

Zmowy przetargowe – praktyczny przegląd rodzajów ryzyka.

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2018 r., XVII AmA 26/16

Słowa kluczowe: domniemanie faktyczne; dowód pośredni; zmowa przetargowa.

JEL: K21

- 1. Rację ma Prezes UOKiK, twierdząc, że wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, ponieważ podmioty, które dopuszczają się takich działań, mają świadomość ich nielegalnego charakteru, zwykle tuszują swe porozumienie. Osobne wystąpienie każdej z wymienionych okoliczności nie daje podstaw do uznania, że pomiędzy powodem i zainteresowanym doszło do zawarcia porozumienia. Z tego względu w razie braku bezpośrednich dowodów stosowania praktyk ograniczających konkurencję, na podstawie art. 81 uokik możliwe jest zastosowanie art. 231 k.p.c., zgodnie z którym fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy mogą zostać uznane za ustalone, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Oznacza to, że w przypadku braku dowodów bezpośrednich fakt zawarcia zakazanego porozumienia można uznać za udowodniony, jeżeli stwierdzonego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić inaczej niż przez uzgodnienie ich zachowań na rynku.*
- 2. Istnienie porozumienia należy oceniać na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, przesłanek i rezultatów, których łączne wystąpienie wskazuje na stosowanie niedozwolonej praktyki rynkowej polegającej na uzgodnieniu przez nich warunków składanych ofert.*

Omawiany wyrok dotyczy weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK z 14 grudnia 2015 r., RKT-14/2015 stwierdzającej zawarcie przez dwóch przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku wykonywania robót budowlano-remontowych, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargów publicznych warunków składanych ofert oraz podejmowania bądź zaniechania w tych postępowaniach czynności mających doprowadzić do wyboru tego z przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia. Kara nałożona na ww. przedsiębiorców przekroczyła łącznie 500 tys. zł. W wyroku SOKiK zasadniczo w całości podziela ustalenia Organu antymonopolowego, co do istnienia zmowy przetargowej i jej okoliczności.

* Radca prawny w Kancelarii Modzelewska & Paśnik w Warszawie. E-mail: antonina.falandysz@modzelewskapasnik.pl.

Wyrok ten jest jednym z kilku podobnych rozstrzygnięć w praktyce SOKiK, przy czym jest on istotny z uwagi na fakt, że został wydany w procesie wyłącznie poszlakowym. Zarówno zaskarżona decyzja Prezesa UOKiK, jak i wyrok SOKiK nie opierają się na dowodach bezpośrednich zawarcia porozumienia, a w całości na poszlakach (tj. wnioskach wyciągniętych z innych ustalonych faktów – zgodnie z art. 231 k.p.c.). Nie jest to z punktu widzenia systemowego zaskakujące, gdyż przyjmuje się, że przy ocenie zmów przetargowych obowiązują obniżone standardy dowodowe. W istocie, wykazanie tych praktyk jest trudne dowodowo, wobec czego „dopuszczalna jest ocena na podstawie rezultatów, przesłanek i całokształtu okoliczności sprawy” (wyr. SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., XVII AmA 117/0). Należy jednak pamiętać, że tego rodzaju procesy, właśnie z uwagi na brak twardych dowodów zmowy, stanowią istotne zagrożenie z punktu widzenia arbitralności oceny organu, a standard dowodowy wymyka się sztywnym ramom.

W tym miejscu warto przypomnieć, że na gruncie art. 231 k.p.c. fakt domniemany nie wymaga dowodzenia, przy czym „[...] domniemanie faktyczne powinno być zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego” (por. np. wyr. SN z 27 lipca 2010 r., II CSK 119/2010, LexisNexis nr 2452363). Jak wskazuje się w literaturze, istotę domniemania faktycznego należy scharakteryzować w następujący sposób:

*Niejednokrotnie fakty stwierdzone początkowo w postępowaniu sądowym nie stanowią bezpośrednio podstawy wnioskowania co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (...). W takich przypadkach sędzia zmuszony jest do przeprowadzenia bardziej złożonych rozumowań. Mianowicie niewątpliwie ustalone dotychczas w procesie fakty, zwane faktami poszlakowymi, czyli poszlakami, stara się wyjaśnić przez postawienie na podstawie posiadanej wiedzy hipotez konkurencyjnych (...), wyjaśniających te fakty. Po sformułowaniu takich konkurencyjnych hipotez szuka się dalszych ich następstw, a więc sprawdza się te hipotezy, czy to w świetle faktów dotychczas ustalonych w postępowaniu, czy też badając dalsze fakty. Jeżeli uda się znaleźć fałszywe następstwa dla każdej z konkurencyjnych hipotez oprócz jednej, dla której znajdowano jedynie następstwa prawdziwe, to tę jedyną nie obaloną hipotezę przyjmujemy jako należycie uzasadniony wniosek redukcyjny (...) ze zdań o faktach poszlakowych. **Oczywiście póki fakty poszlakowe dadzą się wyjaśnić przez dwie różne hipotezy konkurencyjne nie ma podstaw do uznania którejś z nich za prawdziwą** (Ziemiński, 2000, s. 222–224) [podkr. wł.].*

O standardzie w tym zakresie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 lipca 2016 r., KIO 1074/16: „(...) z uwagi na trudności w udowodnieniu zmowy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmowy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek – o znowie przetargowej, zaś

inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego”.

A zatem, oparte na domniemaniach faktycznych rozumowanie powinno w sposób wszechstronny i logiczny rozważyć wszystkie okoliczności sprawy, a w szczególności należy uwzględnić czy nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie faktu zawarcia porozumienia.

Zasadniczym problemem, jaki jawi się na tle postępowań poszlakowych, jest to do jakiego stopnia, w braku bezpośrednich dowodów, ocena praktyki z punktu widzenia ustalonych w sprawie okoliczności może prowadzić do wniosku, że zachowania przedsiębiorców świadczą o zawarciu niedozwolonego porozumienia, w sytuacji, gdy istnieje inne logiczne i spójne wyjaśnienie.

Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z ugruntowanym już poglądem, postępowanie przed Prezesem UOKiK, jak i sądowa weryfikacja decyzji wydawanych przez organ (w szczególności tych nakładających karę pieniężną), musi odbywać się z uwzględnieniem standardów EKPC, a w szczególności wynikających z jej art. 6 (zob. wyr. SN z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/10; wyr. SN z 21 września 2010 r., III SK 8/10), a w konsekwencji, że w sprawach dotyczących nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców zastosowanie mają chociażby takie fundamentalnych zasady prawa karnego, jak zasada domniemania niewinności, zasada *in dubio pro reo*, czy też zasada ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (zob. wyr. Sądu z 5 października 2011 r., T-11/06 *Romana Tabacchi Srl v. Komisja*¹, pkt 129, 132).

Powyższe zasady znajdują wyraz również w standardzie dowodu, obowiązującym organy antymonopolowe. Uznaje się, bowiem, że nie jest on w sposób należyty wypełniony, jeżeli istnieje inne wiarygodne wytłumaczenie (uzasadnienie), które wyłącza naruszenie. W wyroku z 21 stycznia 1999 r. w sprawach połączonych T-185/96, T-189/96 i T-190/96 *Riviera Auto Service v. Komisja*², Sąd Pierwszej Instancji wskazał, że: „To do Komisji należy zgromadzenie wystarczająco precyzyjnego i spójnego dowodu na poparcie uzasadnionego przekonania, że zarzucane naruszenia powodują znaczące ograniczenie konkurencji w znaczeniu art. 85(1) Traktatu [obecnie art. 101 ust. 1 TFUE – przyp. wł.]. Ten wymóg nie jest spełniony w szczególności wtedy, gdy istnieje wiarygodne wyjaśnienie zarzuczanych działań niedozwolonych, które wyłącza naruszenie wspólnotowych reguł konkurencji (sprawy połączone 29/83 i 30/83 *CRAM & Rheinzink* przeciwko Komisji [1984], Zb. Orz. 1679, pkt 16 i nast.)”.

Powyższe oznacza, że organ (a następnie Sąd) powinien dokonywać swojej oceny w każdym przypadku z uwzględnieniem wyjaśnień stron, które mogą być racjonalne nawet w świetle przyjętej przez organ „wersji zdarzeń”. Ustalenia Prezesa UOKiK nie mogą opierać się na domysłach, wynikających z przyjętego *a priori* założenia, że zaistniałych faktów nie da się wyjaśnić inaczej niż poprzez istnienie antykonkurencyjnego porozumienia. Interpretacji poszczególnych faktów organ nie może dokonywać w ten sposób, aby potwierdzały z góry założoną tezę o istnieniu naruszenia.

W praktyce jednak trudno jest pogodzić ww. rygory *modus operandi* organów z „prawdziwym życiem”. Niektóre sytuacje czy zdarzenia, które nie wynikają z podjęcia przez przedsiębiorców działań zmierzających do osiągnięcia celu sprzecznego z regułami konkurencji, w następczej ocenie Prezesa UOKiK lub SOKiK mogą nabrać antykonkurencyjnego wymiaru.

¹ ECLI:EU:T:2011:560.

² ECLI:EU:T:1999:8.

Z omawianego wyroku dowiadujemy się, że w analizowanej sprawie występują okoliczności, których osobne wystąpienie wprawdzie nie daje podstaw do uznania, że pomiędzy stronami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, jednak ich łączna ocena prowadzi do takiego wniosku. Jednocześnie w stosunku do każdej z inkryminowanych okoliczności przedsiębiorcy przedstawili swoje wyjaśnienia, które nie wpisywały się w przyjętą przez organ ocenę. Ocena organu została uznana za prawidłową, spójną, zgodną z zasadami logicznego myślenia i praktyką orzeczniczą.

Poniżej omówione zostanie kilka z tych okoliczności, przy czym celem omówienia nie jest polemika z ustaleniami Prezesa UOKiK czy SOKiK, a zasygnalizowanie zainteresowanym przedsiębiorcom, jakie rodzaje ryzyka mogą wiązać się z podjęciem określonych działań lub zorganizowaniem swojego biznesu, w szczególności w przypadku bliskiej współpracy gospodarczej z przedsiębiorstwem konkurencyjnym. Być może ułatwi to zrozumienie podejścia Prezesa UOKiK do zmów przetargowych i zabezpieczenie się przed ewentualnymi zarzutami.

SOKiK przyjął, że doszło do zмовy m.in. na podstawie faktu, że oferty obu przedsiębiorców były składane, a informacja z CEIDG ich dotyczące były generowane **w tym samym czasie**, jak również, że pisma nosiły tę samą datę i były składane w tym samym terminie. Jednocześnie SOKiK nie uwzględnił wyjaśnień przedsiębiorcy, zgodnie z którymi fakt ten wynika z zatrudnienia tego samego pracownika do przygotowywania dokumentów składanych w postępowaniach przetargowych. Skarżący przedsiębiorca wyjaśnił, że pracownik ten zobowiązany był do zachowania poufności, a cena wpisywana była przez każdego z przedsiębiorców osobno, natomiast w każdym razie takie zorganizowanie procesu obsługi zamówienia wyjaśnia zbieżność czasową. Ostatecznie, fakt zatrudniania tego samego pracownika do przygotowywania dokumentacji przetargowej, został uznany za przejaw zмовy, a to z uwagi na nieracjonalność takiego działania. Organ przyjął, że podmioty, które ze sobą konkurują nie powierzają złożenia ofert przez tę samą osobę, z uwagi na ryzyko zapoznania się konkurenta z treścią oferty. Nie analizując czy tego rodzaju rozwiązanie organizacyjne było w świetle okoliczności sprawy uzasadnione gospodarczo, przede wszystkim można się zastanawiać czy powierzenie przygotowania ofert jednemu podmiotowi samo w sobie jest niedopuszczalne, czy wymaga podjęcia odpowiednich środków organizacyjnych zapewniających np. brak przepływu informacji dotyczących warunków ofert czy niezależność w ich przygotowaniu. Założenie o niedopuszczalności *per se* pierwszego przypadku wydaje się zbyt daleko idące. Może być bowiem tak, że przygotowanie dokumentacji obejmuje jedynie oprawę formalną, natomiast „wkład” do ofert w postaci warunków handlowych jest ustalany autonomicznie na poziomie powierzających podmiotów. I takie ukształtowanie, co do zasady nie musi stać w sprzeczności z zakazami na gruncie antymonopolowym, nawet pomimo formalnego zatrudnienia osoby przygotowującej oferty przez te same podmioty. Wówczas wydaje się, że postawienie zarzutu wymagałoby wykazania przez Organ, że istnieją dodatkowe (oprócz zatrudnienia i przygotowania ofert przez tę samą osobę) okoliczności, które świadczą o dokonywaniu antykonkurencyjnych ustaleń.

W praktyce jednak organy antymonopolowe sceptycznie podchodzą do tego rodzaju konfiguracji. Jeśli podmiot, który przygotowuje ofertę dla dwóch niezależnych podmiotów, będący jednocześnie pracownikiem jednego z nich (albo obu), uzyska informacje o warunkach ofert, to można wówczas zakładać, że Organ będzie poszukiwał przepływu informacji, które mają

charakter strategiczny. Jeżeli Strony nie wykażą, że pomiędzy nimi nie dochodzi w żadnym zakresie do przepływu informacji (co jest trudne biorąc pod uwagę zatrudnienie osoby dla podmiotów o przeciwstawnych interesach gospodarczych), to Organ może nie poprzestać na akceptacji wyjaśnień stron.

Założenie o przepływie informacji i ich wykorzystaniu przez przedsiębiorców przyjął w omawianej sprawie Prezes UOKiK (a za nim Sąd). Prezes UOKiK nie uznał za wystarczający argumentu stron, że pracownik zobowiązany był do zachowania poufności i przygotowywał oferty bez przekazywania wzajemnie informacji o cenach. I choć z punktu widzenia przedsiębiorców obowiązek poufności miał zabezpieczać niezależność gospodarczą, został uznany za niewystarczający (nie determinując czy w istocie do przepływu informacji dochodziło). A zatem, w sytuacji posiadania wspólnego personelu istnieje wysokie ryzyko uznania, że doszło do uzgodnienia warunków składanych ofert. Nawet jeśli nie jest to merytoryczne opracowanie ofert, samo powzięcie wiadomości o oferowanych warunkach może stanowić okoliczność inkryminującą dla przedsiębiorcy, a w każdym razie może to być poczytywane jako przejaw koordynacji.

Czy zatem można zabezpieczyć się w odpowiedni sposób, wprowadzając np. odpowiednie środki organizacyjne lub faktyczne tak, aby zapewnić, że przygotowanie ofert przez ten sam podmiot nie będzie naruszać reguł konkurencji? Warto w tym miejscu przywołać inną decyzję Prezesa UOKiK z 25 października 2013 r., RWR-31/2013, w której uznał, że współpraca przedsiębiorców z tą samą kancelarią prawną stanowiła przesłankę uzasadniającą wniosek o trwającej koordynacji w działaniach przygotowawczych do przetargu, choć z treści wyjaśnień zainteresowanych przedsiębiorców i samego pracownika kancelarii wynikało, że kancelaria wykonywała na rzecz ww. podmiotów usługi polegające na przygotowaniu umów konsorcjum, dokumentów związanych ze wspólnym udziałem spółek w przetargu, w tym dokumentów pełnomocnictw. W decyzji tej nie zostało uwzględnione, że informacje przekazywane radcy prawnemu/adwokatowi w związku ze świadczeniem przez niego pomocy prawnej objęte są tajemnicą zawodową. Nie zostały również przedstawione jakiegokolwiek dowody wskazujące na to, aby złamane zostały reguły etyki zawodowej czy doszło do jakiegokolwiek przepływu informacji. A zatem, nawet powierzenie przygotowania ofert podmiotowi niezależnemu od zainteresowanych przedsiębiorców, który może zapewnić brak przepływu jakichkolwiek informacji poufnych, w tym przede wszystkim warunków ofertowych może się wiązać z ryzykiem. Praktyka tzw. czarnej skrzynki (*black box*) jest powszechnie stosowanym zabezpieczeniem, np. w przypadku przygotowywania się do koncentracji przedsiębiorców. Natomiast z tego wynika, że w przypadku spraw dotyczących zmwów przetargowych może okazać się niewystarczająca.

SOKiK jako okoliczność świadcząca o zmozie przyjął również przedstawianie na potrzeby wykazania posiadanego doświadczenia przez przedsiębiorcę, którego cena była wyższa, dokumentów dotyczących wykonania robót budowlanych w ramach konsorcjum z drugim uczestnikiem zarzucanej zmozy. W tym zakresie warto zauważyć, że taka okoliczność nie była podnoszona przez Prezesa UOKiK. Organ bowiem przyjął, że przejawem zmozy było nie tyle samo przedstawienie w ramach doświadczenia zamówień wykonanych w konsorcjum z drugim uczestnikiem, a właśnie brak przedstawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, co jednak w ocenie organu było możliwe, gdyż dokument taki przedstawił właśnie drugi uczestnik rzekomej zmozy (dokument wskazywał na spełnienie warunku

doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej wraz z drugim przedsiębiorcą – jako konsorcjum firm). O ile więc ewentualne celowe nieprzedłożenie stosownych dokumentów i/lub nieuzupełnienie braków może w określonych okolicznościach wskazywać na istnienie pewnej strategii, o tyle sam fakt polegania na doświadczeniu drugiego uczestnika przetargu nie uzasadnia wniosku o antykonkurencyjnej współpracy. Działanie takie nie jest niedopuszczalne na gruncie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³, tj. w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów (w tym w ramach konsorcjum), z zastrzeżeniem faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Co więcej, pytanie czy wnioski tego rodzaju można wyciągnąć po prostu z faktu współpracy gospodarczej przedsiębiorców. Kolejną bowiem przesłanką zawarcia porozumienia zidentyfikowaną przez Prezesa UOKiK była okoliczność, że przedsiębiorcy są współnikami w trzech spółkach cywilnych. Z tego faktu organ, a następnie SOKiK wywiodły, że przedsiębiorcy nie rywalizowali ze sobą w przetargach. Co istotne, organ nie przedstawił żadnych dowodów na to, że w ramach współpracy opartej na spółce cywilnej między przedsiębiorcami dochodziło do jakichkolwiek ustaleń. Wniosek o antykonkurencyjnym porozumieniu oparty został jedynie na fakcie prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej, a więc ścisłej współpracy. Organ, a następnie Sąd, domniemuje zatem znowę z samego istnienia powiązań organizacyjno-osobowych, przy czym w żadnym zakresie nie zostają zbadane ewentualnego podziału zadań czy sposobu podejmowania decyzji przez obu przedsiębiorców. Wydaje się, że organ i Sąd utożsamiają przejaw normalnego zjawiska, jakim jest współpraca w ramach różnych form organizacyjno-prawnych z działaniami mającymi dowodzić antykonkurencyjnej koordynacji. Jednocześnie nie zostały uwzględnione wyjaśnienia przedsiębiorców, że ta współpraca nie obejmowała antykonkurencyjnych uzgodnień.

Należy przypomnieć, że dla stwierdzenia istnienia praktyki polegającej na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia zasadniczym elementem jest wykazanie, iż pomiędzy stronami doszło w istocie do poczynienia uzgodnienia. Przyjmuje się, że dowód na istnienie pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE musi opierać się na istnieniu (i udowodnieniu) zgodnych oświadczeń woli zmawiających się przedsiębiorców, co do stosowania określonej praktyki. Należy przy tym wyjaśnić, że zgoda stron na określone zachowanie może być nie tylko wyraźna, lecz także dorozumiana (por. wyr. SPI z 26 października 2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer v. Komisja (Adalat)*⁴, pkt 71, 111, 173). W konsekwencji, bez wykazania przez organ antymonopolowy elementu uzgodnienia (bez względu na jego na formę) niedopuszczalne jest uznanie, że doszło do zawarcia porozumienia, które zakłada zgodną wolę stron co do podjęcia określonych działań. Przy tym w ramach oceny istnienia porozumienia konieczne jest przeprowadzenie szczegółowej analizy charakteru relacji łączących zainteresowane podmioty.

Przy tak określonych przesłankach wydaje się, że organ nie powinien poprzestać na ustaleniu faktu prowadzenia współpracy gospodarczej, ale powinien – z zachowaniem obowiązującego go standardu – ustalić przedmiot tej współpracy, w tym wszelkie ewentualne przesłanki dokonywania w jej ramach niedozwolonych uzgodnień. W braku dokonania tego rodzaju ustaleń

³ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 53 ze zm.

⁴ ECLI:EU:T:2000:242.

sama okoliczność, że przedsiębiorcy współpracują na gruncie biznesowym jeszcze nie uzasadnia możliwości przypisania takiej współpracy antykonkurencyjnego wymiaru. W każdym razie nie powinna być to okoliczność obciążająca przedsiębiorców. Natomiast w praktyce wszelkie powiązania personalne, organizacyjne i faktyczne mogą być przez Organ poczytywane jako element ewentualnego antykonkurencyjnego działania i wpisują się często w linię interpretacyjną organu.

Na koniec, jako zasadniczą okoliczność składającą się w ocenie SOKiK (współ z innymi, w tym również omówionymi powyżej), naruszenie stanowił fakt, że wysokość cen podanych w ofertach przedsiębiorców była zbliżona. W ocenie Prezesa UOKiK, niewielkie różnice w cenach ofertowych wskazują, że strony „ustalały wartość składanych przez siebie ofert tak, aby zapewnić sobie dwa pierwsze miejsca w rankingu ofert” (s. 18 decyzji). W omawianym przypadku nie został przez organ opisany szczególnie spójny schemat występowania przez strony w przetargach. Przedsiębiorcy osiągnęli 1. i 2. pozycję (co miało miejsce w dwóch z kilku przypadków), następnie przedsiębiorca oferujący niższą cenę nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i/lub nie przedstawił niektórych wymaganych dokumentów, doprowadzając do wykluczenia oferty. Przy czym ostatecznie obaj przedsiębiorcy zostali wykluczeni. Pomijając w tym miejscu, że w innej części decyzji organ wskazał, że w niektórych postępowaniach różnice w ofertach sięgały kilkuset tysięcy (co może wykluczać możliwość „obstawienia” dwóch pierwszych miejsc), można się zastanawiać na ile zbliżone ceny mogą rzeczywiście świadczyć o zмовie, w braku jednoznacznych dowodów wskazujących na antykonkurencyjne działanie. Podobieństwo niezależnych ofert może wynikać z podobnego potencjału, funkcjonowania w podobnych warunkach rynkowych czy nawet korzystania z tych samych podwykonawców. Jeśli istnieje ewentualne uzasadnienie dla składania zbliżonych ofert, a strony zaprzeczają dokonywaniu jakichkolwiek uzgodnień, to organ staje przed trudnym zadaniem. Decydujące znaczenie będzie miało wówczas istnienie innych okoliczności, z których łącznie można wyprowadzić jedynie wniosek o zмовie przetargowej. W analizowanej sprawie takie okoliczności w ocenie Prezesa UOKiK stanowiły: podobieństwo skonstruowania i te same daty pism, brak niektórych dokumentów, niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz dysponowanie tymi samymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z tych okoliczności łącznie organ wywiódł istnienie zмовy, odrzucając wersję zdarzeń przedstawioną przez przedsiębiorców, w których wskazywali przede wszystkim na brak wzajemnej koordynacji.

W praktyce, za okoliczności, które mogą budzić największe podejrzenia uznaje się np. sytuację, w której ta sama firma zawsze wygrywa daną kategorię przetargu, a inne zawsze przedstawiają ofertę przegrywającą, dane podmioty na przemian wygrywają przetargi, niektóre oferty znacznie przekraczają budżet i nie są uzasadnione ekonomicznie, mniejsza ilość podmiotów przystępuje do przetargu, ten sam podmiot składa na określone postępowania wyższe oferty niż na inne, ceny ofertowe maleją, gdy w przetargu uczestniczy nowy lub rzadziej przystępujący podmiot, zwycięzca powierza podwykonawstwo podmiotom, które złożyły przegrywające oferty, dany podmiot wycofuje ofertę, a następnie zostaje mu powierzone podwykonawstwo przez zwycięzcę przetargu.

Omówione okoliczności faktyczne (łącznie z innymi) Prezes UOKiK, a następnie Sąd, uznały za wystarczające do skonstruowania na ich podstawie stanu faktycznego, zgodnie z którym

strony postępowania zawarły antykonkurencyjne porozumienie, koordynując swoje działania. Niezależnie od okoliczności konkretnego przypadku, ta i inne sprawy dają wskazówki odnośnie do tego, na co należy zwrócić szczególną uwagę, prowadząc współpracę biznesową. Nawet jeśli strony nie mają intencji naruszenia, ich zachowania mogą w określonych okolicznościach zostać ocenione negatywnie przez Prezesa UOKiK. Zmowy przetargowe należą do priorytetów polityki Prezesa UOKiK. Stanowią one również przestępstwo na gruncie art. 305 k.k. Warto zatem działać prewencyjnie i w odpowiednich sytuacjach poszukiwać wsparcia prawnego.

Bibliografia

Ziemiński, Z. (2000). *Logika praktyczna*. Warszawa: PWN.