. 4 uokik zakłada, że otrzymałby on brzmienie: „W przypadku stwierdzenia, że przepisy ustawy lub inne przepisy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów mogą budzić poważne wątpliwości, Prezes Urzędu może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu”.