

# K

## A

### R

# Konkurencja w prawie zamówień publicznych po nowelizacji – wybrane zagadnienia

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Prawo zamówień publicznych a ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
  1. Zmowa przetargowa
  2. Grupa kapitałowa
- III. Prawo zamówień publicznych a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
  1. Czyn nieuczciwej konkurencji
  2. Tajemnica przedsiębiorstwa
  3. Katalog otwarty
- IV. Podsumowanie

### Streszczenie

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawiera wiele odniesień do pojęć z zakresu prawa konkurencji. Można w niej znaleźć odwołania do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ustawach tych znajdują się definicje pojęć takich jak „porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji”, „grupa kapitałowa”, „czyn nieuczciwej konkurencji” czy „tajemnica przedsiębiorstwa”. W artykule autorka bada powiązania między ustawami – Prawo zamówień publicznych a ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przywołuje zmiany, jakie wprowadziła nowelizacja ustawy w zakresie konkurencji w zamówieniach publicznych.

**Słowa kluczowe:** prawo zamówień publicznych; zmowa przetargowa; czyn nieuczciwej konkurencji; tajemnica przedsiębiorstwa.

**JEL:** K10

## I. Wstęp

W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 Nr 19 poz. 177 t.j. Dz.U. 2017, poz. 1579; dalej: pzp) słowo: „konkurencja” występuje kilkadziesiąt razy. Jedną z najważniejszych zasad udzielania zamówień jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 pzp,

---

\* Doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; aplikantka radcowska przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie; współpracownik kancelarii prawniczej, która zajmuje się między innymi doradztwem w zakresie prawa zamówień publicznych; e-mail: beata.zwolin@gmail.com

która brzmi: „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Zapewnienie uczciwej konkurencji podczas postępowania jest obowiązkiem zamawiającego. W szczególności zamawiający musi określić warunki udziału w postępowaniu wykonawców oraz opis przedmiotu zamówienia tak, by były zgodne z zasadą uczciwej konkurencji. Zamawiający wybiera także tryb, w którym będzie prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 10 ust. 1 pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, natomiast zgodnie z art. 10 ust. 1 pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Oznacza to, że zastosowanie przez zamawiającego tzw. trybów niekonkurencyjnych jest dozwolone tylko po spełnieniu przesłanek przewidzianych w ustawie. Zgodnie z art. 8 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jednakże zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp w postępowaniu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Istotne odnośnie do zasady uczciwej konkurencji są także przepisy art. 24 pzp mówiące o przypadkach, kiedy wyklucza się wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się m.in.:

- 1) wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp);
- 2) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp). Wykluczenie następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
- 3) wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp).

Jednakże przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji i musi wskazać w protokole postępowania sposób zapewnienia konkurencji. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust 10 pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy

możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Ustawa pzp w art. 24 ust. 11 obowiązuje także wykonawców do przekazania zamawiającemu oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w przypadkach wymienionych w art. 24 ust. 11. Wraz ze złożeniem oświadczenia wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Novum w ustawie jest także art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy, który brzmi: „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2–4 z:

- a) zamawiającym,
- b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,
- c) członkami komisji przetargowej,
- d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a,

chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W art. 17 pzp mowa jest o tym, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Wedle opinii UZP przepisy te mają gwarantować, że czynności po stronie zamawiającego, wykonywać będą osoby, które w toku postępowania nie będą kierować się względami osobistymi, co może mieć kluczowe znaczenie dla jego wyniku. Naruszenie tej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływałoby negatywnie na zachowanie zasad zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób<sup>1</sup>. Po nowelizacji ustawy pzp, zasada bezstronności i obiektywizmu wyrażona dyspozycją art. 7 ust. 2 ustawy pzp realizowana jest w dwojaki sposób. Z jednej strony konflikt interesów badany jest po stronie zamawiającego w odniesieniu do

<sup>1</sup> Interpretacja znowelizowanych przepisów pzp przez UZP. Pozyskano z: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/nowe-podejscie-do-badania-konfliktu-interesow>, dostęp: 13.06.2018 r.

osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym zakres podmiotowy tej weryfikacji został rozszerzony o pracowników zamawiającego lub inne osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilno-prawnej. Z drugiej zaś – przepisy ustawy pzp wprowadziły w art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na wystąpienie konfliktu interesów.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 3 pzp zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Kolejnym istotnym przepisem dla przestrzegania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, wedle którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W celu zdefiniowania pojęć z zakresu prawa konkurencji, takich jak „porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji”, „grupa kapitałowa”, „czyn nieuczciwej konkurencji” czy „tajemnica przedsiębiorstwa” ustawa pzp odsyła do dwóch ustaw: z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> (dalej: uokik) oraz z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>3</sup> (dalej: uznk).

## II. Prawo zamówień publicznych a ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

### 1. Zmowa przetargowa

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Wykluczenie następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z interpretacją Urzędu Zamówień Publicznych przepis ten odnosi się zarówno do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, które zostały zawarte w postępowaniu, w którym jest składana oferta (lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jak również do tych, które zostały zawarte w innym postępowaniu. Przed nowelizacją przepisów możliwość eliminacji z postępowania wykonawców, którzy zawierali niedozwolone porozumienie naruszające konkurencję dawał jedynie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający mógł wykluczyć wykonawców na etapie oceny ofert. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp zamawiający może wykluczyć wykonawców, którzy zawierają porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji przez cały czas trwania

<sup>2</sup> T.j. Dz.U. 2018, poz. 798.

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. 2018, poz. 419.

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także przed złożeniem przez niego oferty, co dotychczas nie było możliwe na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Jest to szczególnie istotne w zamówieniach wieloetapowych (np. przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem), w których wykonawcy najpierw składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę wstępną lub ofertę. Podkreślić należy, że w odróżnieniu od art. 89 ust. 1 pkt 3, przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp odnosi się również do porozumień zawieranych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego niż to, w którym prowadzona jest procedura udzielenia zamówienia. UZP podkreśla, że „podstawą wykluczenia z postępowania w oparciu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp może być z pewnością decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o stwierdzeniu zмовы przetargowej, ale również w określonych sytuacjach wyrok sądu powszechnego lub Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzający istnienie takiego nieuprawnionego porozumienia”<sup>4</sup>.

Zmowy przetargowej dotyczy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Przepis stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Można mówić o zmowie przetargowej, kiedy uczestnicy przetargu ustalają między sobą warunki składanych ofert. Zmowa przetargowa może być zawarta zarówno pomiędzy uczestnikami przetargu, jak i między uczestnikami przetargu a jego organizatorem. Za zmovę przetargową uważana jest także sytuacja, w której zamawiający tworzy specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) pod konkretnego wykonawcę, który ma być wyłoniony jako zwycięzca przetargu. Z założenia postępowanie o udzielenie zamówienia ma zagwarantować, że zamawiający wybierze ofertę najbardziej korzystną pod względem finansowym i jakościowym. Jednakże w sytuacji, gdy dochodzi do zмовы przetargowej zamawiający może de facto zostać pozbawiony wyboru i zmuszony do wyboru oferty przygotowanej przez zamawiających się przedsiębiorców. Oferta ta może być zaś mniej korzystna niż ta, która zostałaby wyłoniona w warunkach uczciwej konkurencji. „Gdy przedsiębiorstwa, zamiast konkurować, zaczynają ze sobą współpracować”, ceny na ogół rosną, a jakość spada. Tracą na tym pozostali uczestnicy rynku. Po pierwsze dlatego, że to oni pokrywają różnicę między ceną ustaloną przez zamawiających się przedsiębiorców, a która ukształtowałaby się w wyniku nieskrępowanej gry rynkowej. Po drugie, odbiorcy za wyższą cenę otrzymują produkty lub usługi gorszej jakości. Przedsiębiorcy, którzy nie czują presji konkurentów, tracą bowiem motywację do zwiększania innowacyjności czy podnoszenia jakości” (Majewski i Stolarski, 2015, s. 43). Przedsiębiorcy stosują różne schematy zмовы. Do najczęstszych należą:

- 1) składanie oferty zabezpieczającej (*cover bidding*) – złożenie takiej oferty ma stwarzać pozory uczciwej konkurencji; o jej wystąpieniu można mówić, kiedy:
  - a) konkurencyjny wykonawca składa ofertę droższą od tej wytypowanej na zwycięską,
  - b) konkurencyjny wykonawca składa ofertę za drogą by mogła być przyjęta,

<sup>4</sup> Interpretacja znowelizowanych przepisów pzp przez UZP. Pozyskano z: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczące-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow-jak-należy-interpretować-przesłankę-wymienioną-w-art.-24-ust.-1-pkt-20-ustawy-pzp,-o-jakie-porozumienie-chodzi-czy-tylko-porozumienie-w-tym-postępowaniu,-czy-także-w-innym-postępowaniu,-w-którym-doszło-do-zawarcia-takiego-porozumienia->, dostęp: 13.06.2018 r.

- c) konkurencyjny wykonawca składa ofertę, która zawiera warunki niemogące być zaakceptowane przez nabywcę,
- 2) ograniczenie ofert przetargowych (*bid suppression*) – polega na tym, że dana firma nie bierze udziału w postępowaniu bądź wycofuje swoją ofertę, po to by została wybrana oferta innej firmy pozostającej w zmwowie;
  - 3) składanie ofert rotacyjnych (*bid rotation*) – polega na tym, że firmy pozostające w zmwowie po kolei składają swoje oferty przetargowe, a każda z nich kolejno zostaje wybrana jako zwycięzca. Firmy dzielą się zyskami;
  - 4) alokacja rynkowa (*market allocation*) – konkurenci dzielą rynek i ustalają, który z nich nie będzie składać ofert określonym klientom lub w obrębie danego obszaru geograficznego (więcej na ten temat: Sieradzka, 2015; a także Skubiszak-Kalinowska, 2011 czy Majewski i Stolarski, 2015, s. 43).

W doktrynie podkreśla się, że zapobieganiu zmwów służy możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego przewidziana w art. 46 ust. 4a pzp. Mianowicie w razie niedostarczenia przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 i 3a pzp oświadczeń, dokumentów bądź pełnomocnictw, bądź w razie niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki innej niż pisarska czy rachunkowa zamawiający może zatrzymać wadium. Wykonawca może się uchronić od utraty wadium, jeśli wykaże, że niedostarczenie żądanych dokumentów nastąpiło z niezależnych od niego przyczyn. Podkreślić należy, że wadium może być zatrzymane tylko temu wykonawcy, którego oferta, pomimo że najkorzystniejsza, nie może zostać wybrana.

Zamawiający jako organizator przetargu ma najpełniejszą wiedzę o postępowaniu i w związku z tym to on powinien zgłaszać każdy przypadek zaistnienia zmwowy do Prezesa UOKiK.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zajął się problematyką zamówień publicznych w raporcie: „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce” z września 2013 r. W raporcie tym wskazano m.in., że system zamówień publicznych jest regulowany nie tylko przepisami prawa polskiego, lecz także prawa unijnego oraz że zamówienia publiczne podlegają kontroli szeregu organów państwowych: Prezesa UZP, KIO, sądów, Prezesa UOKiK. Czynności kontrolne odnośnie do prawidłowości udzielania zamówień publicznych oraz możliwości występowania korupcji w zamówieniach publicznych przeprowadzają także Centralne Biuro Antykorupcyjne, Prokuratura czy Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego. UOKiK wskazał ograniczenia konkurencji w systemie zamówień publicznych, takie jak: nieuczciwa konkurencja, rażąco niska cena czy składanie więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę. Zwrócił także uwagę na problem z dostępem do przetargów, a wśród jego przyczyn wymienił krótki ustawowy termin na złożenie oferty, zbyt wysokie wymagania stawiane wykonawcom, zbyt precyzyjnie opisany przedmiot zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. Jeśli chodzi o zmwowy od wejścia w życie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK stwierdził kilkadziesiąt zmwów przetargowych (decyzje w tym zakresie są dostępne na stronie UOKiK: [https://decyzje.UOKiK.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf](https://decyzje.UOKiK.gov.pl/bp/dec_prez.nsf)). UOKiK odniósł się także do kwestii konsorcjów i pomocy publicznej. Podejście do oceny tworzenia konsorcjów zostało przyjęte w decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Nr RLU-38/2012.

## 2. Grupa kapitałowa

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp).

Definicja grupy kapitałowej znajduje się w art. 4 pkt 14 uokik. Zgodnie z treścią przepisu przez grupę kapitałową rozumie się p wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Do tej samej grupy kapitałowej należeć będą zatem przedsiębiorca dominujący i wszyscy przedsiębiorcy na których zachowania ma wpływ ten przedsiębiorca, chociażby wpływ ten wywierał za pośrednictwem innych zależnych od siebie podmiotów. Definicja przedsiębiorcy w uokik, znajdująca się w art. 4 pkt 1, jest bardzo szeroka i uznaje za przedsiębiorców nawet podmioty, które nie są przedsiębiorcami wedle ustawy – Prawo przedsiębiorców czy kodeksu cywilnego.

Definicja przejęcia kontroli znajduje się w art. 4 pkt 4 uokik. Zgodnie z tym przepisem, przez przejęcie kontroli rozumie się 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.

W wyniku nowelizacji ustawy pzp zmianie uległ sposób wykazywania przez wykonawców braku podstaw do wykluczenia ze względu na przynależność do tej samej grupy kapitałowej. UZP w swojej interpretacji<sup>6</sup> zwraca uwagę na to, że w przepisach obowiązujących przed dniem wejścia w życie nowelizacji, wykonawca był zobowiązany, na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy pzp, do złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 (odpowiednik art. 24 ust. 1 pkt 23 po nowelizacji) albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Obecnie na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy pzp, wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo od informacji z otwarcia ofert, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Wraz ze złożeniem oświadczenia wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie składane jest wtedy, gdy składający oświadczenie wie, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do złożenia oferty lub do prowadzenia dialogu (art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1 ustawy pzp) lub już złożyli oferty (art. 86 ust. 5 ustawy pzp) w tym samym postępowaniu. Jednocześnie UZP podkreśla, że przepis art. 24 ust. 11 ustawy pzp wskazuje termin o charakterze instrukcyjnym. Zatem po upływie 3 dni zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia ww. oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Za samo niezłożenie oświadczenia wykonawcy nie grozi sankcja, w szczególności w postaci wykluczenia. Natomiast to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 pkt 23 ustawy pzp. Zatem jeśli wykonawca nie złoży oświadczenia

<sup>6</sup> Interpretacja UZP. Pozyskano z: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow>; dostęp: 13.06.2018 r.

o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej zamawiający nie ma możliwości ocenić czy nie zachodzi w stosunku do tego wykonawcy przesłanka wykluczenia, określona w art. 24 ust. pkt 23 ustawy pzp. Wtedy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 zamawiający wyklucza tego wykonawcę z postępowania ustawy pzp z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

### III. Prawo zamówień publicznych a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

#### 1. Czyn nieuczciwej konkurencji

Czyn nieuczciwej konkurencji jest zdefiniowany w art. 3 ust. 1 uznk. Mianowicie, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji określa art. 3 ust 2 uznk. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności:

- wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa (art. 5, 6, 7 uznk),
- fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług (art. 8, 9 uznk),
- wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług (art. 10 uznk),
- naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 uznk),
- nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy (art. 12 uznk),
- naśladownictwo produktów (art. 13 uznk),
- pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie (art. 14 uznk),
- utrudnianie dostępu do rynku (art. 15 uznk),
- przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 15a uznk),
- nieuczciwa lub zakazana reklama (art. 16, 17 uznk),
- organizowanie systemu sprzedaży lawinowej (art. 17 c uznk)
- prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (art. 17 d uznk).

W rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk jako czyn nieuczciwej konkurencji mogą być traktowane także zmony.

Jak już było wskazane, zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oprócz odrzucenia oferty wykonawca może podlegać odpowiedzialności cywilnej i karnej. Odpowiedzialność cywilna może być dochodzona na zasadach ogólnych, natomiast ściganie przestępstw przewidzianych w uznk następuje na wniosek pokrzywdzonego, a wykroczeń na jego żądanie. Zatem ściganie nigdy nie następuje z urzędu. Zasady dochodzenia odpowiedzialności cywilnej są wskazane w rozdziale 3 uznk. Zgodnie z art. 18 ust. 1 w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać:

- 1) zaniechania niedozwolonych działań;
- 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań;
- 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;
- 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych;



- 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych;
- 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związanej ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

Z roszczeniami wymienionymi w art. 18 ust. 1 pkt 1–3 i 6 uznk może wystąpić także krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców. Należy zatem podkreślić, że organizacja nie w każdym przypadku może formułować swoje żądania. Na wniosek uprawnionego Sąd może orzec również o wyrobach, ich opakowaniach, materiałach reklamowych i innych przedmiotach bezpośrednio związanych z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji. Sąd może m.in. orzec o ich zniszczeniu lub zaliczeniu ich na poczet odszkodowania. Jeśli chodzi o ciężar dowodu to spoczywa on na podmiocie, któremu czyn nieuczciwej konkurencji został zarzucony. Roszczenia z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji ulegają przedawnieniu z upływem trzech lat. By powództwa o dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji nie stały się metodą eliminacji innych wykonawców z rynku ustawodawca wprowadził art. 22 uznk. Mianowicie w razie wniesienia oczywiście bezzasadnego powództwa z tytułu nieuczciwej konkurencji, sąd, na wniosek pozwanego, może nakazać powodowi złożenie jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Ponadto, jeśli u pozwanego na skutek bezzasadnego powództwa powstała szkoda, może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

Zasady odpowiedzialności karnej zawiera rozdział 4 uznk, który przewiduje odpowiedzialność za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, oznaczenie towarów wprowadzające w błąd i rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji. Zgodnie z brzmieniem art. 23, ten kto wbrew ciążącemu na nim obowiązкови w stosunku do przedsiębiorcy ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Takiej samej karze podlega ten, który uzyskuje bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 24 uznk za skopiowanie zewnętrznej postaci produktu lub wprowadzenie do obrotu tak skopiowanego produktu, co stwarza możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu i wyrządza poważną szkodę przedsiębiorcy, także grozi grzywna lub kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Zgodnie z art. 24a uznk za organizację systemu sprzedaży lawinowej lub kierowanie takim systemem grozi kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Art. 25 uznk przewiduje odpowiedzialność za niewłaściwe oznaczenie towarów. Zgodnie z jego brzmieniem, kto oznaczając lub wbrew obowiązкови nie oznaczając towarów albo usług, wprowadza klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów lub usług albo nie informuje o ryzyku, jakie wiąże się z korzystaniem z nich, i naraża w ten sposób klientów na szkodę, podlega karze aresztu albo grzywny. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy lub sprzedaży konsumentom towarów lub usług połączona z przyznaniem wszystkim albo niektórym nabywcom towarów lub usług nieodpłatnej premii, w postaci towarów lub usług odmiennych od stanowiących przedmiot sprzedaży (wyjątkiem jest przyznanie: towarów lub usługi o niewielkiej wartości lub próbki towaru

czy wygrane w loteriach promocyjnych, organizowanych na podstawie przepisów o grach hazardowych, lub konkursach, których wynik nie zależy od przypadku). Z żądaniem ścigania wykroczenia przewidzianego w art. 25 może wystąpić także krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców. Karze aresztu lub grzywny podlega także ten kto rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o przedsiębiorstwie, w szczególności o osobach kierujących przedsiębiorstwem, wytwarzanych towarach, świadczonych usługach lub stosowanych cenach albo o sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorstwa, w celu szkodenia przedsiębiorcy oraz ten kto, w celu przysporzenia korzyści majątkowej lub osobistej sobie, swojemu przedsiębiorstwu lub osobom trzecim, rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie lub przedsiębiorcy, w szczególności o osobach kierujących przedsiębiorstwem, wytwarzanych towarach, świadczonych usługach lub stosowanych cenach albo o sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub przedsiębiorstwa.

## 2. Tajemnica przedsiębiorstwa

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co ciekawe, przed zmianą pzp wprowadzoną w drodze uchwalonej 29 sierpnia 2014 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>7</sup> wykonawca na etapie składania ofert lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie był zobowiązany wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje faktycznie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero gdy zamawiający powziął wątpliwości odnośnie do tego czy informacje powinny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wzywał wykonawcę do wyjaśnień. Prowadziło to niejednokrotnie do sytuacji, w której wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa „na zapas”. W momencie, gdy inny wykonawca zarzucał mu zbyt szerokie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i składał odwołanie do KIO wykonawca, który wcześniej zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa nagle odtajniał praktycznie całość zastrzeżonej wcześniej dokumentacji. Celem działania wykonawcy, który nagle odtajniał treść dokumentacji było wykazanie bezprzedmiotowości odwołania złożonego przez przeciwnika i wytrącenie mu najmocniejszego zarzutu (bo przecież nie znając wcześniej treści oferty nie mógł postawić merytorycznych zarzutów ofercie, a jedynie zbyt szerokie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa). Odwołujący, uznając wtedy, że jego odwołanie jest bezprzedmiotowe wycofywał odwołanie. Zgodnie z orzecznictwem KIO<sup>8</sup> dla „wykazania”, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca

<sup>7</sup> Dz.U. 2014, poz. 1232.

<sup>8</sup> Tak m. in. wyr. KIO z 23.03.2017 r., KIO 421/17, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017\\_0421.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_0421.pdf), dostęp: 13.06.2018 r., wyr. KIO z 23.05.2017 r., KIO 917/17, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017\\_0917.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_0917.pdf), dostęp: 13.06.2018 r.

jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, lecz także udowodnić czy choćby uprawdopodobnić, zniszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. To od charakteru i rodzaju informacji oraz innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak również wykonawcy będzie zależało czy dla „wykazania” wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy<sup>9</sup>. Zatem to czy dane informacje będą mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie będzie indywidualnie rozpatrywane w danej sprawie.

### 3. Katalog otwarty

Należy podkreślić, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji zarówno w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w zamówieniach publicznych jest katalogiem otwartym. Oprócz czynów nazwanych i wymienionych w uznk, w zamówieniach publicznych znajdziemy także inne czyny nienazwane, wśród których można przywołać: ograniczanie możliwości korzystania z podwykonawstwa, nałożenie na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku spełnienia warunków udziału osobno czy nieuzasadniona zmiana sposób rozumienia zapisów SIWZ na etapie badania i oceny ofert. Także zmowa, o której co prawda mowa w uokik, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk.

## IV. Podsumowanie

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawiera wiele odniesień do pojęć z zakresu prawa konkurencji. Można w niej znaleźć odwołania do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na podstawie przepisów pzp zamawiający jest zobligowany do tego, by podczas postępowania zapewnić uczciwą konkurencję wśród ubiegających się o zamówienie wykonawców. W szczególności musi określić warunki udziału w postępowaniu wykonawców oraz opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, by były zgodne z zasadą uczciwej konkurencji. Zamawiający wyklucza wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli ich udział w nim zakłóca konkurencję. (art. 24 ust. 1 pkt 19, art. 24 ust. 1 pkt 20, art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp). Przed nowelizacją ustawy możliwość eliminacji z postępowania wykonawców, którzy zawierali niedozwolone porozumienie naruszające konkurencję dawał jedynie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Na jego podstawie zamawiający mógł wykluczyć wykonawców na etapie oceny ofert. Obecnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp zamawiający może wykluczyć wykonawców, którzy zawierają porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także przed złożeniem przez niego oferty, co dotychczas nie było możliwe na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Przepisy ustawy pzp wprowadziły w art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp także fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy

<sup>9</sup> Wyr. KIO z 29.03.2017 r., KIO 512/17, Legalis.

z postępowania z uwagi na wystąpienie konfliktu interesów – rozumianego jako sytuację, w której pracownicy zamawiającego lub usługodawcy działający w imieniu zamawiającego, biorący udział w prowadzeniu postępowania mają interes: finansowy, ekonomiczny lub osobisty, który zagraża ich bezstronności i niezależności w danym postępowaniu. Niewątpliwie jest to istotna zmiana sprzyjająca konkurencji i przeciwdziałaniu znikom przetargowym, która zapewnia większą spójność przepisów. Obecnie na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy pzp, wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo od informacji z otwarcia ofert przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Może warto, by ustawodawca wprowadził obowiązkowe dla każdego wykonawcy oświadczenie (podobnie jak dla grupy kapitałowej) o tym, że nie jest on w znowie z innymi wykonawcami biorącymi udział w danym postępowaniu. W takim przypadku, gdyby wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie, w tym zakresie, musiałby się spodziewać sankcji z kodeksu karnego o poświadczeniu nieprawdy.

W celu zdefiniowania pojęć „zmowa przetargowa” czy „grupa kapitałowa” pzp odsyła do uokik, natomiast w celu zdefiniowania pojęć „czyn nieuczciwej konkurencji” i „tajemnica przedsiębiorstwa” – do uznk. Zamówienia publiczne podlegają kontroli szeregu organów państwowych: Prezesa UZP, KIO, sądów, Prezesa UOKiK, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Prokuratury czy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Nowela nie wprowadziła zmian w zakresie relacji pomiędzy ustawą pzp, uokik i uznk – należy pamiętać, że „Izba może badać prawidłowość zastosowania przepisów innych ustaw, tylko, gdy ustawodawca zawarł w ustawie bezpośrednie odesłanie do nich tak jak przykładowo w art. 8 ust. 3, art. 14, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 139 ustawy”<sup>10</sup>. Niewątpliwie korzystna dla spójności i transparentności przepisów byłaby zmiana pzp w tym zakresie. Istotną zmianą pzp wnoszącą nową jakość w postępowaniach o zamówienia publiczne mogłaby być w przyszłości problematyka obowiązkowej atestacji SIWZ. Uwzględnienie tej problematyki służyłoby transparentności i ochronie uczciwej konkurencji.

## Bibliografia

- Majewski, K. i Stolarski, K. (2015). Niedozwolona współpraca. *Przetargi Publiczne*, 5.
- Sieradzka, M. (2015). *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skubiszak-Kalinowska, I. (2011). Zmowy wykonawców a zasada uczciwej konkurencji. *Przetargi Publiczne*, 3.

<sup>10</sup> Tak wyr. KIO z 7.03.2017 r., KIO 364/17, Legalis.