

Agata Zawłocka-Turno\*

## Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych.

### Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Konsorcja przetargowe
- III. Udział w przetargu przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej
- IV. Orzekanie o istnieniu zmywy przetargowej
- V. Podsumowanie

### Streszczenie:

Artykuł prezentuje wybrane, problematyczne kwestie pojawiające się na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. To ostatnie dążąc do zapewnienia konkurencji w ramach konkretnego postępowania przetargowego, poprzez wspieranie udziału większej ilości wykonawców, może bowiem czasami ułatwiać zmywy przetargowe pomiędzy oferentami. Omawiane w artykule problemy dotyczą zatem prawnej oceny tworzenia konsorcjów przetargowych oraz udziału w przetargu przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej. Ponadto, artykuł porusza kwestię organu właściwego do rozstrzygnięcia w sprawach zmyw przetargowych.

**Słowa kluczowe:** zmowa przetargowa; konsorcjum przetargowe; porozumienie w ramach grupy kapitałowej.

### I. Wprowadzenie

Istotą przetargów publicznych jest uzyskanie przez zamawiającego dysponującego środkami publicznymi towarów lub usług najlepszej jakości po możliwie najniższej cenie. Skuteczność przetargów publicznych i możliwość wypełnienia przez nie wyżej wskazanych zadań jest uzależniona od istnienia konkurencji w dwóch wymiarach. Pierwszy z tych wymiarów jest od dawna uwzględniany przez regulacje dotyczące zamówień publicznych, które starają się wspierać „konkurencję w ramach konkretnego postępowania przetargowego”, czyli wąsko pojętą konkurencję. Z tego punktu widzenia, konkurencja jest rozumiana jako środek pozwalający zamawiającemu uzyskać korzyści z konkurencyjnej presji pomiędzy (biorącymi udział w przetargu) oferentami oraz jako główny instrument wykrywania faworyzowania i innych korupcyjnych praktyk. Drugi z wymiarów, czyli uwzględnianie w zamówieniach publicznych „konkurencji na rynku” również występuje, ale nie jest wyraźnie sprecyzowany i, co do zasady, w opracowaniach dotyczących zamówień publicznych pomija się go<sup>1</sup>.

\* Radca prawny, LL.M. (King's College London), naczelnik wydziału przemysłu, energetyki i usług w Departamencie Ochrony Konkurencji UOKiK. Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi opiniami autorki i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

<sup>1</sup> A. Sánchez Graells, *Public Procurement: An overview of EU and national case law*, e-Competitions, No. 40647, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), s. 1.

Tymczasem doświadczenia organów ochrony konkurencji z różnych krajów wskazują, że w postępowaniach przetargowych w sektorze publicznym często dochodzi do nieprawidłowości dotyczących właśnie tego drugiego aspektu – mniej widocznego w prawie zamówień publicznych<sup>2</sup>, tj. „konkurencji na rynku”. Skutkują one tym, że publiczne pieniądze nie są wydawane w najbardziej efektywny sposób, tj. taki który gwarantowałby zamawiającym otrzymanie najbardziej korzystnej oferty. Nieprawidłowości te sprowadzają się do zawierania zmów przetargowych polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (ewentualnie również tych, którzy w braku porozumienia przystąpiliby do przetargu) warunków składanych ofert. Dzięki temu przedsiębiorcy ci zamiast konkurować ze sobą podejmują nielegalną współpracę, przez co organizator przetargu dysponujący publicznymi pieniędzmi (czyli w konsekwencji podatnicy) ponosi szkodę a korzyści (w postaci wyższej ceny) uzyskują przedsiębiorcy będący w zmowie. Warto w tym miejscu podkreślić, że szkody podatników wynikające ze zmywy oferentów są niebagatelne<sup>3</sup>. W ramach przetargów publicznych wydawane są bowiem bardzo wysokie kwoty<sup>4</sup>. Natomiast prowadzone badania wykazały, że w wyniku zmywy, cena płacona przez zamawiającego jest wyższa nawet o 20%<sup>5</sup>. Z tego względu zmywy przetargowe – obok innych karteli, takich jak ustalanie przez konkurentów cen towarów lub podziału rynku – są uznawane za najcięższe naruszenia prawa konkurencji. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>6</sup> wyraźnie wskazuje, że ustalanie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert stanowi zakazane (ze względu na cel/przedmiot<sup>7</sup>) porozumienie ograniczające konkurencję (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik), do którego nie znajduje zastosowania wyłączenie *de minimis* (art. 7 ust. 2 uokik).

W przedstawionym kontekście należy wskazać, że prawo zamówień publicznych może czasami wspierać zmywy pomiędzy oferentami, zatem naruszenia „konkurencji na rynku”, które właśnie zwalczą prawo konkurencji. Pzp dążąc bowiem do zapewnienia „konkurencji w ramach konkretnego postępowania przetargowego”, czyli np. możliwości udziału jak najszerszego kręgu podmiotów w konkretnym postępowaniu przetargowym, ułatwia uzgodnienia pomiędzy nimi.

Mając na uwadze powyższe, celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kilku, w opinii autorki, najciekawszych z punktu widzenia prawnika zajmującego się prawem konkurencji, problemów pojawiających się na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. Problemy te dotyczą prawnej oceny tworzenia konsorcjów przetargowych oraz udziału w przetargu przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej. Ponadto, artykuł porusza kwestię organu właściwego do rozstrzygnięcia w sprawach zmów przetargowych.

## II. Konsorcja przetargowe

Konsorcja przetargowe (*joint bidding/bidding consortia*) polegają na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach konkretnego przetargu<sup>8</sup>. Konsorcjum

<sup>2</sup> Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); dalej jako „Pzp”.

<sup>3</sup> Zob. również D.E. Wojtczak, *Zwalczanie zmów przetargowych w Polsce*, Państwo i Prawo, nr 7/2010, s. 68.

<sup>4</sup> Przykładowo w 2011 r. wartość rynku zamówień publicznych w Polsce szacowano na ok. 144 mld zł, co stanowi ok. 9,5% PKB, z kolei w 2010 r. wartość tego rynku wynosiła 167 mld zł stanowiąc ok. 11,8% PKB – za Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 i 2011 roku*, dostępne na: [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>5</sup> A. Copabianco, *Bid-rigging: enforcement experiences and challenges. The OECD experience*, ICN 2012 Annual Conference, Rio de Janeiro, 20.04.2012 r.

<sup>6</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej jako „uokik”.

<sup>7</sup> Szerzej na ten temat B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym i polskim prawie ochrony konkurencji*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2012, nr 2 (w druku).

<sup>8</sup> Należy wskazać, że konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie. W literaturze wskazuje się, że „jest to twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie

jest zatem formą współpracy, która mieści się w zakresie „porozumienia” na potrzeby stosowania przepisu art. 6 uokik.

Podstawowym celem dopuszczalności zawierania konsorcjów w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych jest umożliwienie przedsiębiorcom, których działalność jest komplementarna, wzięcia udziału w przetargu. Zatem możliwość łącznego udziału poprzez zawiązanie konsorcjum ma zwiększać „konkurencję w ramach przetargu”, przez to, że umożliwia udział w nim większej liczbie podmiotów w tym m.in. małym i średnim przedsiębiorcom<sup>9</sup>.

Dopuszczalność tworzenia konsorcjów przetargowych w Polsce wynika z przepisu art. 23 ust. 1 Pzp<sup>10</sup>, który stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepis ten nie przewiduje żadnych obostrzeń dla takiej współpracy. Należy jednak podkreślić, że sam fakt, że Pzp pozwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Wskazuje się bowiem, że prawo zamówień publicznych nie może ustanawiać wyjątków, czy wyłomów od zasad konkurencji, które mają charakter fundamentalny<sup>11</sup>. Jeśli zatem celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji stanowi ono zakazane porozumienie ograniczające konkurencję<sup>12</sup>.

Ustalenie w konkretnej sprawie jaki jest charakter konsorcjum nastrocza jednak wiele trudności. W literaturze wskazuje się bowiem, że utworzenie konsorcjum może wywierać skutki zarówno projak i antykonkurencyjne. Jak już wskazano, utworzenie konsorcjum może wspierać konkurencję, jeśli pozwala firmom, które samodzielnie nie mogą dostarczyć komplementarnych towarów, połączyć siły z innymi przedsiębiorcami umożliwiając wspólne dostarczenie tych towarów. Ponadto, utworzenie konsorcjum może skutkować tzw. efektem informacji (*information effect*), który jest prokonkurencyjny bowiem wspiera bardziej agresywną licytację ze względu na akumulację informacji (ang. *information pooling*)<sup>13</sup>. Jeśli jednak konsorcjantami są konkurenci, powoduje to zazwyczaj ograniczenie konkurencji, bowiem zawiązanie konsorcjum zmniejsza liczbę potencjalnych uczestników przetargu. Ten

---

musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątku jego uczestników”; cyt. z J.A. Strzępka, *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, Monitor Prawniczy nr 14/2012, s. 738; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 20.02.2007 r., IX CA 50/07, LEX 621228.

<sup>9</sup> Por. A. Wójcik, *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia*, LEX; L. Carpineti, G. Piga, M. Zanza, *The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement* [w:] N. Dimitri et al (eds.) *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; S. Lee, *Implementing Reasonable Rule for Imposing Criminal Penalty on Joint Bidders in Public Bid: Critical Comment on South Korea's Case*, s. 14, dostępne na: <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/960-1.pdf>.

<sup>10</sup> Przepis ten stanowi implementację art. 4 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz.WE 2004, L 134/114) stanowiącej, że „Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury”.

<sup>11</sup> A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 278.

<sup>12</sup> Zob. np. Comision Nacional de La Competencia, *Guide on public procurement and competition*, s. 42, dostępne na: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx>, oraz OECD, *Policy Roundtable on Competition in Bidding Markets - Note by Germany – DAF/COMP/WD(2006)57*, s. 124, dostępne na: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf>. Odmienne jednak A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. BECK, Warszawa 2009, s. 430, która twierdzi, że D. Miąsikiem, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 497, że „[n]aruszeniem zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie będzie działalność konsorcjów (partnerstw) przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert”. Należy jednak wskazać, iż D. Miąsik z jednej strony wydaje się wskazywać, że utworzenie konsorcjum w ogóle nie narusza prawa konkurencji, a następnie, że „zastosowanie art. 7 ust. 1 [obecnie art. 8 ust. 1 – dopisek autorki] u.o.k.k. do tego rodzaju praktyk [zmów przetargowych – dopisek autorki] powinno się ograniczać do przypadków porozumień zawieranych przez przedsiębiorstwa, które samodzielnie nie mogłyby uczestniczyć w postępowaniu przetargowym. Konieczność wspólnego przedłożenia oferty może wynikać z różnych powodów. Jednym z warunków przetargu może być posiadanie odpowiedniego kapitału lub przedłożenie odpowiedniego zabezpieczenia. Zakres prac objęty postępowaniem może być zbyt duży jak na możliwości wykonawcy jednego przedsiębiorstwa. Warunkiem zastosowania art. 7 ust. 1 u.o.k.k. winno być jednak przedłożenie jednej wspólnej oferty”. Z powyższego zatem można wnioskować, że zdaniem tego autora zawiązanie konsorcjum powoduje ograniczenie konkurencji jednak w pewnych sytuacjach może korzystać z wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

<sup>13</sup> Wskazuje się, że jeżeli wykonawcy mogą tworząc konsorcjum podzielić się wzajemnie posiadanymi informacjami o przedmiocie zamówienia, którego wartość jest wspólna (ang. *common value*), tj. dla wszystkich taka sama, choć o nieznannej wysokości, wtedy ich szacunki co do tej wartości będą bardziej dokładne, co zmniejsza efekt tzw. przekleństwa zwycięzcy (ang. *winner's curse*).

tw. efekt zmniejszonej konkurencji (*reduced competition effect*) promuje mniej agresywną licytację, skutkując wyższą ceną dla zamawiającego, zatem ma negatywne skutki dla konkurencji<sup>14</sup>.

Rozważając prawidłowe podejście do analizy konsorcjów, warto się odwołać do Wytucznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych<sup>15</sup>, w których wskazano, że

„[p]orozumienie o komercjalizacji zazwyczaj nie stwarza problemów w zakresie konkurencji, jeżeli jest obiektywnie konieczne, aby umożliwić jednej stronie wejście na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników współpracy (...). **Szczególnym zastosowaniem tej zasady byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie. Ponieważ strony umów konsorcyjnych nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 [podkreślenie autorki]**”<sup>16</sup>.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy przyjąć, że utworzenie przez konkurentów konsorcjum stanowi zakazane przez przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik porozumienie ograniczające konkurencję, gdy konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, jeśli konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania. Zatem punktem wyjścia do antymonopolowej oceny konsorcjum jest ustalenie, czy jego uczestnicy nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Jeśli zostanie wykazany obiektywny brak możliwości złożenia ofert indywidualnie, to nie można uznać, że doszło do ograniczenia konkurencji<sup>17</sup>. Gdyby nie zawiązanie konsorcjum, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu. Innymi słowy alternatywą dla współpracy poprzez zawiązanie konsorcjum nie byłaby konkurencja pomiędzy konsorcjantami, lecz wyeliminowanie ich z kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie. W takiej sytuacji nie można więc uznać utworzenia konsorcjum za naruszające zakaz porozumień ograniczających konkurencję<sup>18</sup>. Warto wskazać, że niektórzy autorzy uważają, że uzasadnienie zawiązania konsorcjum, przemawiające za brakiem jego antykonkurencyjnego charakteru, może być oparte nie tylko na czynniku obiektywnym, lecz także subiektywnym, jeśli tylko da się go jasno zidentyfikować<sup>19</sup>.

Należy zauważyć, że pojawiają się też odmienne poglądy, a mianowicie, że nawet w braku obiektywnej możliwości wzięcia udziału w przetargu samodzielnie utworzenie konsorcjum przez konkurentów stanowi porozumienie ograniczające konkurencję. Jednocześnie wskazuje się, że w takiej sytuacji konsorcjum korzystałoby jednak z tzw. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (w oparciu o przepis art. 8 ust. 1 uokik) bowiem jego wynikiem jest zwiększenie ilości uczestników przetargu<sup>20</sup>. Wydaje się jednak, że ta koncepcja nie jest właściwa skoro

<sup>14</sup> OECD, *Public Procurement. The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, s. 34, dostępne na: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf>; S. Lee, *Implementing Reasonable ...*, op. cit., s. 5-6; V. Mares, M. Shor, *On the Competitive Effects of Bidding Syndicates*, forthcoming in the B.E. Journal of Economic Analysis & Policy [Foundations] 2012, s. 4, dostępne na: <http://www.mikeshor.com/research/cvauctions/syndicates.pdf>.

<sup>15</sup> Dz.Urz.UE 2011, C 11/01, pkt 237.

<sup>16</sup> Podobnie w par. 30 ww. Wytucznych przewidziano, że „horyzontalne porozumienia kooperacyjne między konkurentami, którzy na podstawie obiektywnych czynników nie byłby w stanie niezależnie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy, na przykład w wyniku ograniczonych możliwości technicznych stron, nie powodują zazwyczaj powstania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że strony mogłyby zrealizować projekt przy mniej surowych ograniczeniach”.

<sup>17</sup> Zob. OECD, *Policy Roundtable on Competition in Bidding Markets ...*, op. cit., s. 124.

<sup>18</sup> Tak S. Lee, *Implementing Reasonable ...*, op. cit., s. 10; F. Falconi, *Antitrust Aspects of Joint Bidding Among Competitors*, *Competition Law Journal* 2007, 6(2), ss. 115-116; OFT *Markets with bidding processes* May 2007 raport przygotowany dla OFT przez DotEcon Ltd, par. 6.11, dostępny na: [http://www.of.gov.uk/shared\\_of/economic\\_research/oft923.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/economic_research/oft923.pdf).

<sup>19</sup> Zob. F. Falconi, *Antitrust Aspects ...*, op. cit., s. 116.

<sup>20</sup> A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU ...*, op. cit., s. 278.

stanem alternatywnym byłby brak udziału tych przedsiębiorców w przetargu w ogóle, co wskazano w przywołanych wyżej Wytycznych Komisji Europejskiej.

Nawet jeśli konsorcjanci mieli możliwość złożenia ofert samodzielnie, czyli utworzenie konsorcjum narusza art. 6 uokik, to może ono jednak zostać uznane za wyłączone spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jeśli powoduje zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum. Takie zwiększenie efektywności może być z korzyścią dla zamawiającego bowiem skutkuje zintensyfikowaniem konkurencji pomiędzy istniejącymi oferentami<sup>21</sup>. Okoliczność ta winna być więc rozpatrywana nie na etapie badania naruszenia art. 6 uokik (jak w przypadku ww. braku możliwości złożenia samodzielnej oferty), lecz na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, tj. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 uokik, konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są znacznie bardziej korzystne dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści zamawiającemu<sup>22</sup>.

Stanowisko przyjmowane przez Prezesa UOKiK odnośnie do okoliczności w jakich utworzenie konsorcjum przetargowego zostanie uznane za naruszające przepis art. 6 ust. 1 pkt. 7 uokik porozumienie ograniczające konkurencję wydaje się zbieżne z przedstawionym powyżej. Opinia organu w omawianym zakresie została zaprezentowana w stanowisku dla OECD, w którym po wskazaniu na prokonkurencyjne skutki konsorcjów, stwierdza, że nie powinny być one dozwolone, jeśli każdy z konsorcjantów posiada ekonomiczne, finansowe i techniczne możliwości, aby dostarczyć przedmiot zamówienia samodzielnie. Prezes UOKiK nie kwestionuje prawa przedsiębiorców do tworzenia konsorcjów, ale uważa, że taka współpraca może wynikać tylko z braku możliwości skutecznego złożenia samodzielnej oferty przez konsorcjantów (np. z uwagi na bardzo duże zamówienie lub brak całości wymaganego sprzętu) lub znaczących korzyści dla konsumentów jakie może przynieść utworzenie konsorcjum (np. niższe ceny wynikające ze zwiększonej efektywności przedsięwzięcia i oszczędności kosztowych lub postęp techniczny). W przeciwnym razie, zdaniem organu, taka współpraca narusza zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ przedsiębiorcy, którzy mogliby indywidualnie rywalizować o zamówienie, wyłączają między sobą konkurencję, uzgadniając wspólną ofertę<sup>23</sup>. Warto również zwrócić uwagę na toczące się przed Prezesem UOKiK postępowanie antymonopolowe przeciwko dwóm spółkom z Białegostoku – ASTWA i Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania. Zgodnie z komunikatem prasowym dotyczącym tej sprawy, wątpliwości Prezesa UOKiK wzbudziły zasady na jakich wskazani przedsiębiorcy przystępują do przetargów. Zdaniem organu, przygotowanie wspólnej oferty – czyli utworzenie konsorcjum – przez te spółki, będące największymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie wywozu odpadów na obszarze Białegostoku, mogło mieć na celu ograniczenie konkurencji i podział rynku<sup>24</sup>.

Przy prawnej analizie konsorcjów nie sposób pominąć orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”), w którym rozważano w jakich warunkach utworzenie konsorcjum może zostać uznane za znowę przetargową. W jednym z wyroków<sup>25</sup> organ ten badał sprawę, w której zamawiający odrzucił

<sup>21</sup> Ibidem, s. 278.

<sup>22</sup> Ibidem, ss. 278-279; zob. również F. Falconi, *Antitrust Aspects ...*, op. cit., ss. 116-117.

<sup>23</sup> OECD, *Policy Roundtables. Collusion and Corruption in Public Procurement*, DAF/COMP/GF(2010)6, s. 318, dostępne na: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf>.

<sup>24</sup> Komunikat prasowy UOKiK z 29.07.2009 r. *Zmowa przetargowa?* dostępny na: [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=589&news\\_page=67](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=589&news_page=67).

<sup>25</sup> Wyrok KIO z 22.04.2010 r. KIO/UZP 567/10, LEX nr 598544.

ofertę konsorcjum wskazując, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji<sup>26</sup>. W ocenie zamawiającego złożenie jednej oferty przez sześciu wykonawców, którzy samodzielnie mogliby zrealizować całość zamówienia, było działaniem sprzecznym z prawem, mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym i polegało na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny, co wyczerpuje przesłankę określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Rozpatrując odwołanie KIO wskazało, że Pzp „dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu, czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Oczywistym jest, że podmioty zawierające konsorcjum, wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą”. Zdaniem KIO, nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji okoliczność, że wykonawcy którzy są członkami konsorcjum w innych postępowaniach, prowadzonych przez tego samego zamawiającego biorą udział samodzielnie. Takie rozstrzygnięcie KIO było jednak podyktowane tym, że temu organowi nie były znane szczegółowe warunki dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia, terminów realizacji wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wcześniejszych, innych zamówień, w których brali udział wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum. Zatem – zdaniem KIO – nie było podstaw, aby przyjąć, że wskazane przez zamawiającego zamówienia są podobne co do wielkości i złożoności z przedmiotem, objętym rozpatrywanym postępowaniem i wywodzić w oparciu o to, że każdy z wykonawców posiada wystarczający potencjał, aby samodzielnie zrealizować w całości przedmiotowe zamówienie<sup>27</sup>.

Warto wspomnieć, że w literaturze pojawiają się głosy, że zawiązanie konsorcjum powoduje skutki zbliżone do koncentracji horyzontalnych. Na ocenę tych skutków wpływ ma m.in. wielkość konsorcjantów, ilość uczestników przetargu, czy synergia wynikająca ze złożenia wspólnej oferty. Twierdzi się zatem, że antymonopolowa analiza konsorcjów powinna uwzględniać te okoliczności<sup>28</sup>.

Zauważyć również trzeba, że jakkolwiek zawiązanie konsorcjum ma, co do zasady, charakter zbliżony do umowy spółki cywilnej<sup>29</sup>, to w niektórych przypadkach może przybrać strukturę bardziej zorganizowaną w postaci wspólnego przedsiębiorstwa – najczęściej niepełnofunkcyjnego (*non-full-function joint venture*)<sup>30</sup>. W takiej sytuacji może ono podlegać ocenie Prezesa UOKiK na podstawie przepisów dotyczących kontroli koncentracji<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Warto w tym miejscu wspomnieć, o czym szerzej dalej, że zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję stanowi czyn spreczny z prawem (tj. przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik) zatem, zgodnie z art. 3 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – dalej jako „uznk” – mieści się w definicji czynu nieuczciwej konkurencji.

<sup>27</sup> Podobnie wyrok KIO z 5.08.2009 r. KIO/UZP 957/09 LEX nr 512941.

<sup>28</sup> G.L. Albano, G. Spagnolo, M. Zanza, *Joint bidding in procurement*, s. 2, dostępne na: <http://www.gianca.org/PapersHomepage/Albano%20et%20al%20-%20Joint%20Bidding.pdf>; S. Lee, *Implementing Reasonable ...*, op. cit., s. 1. W tym miejscu warto również wskazać na pkt 21 Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, gdzie wskazano, że „[a]naliza horyzontalnych porozumień kooperacyjnych ma pewne elementy wspólne z analizą horyzontalnych koncentracji przedsiębiorstw, istotne z punktu widzenia potencjalnych skutków ograniczających konkurencję, w szczególności w odniesieniu do wspólnych przedsiębiorców. Niejednokrotnie trudno jest odróżnić wspólnych przedsiębiorców o pełnym zakresie funkcji objętych zakresem rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw od wspólnych przedsiębiorców o niepełnym zakresie funkcji, których ocenia się na podstawie art. 101. Skutki ich działań mogą być dość podobne”.

<sup>29</sup> Zob. M. Stachowiak, *Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX; J. A. Strzępka, *Konsorcjum budowlane ...*, op. cit., s. 738.

<sup>30</sup> Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, seventh edition, Oxford University Press, New York 2012, ss. 837-838.

<sup>31</sup> F. Falconi, *Antitrust Aspects ...*, op. cit., s. 113; OECD, *Policy Roundtable on Competition in Bidding Markets ...*, op. cit., s. 124-125. W Polsce z taką sytuacją mieliśmy do czynienia przykładowo w sprawie dotyczącej utworzenia przez P4 Sp. z o.o., POLKOMTEL S.A., Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. i PTK Centertel Sp. z o.o. wspólnego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca ten – Mobile-TV – został założony w celu wzięcia udziału w konkursie organizowanym przez Prezesa

Warto także nadmienić, że nawet przy założeniu, że zawiązanie konsorcjum nie stanowi zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, wątpliwości odnośnie do zgodności z regułami konkurencji mogą powstać w związku z samym procesem jego tworzenia lub złożenia wspólnej oferty. W toku rozmów mających na celu złożenie wspólnej oferty konieczna jest bowiem wymiana pomiędzy potencjalnymi konsorcjantami pewnych wrażliwych informacji handlowych (biznesowych) dotyczących przetargu. Z tego względu w literaturze wskazuje się, że taka współpraca może stwarzać ryzyko sztucznej przejrzystości co do strategii handlowej konkurentów tworzących konsorcjum w odniesieniu do innych, przyszłych postępowań przetargowych, w których będą ze sobą konkurować<sup>32</sup>. Zatem, aby uniknąć zarzutu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez wymianę poufnych, wrażliwych informacji biznesowych (stanowiących normalnie tajemnicę przedsiębiorstwa), konsorcjanci powinni ograniczyć wymianę informacji do niezbędnego minimum, koniecznego, aby wspólnie ubiegać się o konkretne zamówienie. Konsorcjanci powinni więc w szczególności:

- 1) dbać, aby wymiana informacji nie zбочyła na inne obszary, niezwiązane ze złożeniem wspólnej oferty w tym konkretnym przetargu;
- 2) unikać wymiany innych (ponad ww. niezbędny zakres) wrażliwych informacji biznesowych dotyczących np. swoich klientów, strategii cenowych, czy marketingowych;
- 3) uważać, aby przy ustalaniu ceny proponowanej we wspólnej ofercie dotyczącej konkretnego przetargu nie ujawnić pozostałym konsorcjantom stosowanego przez siebie modelu wyceny;
- 4) prowadzić spotkania dotyczące przygotowania wspólnej oferty w przetargu według ustalonych wcześniej reguł mających zagwarantować, że w trakcie takiego spotkania nie dojdzie do sprzecznej z prawem konkurencji wymiany informacji (pomóc w tym może obecność na takim spotkaniu zewnętrznego w stosunku do konsorcjantów doradcy prawnego czuwającego nad przestrzeganiem tych reguł)<sup>33</sup>.

### **III. Udział w przetargu przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej**

Przepisy Pzp nie zabraniają złożenia odrębnych ofert w przetargu przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej<sup>34</sup>. Jest to konsekwencją promowania zasady jak największej liczby przedsiębiorców uczestniczących w przetargu. Należy jednak zauważyć, że dopuszczenie takiej możliwości pozwala powiązanim przedsiębiorcom (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Pomiedzy takimi przedsiębiorcami może bowiem dochodzić do wymiany informacji dotyczących cen czy innych warunków udziału w przetargu. Wymiana ta natomiast skutkuje wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu konkurencji oraz pozwala powiązanim przedsiębiorcom uzyskać zamówienie na korzystniejszych dla siebie warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji. Powiązane spółki, posiadając informacje o swoich ofertach i planowanych w przetargu działaniach, często manipulują wynikiem przetargu w ten sposób, że jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej

UKE na rezerwację częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H. Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 5.12.2008 r. nr DKK-94/08, dostępna na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>32</sup> F. Falconi, *Antitrust Aspects...*, op. cit., s. 118.

<sup>33</sup> Szerzej ibidem, s. 118.

<sup>34</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

– oferujący niższą cenę – składa ofertę zawierającą usuwalne braki formalne. Drugi z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oferujący cenę wyższą, składa ofertę kompletną. Z chwilą otwarcia ofert i ogłoszenia cen (jeśli oferty podmiotów powiązanych są kolejno dwoma najniższymi ofertami), wykonawca oferujący cenę niższą nie uzupełnia brakujących dokumentów lub też odstępuje od zawarcia umowy umożliwiając w ten sposób uzyskanie zamówienia przez podmiot z nim powiązany oferujący jednak cenę wyższą<sup>35</sup>.

Mając zatem na uwadze negatywne skutki dla konkurencji jakie mogą się wiązać z uzgadnianiem ofert lub z wymianą informacji w odniesieniu do przetargu, przez powiązanych ze sobą (kapitałowo czy osobowo) przedsiębiorców, należy rozważyć, czy problemom tym może zaradzić prawo ochrony konkurencji, tj. czy działanie takie może zostać uznane za porozumienie ograniczające konkurencję.

Zgodnie z unijnymi i polskimi przepisami prawa konkurencji do stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję konieczne jest udowodnienie dokonania uzgodnień pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Należy w tym miejscu jednak wskazać, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem<sup>36</sup> odrębne z prawnego punktu widzenia podmioty np. dwie spółki mogą – przy spełnieniu określonych przesłanek – zostać uznane za „jeden organizm gospodarczy” (ang. *single economic unit*), co skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia zawarcia przez takie podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję. Tego rodzaju struktura organizacyjna może składać się z szeregu formalnie niezależnych podmiotów, jeżeli wskutek swoich funkcjonalnych powiązań w praktyce rynkowej realizują one wspólnie tożsamy cel gospodarczy zachowując się jednolicie w taki sposób, że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie rolę konkurentów. 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 na rynku<sup>37</sup>. Dodatkowo warto zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w sytuacji, gdy spółka matka posiada 100% udziałów w spółce córce, istnieje domniemanie wywierania decydującego wpływu<sup>38</sup>. Z powyższego zatem wynika, że w przeważającej ilości przypadków przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej stanowią, na potrzeby stosowania prawa konkurencji, jeden organizm gospodarczy, zatem nie ma możliwości postawienia im zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. W konsekwencji uznaje się, że 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 uokik. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na pewne rozbieżności w polskiej doktrynie odnośnie do tego, czy zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję powinien dotyczyć uzgodnień pomiędzy podmiotami z jednej grupy kapitałowej. Z jednej bowiem strony pojawiają się głosy, że takich porozumień, co do zasady, nie dotyczy ww. zakaz i że art. 6 uokik powinien być stosowany do wewnątrzgrupowych porozumień jedynie w wyjątkowych wypadkach<sup>39</sup>. Z drugiej

<sup>35</sup> Zob. wyrok KIO z 5.01.2011 r. KIO 2766/10 LEX nr 776740.

<sup>36</sup> W UE np. wyrok TSUE z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95, *Viho* (Zb.Orz. 1996, s. I-5457), pkt 51. W Polsce: decyzje Prezesa UOKiK z: 14.03.2007 r. nr DOK-34/07; 8.12.2009 r. nr DOK-8/2009; 31.12.2010 r. nr DOK 11/2010 dostępne na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl) oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z 3.06.1998 r., sygn. akt XVII Ama 7/98, LEX nr 56492, wyrok Sądu Antymonopolowego z 17.01.1996 r., sygn. akt XVII Amr 54/95, Wokanda 1997/4/52, wyrok Sądu Antymonopolowego z 2.12.1998 r., sygn. akt XVII Ama 59/98, Wokanda 2000/3/53, wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.05.1998 r., sygn. akt XVII Ama 4/98, Wokanda 1999/6/53.

<sup>37</sup> Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, ss. 130-133 i 154-155.

<sup>38</sup> Wyroki TSUE z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82, *AEG* (Zb.Orz. 1983, s. 3151) pkt 50; wyrok TSUE z 16.11.2000 r. w sprawie C-286/98 P, *Stora*, (Zb.Orz. 2000, s. I-9925) pkt 29; wyrok TSUE z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo*, (Zb.Orz. 2009, s. I-8237), pkt 60 i nast.

<sup>39</sup> A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 242



natomiast wskazuje się, powołując się m.in. na orzecznictwo Prezesa UOKiK<sup>40</sup>, że przepisy nie wyłączają spod art. 6 uokik działań podejmowanych przez przedsiębiorców skupionych w jednej grupie kapitałowej. Stosowanie tego przepisu do tego typu porozumień będzie wyłączone tylko wtedy, gdy przedsiębiorcy nie mieli autonomii w kreowaniu swoich zachowań rynkowych<sup>41</sup>.

Rozważając, czy można stwierdzić znowę przetargową pomiędzy przedsiębiorcami stanowiącymi jeden organizm gospodarczy, należy zwrócić uwagę na odmienne, od zaprezentowanego powyżej, podejście francuskiego organu ochrony konkurencji. Organ ten uważa, że jakkolwiek prawo konkurencji nie zabrania złożenia w przetargu oddzielnych ofert przez przedsiębiorców powiązanych (np. spółkę matkę i spółkę córkę), to jednak oferta spółki córki musi być niezależna od oferty spółki matki i musi być złożona przy uwzględnieniu własnych zasobów spółki córki (tj. m.in. osobowych, produkcyjnych). Ponadto, nawet pomiędzy takimi powiązаныmi przedsiębiorcami nie są dopuszczalne wspólne ustalenia odnośnie do przetargu. Podmioty takie muszą zatem powstrzymać się od jakichkolwiek konsultacji, czy wymiany informacji na temat warunków rynkowych i składnych przez nie oddzielnych ofert<sup>42</sup>. Zatem jeśli nie będą spełnione ww. warunki, złożenie odrębnych ofert przez przedsiębiorców z tej samej grupy kapitałowej, stanowiących jeden organizm gospodarczy, zostanie uznane za sprzeczne z prawem konkurencji. Stanowisko francuskiego organu ochrony konkurencji przewiduje zatem wyjątek od wynikającej z koncepcji jednego organizmu gospodarczego zasady wyłączenia uzgodnień wewnątrzgrupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Podejście to jest podyktowane chęcią ochrony zamawiającego wydającego publiczne pieniądze przed kreowaniem przez takich przedsiębiorców złudzenia co do intensywności rzeczywistej konkurencji i ilości złożonych ofert. W literaturze wskazuje się jednak, że przyjęcie omawianego wyjątku jest problematyczne m.in. z uwagi na brak spójności z prawem unijnym i możliwość naruszenia wynikającego z przepisu art. 3 rozporządzenia nr 1/2003<sup>43</sup> obowiązku konwergencji w zakresie porozumień ograniczających konkurencję<sup>44</sup>.

Wydaje się zatem, że omawiana kwestia powinna być rozwiązana na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych. Istotny w tym zakresie jest istniejący w prawie zamówień publicznych zakaz złożenia kilku ofert przez jeden podmiot (ang. *multiple bidding*). Jakkolwiek zakaz ten odnosi się do złożenia ofert przez jednego przedsiębiorcę, to w literaturze wskazuje się, że jego konsekwencją lub rozszerzeniem jest zakaz złożenia odrębnych ofert przez podmioty powiązane<sup>45</sup>. Rozszerzenie to ma uniemożliwić obchodzenie zakazu złożenia odrębnych ofert przez jednego przedsiębiorcę oraz zapewnić równe traktowanie przedsiębiorcom samodzielnym oraz tym wchodzącym w skład holdingów.

Obecnie w Polsce kwestia ww. zakazu jest regulowana w art. 82 ust. 1 Pzp, który nie wprowadza jednak ograniczeń co do możliwości składania ofert przez powiązanych przedsiębiorców. Zagadnienie to było natomiast wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć KIO. I tak, w jednym z wyroków organ

<sup>40</sup> Decyzję Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., nr DOK-34/07, s. 19-20, dostępna na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>41</sup> Np. A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa...*, op. cit., s. 375.

<sup>42</sup> Le Conseil de la Concurrence, *Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public*, par. 25-26, dostępne na: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/03a02.pdf>. Wydaje się, że podobne stanowisko zajmuje A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, op. cit., s. 242, który postulując, aby art. 6 uokik był stosowany do wewnątrzgrupowych porozumień jedynie w wyjątkowych wypadkach, wskazuje, że takim właśnie wypadkiem mogłaby być sytuacja „w której spółki z grupy kapitałowej są wykorzystywane do zmanipulowania wyników przetargu (ich uczestnictwo w przetargu jest uzgodnione i ma na celu stworzyć wrażenie konkurencji)”.

<sup>43</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, (Dz.Urz. WE 2003, L1/1).

<sup>44</sup> Szczegółowo na temat podejścia francuskiego organu ochrony konkurencji zob. P. de Lanzac, G. Dezorby, *Entents et marchés publics: La problématique des offres distinctes adressées par une société mere et sa filiale non autonome*, Concurrences No 1-2012 Doctrines.

<sup>45</sup> A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU...*, op. cit., s. 281.

ten uznał, że samo istnienie powiązań kapitałowo-osobowych nie wyklucza możliwości złożenia odrębnych ofert przez wykonawców powiązanych, a sam fakt takich powiązań nie świadczy o tym, że wykonawcy weszli w porozumienie dotyczące udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zdaniem KIO samo złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej nie stanowi podstawy do odrzucenia tych ofert, jeśli nie wykazano, że istniejące powiązania kapitałowo-osobowe doprowadziły do tzw. zmowy przetargowej<sup>46</sup>. Podobnie w innym wyroku KIO uznało, że nie można z góry założyć, że wykonawcy, których łączy stosunek zależności nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym ze względu na powiązania kapitałowe, prowadzoną politykę handlową czy też działalność gospodarczą. Organ ten podkreślił, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym regulowanym przez Pzp nie ma podstaw do uznania, że złożenie odrębnych ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji dając podstawę do odrzucenia ofert<sup>47</sup>.

Należy w tym miejscu wskazać, że dostrzegając zagrożenia jakie może wywoływać dopuszczalność złożenia odrębnych ofert w przetargu przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej, przygotowano projekt zmiany Pzp, m.in. w tym zakresie. Projekt ten uwzględnia wyrok TSUE, w którym uznano, że prawo unijne „sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który (...) wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania”<sup>48</sup>. Zatem, zdaniem Trybunału, jakkolwiek ustawodawca krajowy może wprowadzić ograniczenia co do możliwości złożenia odrębnych ofert przez przedsiębiorców powiązanych, to nie jest dopuszczalne całkowite zakazanie takiej możliwości. Mając na uwadze powyższe, planowana zmiana Pzp jako jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (projektowany przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp) przewiduje sytuację, w której wykonawcy należąc do tej samej grupy kapitałowej – w rozumieniu uokik – 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 w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>49</sup>. Wydaje się, że odnośnie do wykazania braku zagrożenia wynikającego z udziału w postępowaniu przetargowym przez powiązanych przedsiębiorców

<sup>46</sup> Wyrok KIO z 27.10.2011 r. KIO 2242/11, LEX nr 1027257. Podobnie w wyroku KIO z 27.09.2011 r. KIO 1962/11, KIO 1963/11, LEX nr 969488, stwierdzono, że Pzp nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, a wskazana okoliczność nie jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, jednak należy uwzględnić całokształt okoliczności faktycznych. W tej sprawie KIO, uwzględniając całokształt okoliczności, przede wszystkim fakt, iż ceny oferowane przez tych wykonawców za poszczególne rodzaje czynności pozostawały w stałej proporcji, tj. różniły się zawsze o 19%, stwierdziło stosowanie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmowy przetargowej pomiędzy dwoma biorącymi udział w przetargu konsorcjami: Konsorcjum G. i Konsorcjum N. Co istotne w świetle analizowanych w artykule problemów w skład Konsorcjum G. wchodziła G. sp. z o.o., której współnikami i jednocześnie członkami 3-osobowego zarządu byli: Krzysztof Tadeusz N. i Jarosław Marek R. Z kolei w skład Konsorcjum N. wchodziła N. sp. z o.o., która została założona przez G. sp. z o.o., a następnie w której obok G. sp. z o.o. współnikami oraz jednocześnie członkami zarządu byli wspomniani już Krzysztof Tadeusz N. i Jarosław Marek R. Oferty obu spółek zostały podpisane przez tę samą osobę – Jarosława Marka R.

<sup>47</sup> Wyrok KIO z 5.01.2011 r. KIO 2766/10 LEX nr 776740. Warto wskazać, że w wyroku tym KIO rozpatrywał zarzut zawarcia zmowy przetargowej pomiędzy spółkami z jednej grupy kapitałowej, gdy jedna z tych spółek posiadała pośrednio 100% udziałów drugiej. Z rozważań KIO można wywnioskować, iż gdyby odwołujący przedstawił wystarczające dowody na istnienie zmowy przetargowej pomiędzy ww. przedsiębiorcami, organ nie widziałby przeszkód, aby stwierdzić istnienie takiego zakazanego porozumienia. Zob. również wyrok KIO z 14.09.2010 r. KIO/UZP 1874/10 LEX nr 686902 w połączeniu z informacją o przetargu: Główny Inspektorat Ochrony Środowiska *Ogłoszenie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty* z 24.8.2010 r. sprawa EKO2/2010/DM/WIII/14 [http://www.gios.gov.pl/bip/zamowienia\\_zalaczniki/84/ogloszenie\\_20100824.pdf](http://www.gios.gov.pl/bip/zamowienia_zalaczniki/84/ogloszenie_20100824.pdf).

<sup>48</sup> Wyrok prejudycjalny TSUE z 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, (Zb. Orz. 2009, s. I-4219).

<sup>49</sup> *Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, przyjęty przez Radę Ministrów 8.05.2012 r., który został skierowany do Sejmu 4.06.2012 r. Zgodnie z uzasadnieniem projektu celem projektowanego przepisu jest ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne; dostępne na: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:2091>.

można by było skorzystać z przedstawionego wyżej dorobku organu francuskiego. Brak zagrożenia można by było zatem dowieść poprzez wykazanie, że złożone przez powiązanych przedsiębiorców oferty są niezależne, złożone przy uwzględnieniu własnych zasobów każdego z wykonawców oraz że wykonawcy ci powstrzymają się od jakichkolwiek konsultacji, czy wymiany informacji na temat warunków rynkowych i składnych ofert. Wydaje się, że jednym z wymogów w tym zakresie mogłoby być również wykazanie, że pomiędzy takimi wykonawcami istnieje tzw. *fire-wall*.

#### IV. Orzekanie o istnieniu zmywy przetargowej

Zgodnie z Pzp organem właściwym do rozpatrywania odwołań od czynności zamawiających jest KIO. W odwołaniach tych często pojawia się zarzut związany ze stosowaniem czynu nieuczciwej konkurencji w toku postępowania przetargowego, którego stwierdzenie winno skutkować – stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – odrzuceniem przez zamawiającego oferty. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji zamieszczono w art. 3 ust. 1 uznk, wskazując m.in. że jest to działanie sprzeczne z prawem. Działaniem sprzecznym z prawem, tj. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, jest natomiast zawarcie zmywy przetargowej<sup>50</sup>. Analiza orzecznictwa KIO, wskazuje, iż organ ten stosunkowo często wypowiada się na temat tego, czy dane zachowanie stanowi zmywę przetargową – wyraźnie odwołując się do postanowień art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Ma to istotne konsekwencje praktyczne, bowiem organ ten może odnosić się do kwestii istnienia zmywy przetargowej w tym m.in. omawianych w niniejszym artykule zagadnień, tj. dopuszczalności utworzenia konsorcjum, czy wzięcia udziału w przetargu przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej, w sposób odmienny niż Prezes UOKiK. A zatem istnieje ryzyko (jak pokazuje praktyka nie tylko teoretyczne), że w tej samej sprawie mogą zapadać odmienne rozstrzygnięcia podejmowane przez dwa organy państwa. I tak przykładowo, w jednym z wyroków KIO stwierdziło istnienie zmywy przetargowej pomiędzy spółkami z jednej grupy kapitałowej, w sytuacji gdy jedna ze spółek posiadała 100% udziałów w drugiej<sup>51</sup>. KIO przy tym stwierdziło, że „przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (...) nie wyłączają spod stosowania ustawy działań, które podejmowane są przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej”. Należy w tym miejscu jednak przypomnieć wskazaną wyżej koncepcję jednego organizmu gospodarczego. Gdyby przedmiotowa sprawa trafiła do Prezesa UOKiK organ ten, stosując ww. koncepcję, prawdopodobnie nie stwierdziłby zmywy przetargowej pomiędzy ww. przedsiębiorcami (zwłaszcza, jeśli praktyka mogłaby mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi i sprawa byłaby prowadzona równolegle w oparciu o przepisy krajowe oraz unijne, co wymaga wzięcia pod uwagę ww. reguły konwergencji).

Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z art. 29 uokik, to Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji. W jednym z wyroków<sup>52</sup> KIO zauważyło swój brak kompetencji do orzekania o naruszeniu uokik wskazując, iż nie wdaje się w analizę przesłanek istnienia niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, gdyż badanie tych praktyk należy do kompetencji sądów powszechnych (i oczywiście również Prezesa

<sup>50</sup> Zob. A. Jurkowska, *Antitrust Private Enforcement – Case of Poland*, YARS 2008, vol. 1(1), s. 65; P. Podrecki, *Civil Law Actions In the Context of Competition Restricting Practices under Polish Law*, YARS 2009 vol. 2009 2(2), s. 81; wyroki KIO z: 14.09.2010 r. KIO/UZP 1874/10, LEX nr 686902; 5.01.2011 r. KIO 2766/10, LEX nr 776740 oraz 5.08.2009 r. KIO/UZP 957/09 LEX nr 512941.

<sup>51</sup> Wyrok KIO z 14.09.2010 r. KIO/UZP 1874/10 LEX nr 686902 w połączeniu z informacją o przetargu: Główny Inspektorat Ochrony Środowiska *Ogłoszenie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty* z 24.08.2010 r. sprawa EKO2/2010/DM/WII/14 dostępne na: [http://www.gios.gov.pl/bip/zamowienia\\_zalaczniki/84/ogloszenie\\_20100824.pdf](http://www.gios.gov.pl/bip/zamowienia_zalaczniki/84/ogloszenie_20100824.pdf); podobnie również w omówionym wcześniej wyroku KIO z 5.01.2011 r. KIO 2766/10 LEX nr 776740.

<sup>52</sup> Wyrok KIO z 1.12. 2011 r. KIO 2492/11; KIO 2495/11, LEX nr 1099167.

UOKiK – uwaga autorki). Niemniej jednak w tej sprawie KIO uznało, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, tj. utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, bowiem dwaj wykonawcy – W. S.A. i E. sp. z o.o. zawarli porozumienie co do wzajemnego współdziałania przy składaniu ofert w celu uzyskania zamówienia przez jednego z nich i wyeliminowania pozostałych dostawców ubiegających się o zamówienie. Należy jednocześnie wyjaśnić, że pomiędzy tymi wykonawcami istniały powiązania bowiem prezes zarządu i większościowy akcjonariusz W. S.A. – posiadający 59% akcji<sup>53</sup> – był jednocześnie jedynym wspólnikiem E. sp. z o.o. Omawiając rozbieżności orzecznicze warto również wspomnieć o sprawie odnoszącej się do dwóch przedsiębiorców startujących w przetargach dotyczących znaków lub urządzeń bezpieczeństwa drogowego. Rozpatrując odwołanie dotyczące jednego z takich przetargów, KIO nie stwierdziło zmywy przetargowej pomiędzy ww. przedsiębiorcami<sup>54</sup>, podczas gdy Prezes UOKiK badając działania tych samych przedsiębiorców stwierdził<sup>55</sup>, iż dopuścili się oni zmywy przetargowej, która obejmowała wiele przetargów, m.in. ten, którego dotyczyło rozstrzygnięcie KIO. Co ciekawe, za jedną z wielu okoliczności wskazujących na istnienie zmywy Prezes UOKiK uznał składanie przez uczestników przetargu – konkurujących z będącymi w znowie wykonawcami – protestów, w których zarzucano ww. przedsiębiorcom zawarcie zmywy<sup>56</sup>. Warto również wspomnieć, że termin w jakim KIO rozpatruje odwołanie wynosi – stosownie do art. 189 Pzp – 15 dni. Trudno więc oczekiwać, aby organ ten był w stanie, w tak krótkim czasie, ustalić istnienie zmywy przetargowej.

Mając na uwadze powyższe należałoby rozważyć, czy w celu uniknięcia ryzyka wydawania rozbieżnych rozstrzygnięć i wzmocnienia instytucjonalnych ram dla bardziej zorientowanego na konkurencję systemu zamówień publicznych, nie byłoby zasadnym przyznanie kompetencji do kontroli w pewnym zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Prezesowi UOKiK. Warto przykładowo wskazać, iż w niektórych państwach członkowskich UE kompetencje organu ochrony konkurencji i organu nadzorującego system zamówień publicznych są przyznane jednemu organowi jakim jest organ ochrony konkurencji lub tylko same kompetencje do kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego są przyznane organowi ochrony konkurencji<sup>57</sup> – takie systemy istnieją w Czechach<sup>58</sup>, Danii<sup>59</sup>, Niemczech<sup>60</sup> czy Szwecji<sup>61</sup>. Należy jednak zauważyć, że połączenie kompetencji w ramach jednego organu lub powierzenie kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w całości organowi ochrony konkurencji nie wydaje się najbardziej optymalnym rozwiązaniem<sup>62</sup>. W literaturze wskazuje się, że lepszym modelem byłoby przyznanie organowi ochrony konkurencji uprawnienia do wydawania opinii (najlepiej wiążących) w postępowaniach odwoławczych toczących się przed wyspecjalizowanymi organami zajmującymi się kontrolą postępowań dotyczących zamówień

<sup>53</sup> <http://www.gddkia.gov.pl/pl/530/powyzej-progow-unijnych,status-allp,miesiac-6,rok-2011>; oraz informacje zawarte na stronie internetowej W. S.A. <http://www.wasko.pl/relacje-inwestorskie>.

<sup>54</sup> Wyrok KIO z 23.02.2010 r. KIO/UZP 1941/09 LEX nr 622514.

<sup>55</sup> Decyzja z 6.09.2011 r. nr RKT-25/2011, dostępna na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>56</sup> Decyzja z 6.09.2011 r. nr RKT-25/2011, s.49, dostępna na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>57</sup> Szerzej o poszczególnych systemach na: <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/Comparative%20survey%20on%20PP%20systems%20across%20PPN.pdf>.

<sup>58</sup> <http://www.compet.cz/en/public-procurement/>.

<sup>59</sup> <http://www.kfst.dk/en/udbudsomraadet/udbudsregler/danish-complaint-system/>.

<sup>60</sup> [http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/110325\\_Informationenblatt\\_nach\\_Vergaberechtsnovelle-E\\_clean.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/110325_Informationenblatt_nach_Vergaberechtsnovelle-E_clean.pdf).

<sup>61</sup> [http://www.kkv.se/t/SectionStartPage\\_\\_\\_6732.aspx](http://www.kkv.se/t/SectionStartPage___6732.aspx).

<sup>62</sup> Zob. A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU ...*, op. cit., ss. 388-389. Autor ten wskazuje, że nie jest to najlepsze rozwiązanie z uwagi na brak odpowiedniej, specjalistycznej wiedzy organu ochrony konkurencji, czy wynikające z nowych kompetencji obciążenie zasobów organu ochrony konkurencji, które mogłyby zostać wykorzystane w bardziej efektywny sposób przy innych zadaniach dotyczących ochrony konkurencji.

publicznych. Inną wartą rozważenia koncepcją byłoby podzielenie kompetencji kontrolnych tak, aby organ ochrony konkurencji był właściwy tylko w zakresie dotyczącym naruszenia zasad konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego<sup>63</sup>.

## V. Podsumowanie

Prawo konkurencji i prawo zamówień publicznych są ze sobą silnie powiązane. Z jednej strony, jeśli prawo konkurencji nie gwarantuje niezakłóconej konkurencji, zamówienia publiczne nie będą w stanie funkcjonować w sposób optymalny, a wybór jakim będą dysponować zamawiający będzie istotnie ograniczony przez zniekształcone warunki rynkowe w jakich będą oni zmuszeni nabywać towary lub usługi. Natomiast z drugiej strony, jeśli reguły dotyczące zamówień publicznych nie będą faktycznie prokonkurencyjne, prawo to będzie generować niedoskonałości rynku (*market failure*), którym z kolei przeciwdziała prawo konkurencji. Z tego względu są to dziedziny prawa komplementarne, a ich wzajemne oddziaływanie wymaga całościowego podejścia i spójnych uregulowań<sup>64</sup>.

Należy zatem podkreślić, że prawo zamówień publicznych będzie w stanie spełnić swoje funkcje, czyli zapewnić uzyskanie przez zamawiającego, dysponującego ograniczonymi środkami publicznymi, towarów lub usług najlepszej jakości po możliwie najniższej cenie, tylko wtedy, gdy jego postanowienia będą prokonkurencyjne oraz nie będą powodować ograniczenia konkurencji na rynku. Z tego względu przy konstruowaniu przepisów dotyczących zamówień publicznych niezwykle istotne jest uwzględnianie reguł konkurencji.

Niniejszy artykuł zidentyfikował kilka problematycznych kwestii, które z uwagi na powszechne występowanie wydają się mieć doniosłe znaczenie dla praktyki. Z tego powodu ważne było rozważenie możliwych sposobów ich rozwiązania w taki sposób, aby przedsiębiorcy wiedzieli w jakich sytuacjach działanie dozwolone przez prawo zamówień publicznych może jednak zostać uznane za sprzeczne z prawem konkurencji. A co najważniejsze, żeby przyjęte podejście z jednej strony w możliwie pełny sposób zmierzało do tego, aby zamówienia publiczne mogły spełnić swoje funkcje, przy jednoczesnym nie ograniczaniu konkurencji.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 389.

<sup>64</sup> Ibidem, ss. 11-12.