

zmowy przetargowe



© Copyright by Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
Tel. 022 55 60 800
www.uokik.gov.pl
uokik@uokik.gov.pl

ISBN 978-83-60632-35-2



zmowy przetargowe

Spis treści

1.	Przetarg: konkurencja między dostawcami	3
2.	Ochrona konkurencji w Polsce	5
3.	Zmowa przetargowa: współpraca zamiast konkurencji	9
	Rezygnacja z przetargu	9
	Składanie ofert komplementarnych	9
	Rotacja ofert	9
	Podział zysku	9
	Podział rynku	9
4.	Zmowa – i co dalej?	10
	Postępowanie administracyjne	10
	Kary finansowe	11
	Leniency: jak uniknąć kary?	13
5.	Jak się bronić przed znową?	15
	Przed rozpisaniem przetargu	15
	Przy określaniu warunków zamówienia i organizowaniu przetargu	15
	Po otwarciu ofert	16
6.	Co robić w sytuacji podejrzenia, że uczestnicy przetargu działali w znowie?	18
7.	Przykłady działań Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących znow przetargowych	19
	Oczyszczanie ulic Poznania w 2003 roku: znowy przetargowe	19
	Dzierżawa infrastruktury do cumowania statków pasażerskich na Wiśle w 2004 roku: znowa przetargowa	20
	Dostawa tlenu medycznego dla szpitala w Katowicach: brak znowy przetargowej	21
	Zakup pianki fenolowej przez kopalnię: brak znowy przetargowej	21

Częścią ochrony dziedzictwa igrzysk olimpijskich jest zapewnienie ich przejrzystości finansowej. W wyniku uczciwej rywalizacji o zlecenia zyskują nie tylko zwycięzcy oferencji, ale przede wszystkim – interes publiczny. Oto dlaczego nasze wezwania do składania ofert zawierają klauzulę żadnych zmów, a zatem wymóg, by przedsiębiorcy przygotowywali swe oferty niezależnie.

Kenneth Bagshaw, główny prawnik Komitetu Organizacyjnego
Zimowych Igrzysk Olimpijskich Vancouver 2010

1. Przetarg: konkurencja między dostawcami

„Najlepszą gwarancją dla piwosza, że napije się piwa, jest chciwość piwowara” – to stwierdzenie Adama Smitha, twórcy ekonomii liberalnej, jest powszechnie znane i często cytowane. Rozwinął je Robert Gwiazdowski w tekście napisanym na 15-lecie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹: „Najlepszą gwarancją, żeby piwo było dobre i niezbyt drogie, jest istnienie innych piwowarów”.

Odnosząc powyższe do przetargów, można stwierdzić, że najlepszą gwarancją dla zamawiającego, że znajdzie dostawcę towarów czy usług, jest chciwość tego ostatniego. Aby natomiast owe towary czy usługi były możliwie dobre i zarazem możliwie tanie, konieczne jest istnienie innych dostawców. Innymi słowy, potrzebna jest konkurencja.

Wybór dostawcy w trybie przetargu ma zagwarantować, że wyłoniona zostanie oferta najbardziej korzystna pod względem finansowym. Jest to możliwe tylko w sytuacji, gdy o zamówienie stara się wielu niezależnych przedsiębiorców, którzy nie tylko nie są ze sobą powiązani, lecz również nie znają nawzajem swoich ofert. Tylko wówczas oferenci mają motywację, by obniżyć ceny w nadziei, że przebiją rywali i zdobędą zamówienie. A zatem – parafrazując Smitha – tylko konkurencja między dostawcami sprawia, że ich „chciwość” w ostatecznym rozrachunku służy organizatorowi przetargu.

Przykład 1: obniżenie kosztów w wyniku przetargu

Alfa² jest stowarzyszeniem zajmującym się rozwijaniem u młodzieży twórczości, kreatywności i zainteresowania sztuką. Między innymi organizuje warsztaty fotograficzne dla nastolatków z różnych miejscowości. Do przeprowadzenia takich zajęć konieczne są specjalistyczne materiały, na przykład negatywy wielkoformatowe, klisze odwracalne, slajdy czarno-białe itp. Na ogół przed każdymi warsztatami przedstawiciel stowarzyszenia wybierał się do najbliższej hurtowni fotograficznej Beta i nabywał wszystko, co było potrzebne do przeprowadzenia warsztatów.

Ponieważ jednak stowarzyszenie rozwinęło swoją działalność i prowadziło coraz więcej szkoleń, zarząd postanowił ogłosić przetarg na dostawę materiałów fotograficznych do obsługi wszystkich imprez w danym roku. Oprócz hurtowni Beta, z którą współpracowano dotychczas, zgłosiły się jeszcze dwie firmy, Gamma i Delta.

W wyniku przetargu, który wygrała firma Gamma, stowarzyszenie uzyskało znaczną obniżkę kosztów – w zależności od asortymentu sięgała ona od 25 do 35 proc. Co więcej, udało się wynegocjować bezpłatną dostawę materiałów na miejsce każdego warsztatu.

Niekiedy jednak przedsiębiorcy pojmują „chciwość” nieco inaczej niż czynił to Smith. Zamiast konstruować swe oferty samodzielnie, zmagają się z innymi uczestnikami przetargu. Rezygnują zatem z konkurowania na rzecz współpracy. W tym momencie sens przetargu staje pod znakiem zapytania. Jego istotą jest przecież możliwość wyboru najkorzystniejszej spośród wielu propozycji. Tymczasem w sytuacji, gdy uczestnicy przetargu zmagają się, de facto składają jedną, z góry wspólnie ustaloną ofertę. W skrajnej sytuacji, gdy w porozumieniu uczestniczą wszyscy przedsiębiorcy ubiegający się o zamówienie, zamawiający zostaje praktycznie pozbawiony wyboru. Może jedynie zaakceptować ofertę przygotowaną przez zmagających się dostawców, mniej korzystną niż ta, która zostałaby wyłoniona w warunkach realnej konkurencji między uczestnikami przetargu.

Przykład 2: zmowa uczestników przetargu

W następnym roku stowarzyszenie Alfa (por. Przykład 1) znów rozpisało przetarg na dostawę materiałów fotograficznych. Ponownie wzięły w nim udział firmy Beta, Gamma i Delta. Ku zdziwieniu organizatorów zaoferowane

¹ Gwiazdowski R., O zaletach konkurencji i potrzebie jej efektywnej ochrony. W: C. Banasiński (red.), „Ochrona konkurencji i Konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)”. Warszawa 2005.

² Wszystkie przykłady oznaczone greckimi literami alfabetu są ilustracjami stworzonymi na potrzeby niniejszej publikacji i nie należy ich łączyć z żadnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku.

ceny znacznie różniły się od tych sprzed roku. Beta i Gamma złożyły niemal identyczne oferty, wyższe o ponad 40 proc. od ubiegłorocznych. Wybrano więc propozycję firmy Delta, która była najkorzystniejsza. Jednak w porównaniu z poprzednim rokiem stowarzyszenie zapłaciło za materiały średnio o 20 proc. więcej.

W kolejnym roku sytuacja powtórzyła się, z tym że najkorzystniejszą propozycję przedstawiła Beta, zaś oferty firm Gamma i Delta – znacznie wyższe – praktycznie się od siebie nie różniły.

Tym razem stowarzyszenie złożyło zawiadomienie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów³. Po przeprowadzeniu postępowania okazało się, że firmy Beta, Gamma i Delta od dwóch lat były w znowie i uzgadniały szczegóły składanych przez siebie ofert.

Aby zapobiec takim sytuacjom, konieczne jest istnienie przepisów chroniących konkurencję. Regulacje tego rodzaju – zwane antymonopolowymi lub antytrustowymi – istnieją we wszystkich rozwiniętych gospodarkach świata. Przyjęcie przepisów chroniących konkurencję wynika z konstatacji, że tylko nieskrępowana rywalizacja dostawców o względy odbiorcy – nieistotne, czy jest nim konsument, przedsiębiorca czy instytucja państwowa – zapewni temu ostatniemu możliwie dobre towary lub usługi po możliwie niskiej cenie.

W sytuacji, gdy firmy 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 taką, 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.

Z tych powodów konkurencja jest w Polsce i na świecie chroniona prawnie, aby zapewnić wszystkim uczestnikom rynku maksimum korzyści przy minimalnych kosztach. Ale nie tylko dlatego. Konkurencja jest paliwem gospodarki. Rywalizując ze sobą, przedsiębiorcy zwiększają wydajność, racjonalizują koszty, zwiększają innowacyjność i w ten sposób przyczyniają się do rozwoju społeczeństwa. Im bardziej gospodarka jest konkurencyjna, tym szybciej się rozwija – z korzyścią dla wszystkich. Z kolei im mniej gry rynkowej, tym rozwój wolniejszy. W skrajnych przypadkach rywalizacja dostawców o względy odbiorców zmienia się w konkurowanie konsumentów o względy dostawców. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w PRL-u i wiadomo, jak się ona skończyła.

Dlatego muszą istnieć przepisy chroniące konkurencję, w tym szczególny jej przypadek – konkurencję między przedsiębiorcami składającymi oferty przetargowe.

³ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) – centralny organ administracji rządowej odpowiedzialny za ochronę konkurencji. Więcej o Urzędzie na stronie www.uokik.gov.pl.

2. Ochrona konkurencji w Polsce

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje kwestie związane z ochroną konkurencji w Polsce, jest ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), nazywana również ustawą antymonopolową.

Ustawa ta obejmuje przedsiębiorców i wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję. Podzielono je na dwie kategorie.

Po pierwsze, prawo antymonopolowe zabrania przedsiębiorcy nadużywania pozycji dominującej. Mowa o firmie, która ma tak duży udział w rynku, że może na nim funkcjonować w oderwaniu od swoich konkurentów czy kontrahentów, a nawet konsumentów. Domniemywa się, że pozycję dominującą ma przedsiębiorca, do którego należy co najmniej 40 proc. rynku. Bliższe omawianie tych zagadnień pozostaje poza zakresem niniejszej publikacji, dlatego wszystkich zainteresowanych odsyłamy do literatury przedmiotu.

Więcej o zakazie nadużywania pozycji dominującej: art. 9 ustawy antymonopolowej oraz publikacje na stronie www.uokik.gov.pl.

Po drugie, ustawa antymonopolowa wprowadza zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Obejmuje on zarówno firmy bezpośrednio ze sobą konkurujące, a zatem działające na tym samym szczeblu obrotu (na przykład sklepy sprzedające ten sam asortyment, hurtownie działające w jednej branży, fabryki produkujące towary substytucyjne itp.), jak i podmioty ze sobą niekonkurujące, funkcjonujące na różnych szczeblach obrotu (na przykład hurtownia i sklepy, producent i dystrybutor, inwestor i podwykonawca itp.). W pierwszym z wymienionych przypadków będziemy mieli do czynienia z porozumieniem poziomym (horyzontalnym), w drugim – z porozumieniem pionowym (wertykalnym).

Przykład 3: porozumienie horyzontalne

Przedsiębiorcy Epsilon, Dzeta i Eta mają siedziby w jednym z miast wojewódzkich. Działają w branży budowlanej – wynajmują rusztowania firmom ocieplającym budynki, odnawiającym elewacje itp. Przedsiębiorcy ci zawarli tajne porozumienie. Polegało ono na podziale obszaru działania. Zgodnie z ustaleniami, każdy z przedsiębiorców miał wyznaczone powiaty, w których tylko on spośród uczestników porozumienia przystępował do przetargów. Powstrzymywał się natomiast od składania ofert w innych powiatach województwa, „przypisanych” pozostałym firmom biorącym udział w zmwie. Jest to przykład porozumienia horyzontalnego.

Przykład 4: porozumienie wertykalne

Theta jest prywatną kliniką. Rozpisała ona przetarg na dostawę posiłków dla pacjentów. Warunki zamówienia (między innymi odnośnie posiadania specjalistycznych certyfikatów, konkretnego sprzętu kuchennego, wózków określonej marki itp.) zostały wcześniej ustalone w ten sposób, aby mogła spełnić je wyłącznie firma Jota, powiązana z właścicielem kliniki. Jest to przykład porozumienia wertykalnego.

Ustawa antymonopolowa zawiera przykładowy katalog porozumień, które zostaną uznane za zmwę. A zatem sprzeczne z prawem są porozumienia przedsiębiorców polegające na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
3. podziale rynków zbytu lub zakupu,

4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednoznacznych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Ostatni, siódmy punkt dotyczy głównego tematu niniejszej broszury: zmów przetargowych.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że ustawa antymonopolowa zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Wystarczy, że jedna z przesłanek została spełniona, aby uznać, że naruszone zostało prawo. A zatem: jeżeli celem porozumienia było wpływanie na konkurencję na danym rynku – jest ono nielegalne, nawet jeśli nie zostało zrealizowane.

Przykład 5: antykonkurencyjny cel porozumienia

W trakcie postępowania administracyjnego przed urzędem antymonopolowym, firmy Epsilon, Dzeta i Eta (por. Przykład 3) tłumaczyły się, że celem zawartego przez nie porozumienia nie było ograniczenie konkurencji. Dzieląc obszary, na których każda z nich przystępowała do przetargu, dążyły do „uporządkowania rynku”. Co więcej, ich porozumienie nigdy nie zostało zrealizowane w praktyce, ponieważ każdy z uczestników i tak samodzielnie podejmował decyzje o złożeniu oferty w danym przetargu. Urząd antymonopolowy nie przychylił się do tej argumentacji, uznając, że celem porozumienia zawartego przez firmy Epsilon, Dzeta i Eta było wyeliminowanie konkurencji. To zaś, czy zostało ono zrealizowane w praktyce, czy nie, zgodnie z prawem nie ma znaczenia.

Podobnie w sytuacji odwrotnej: porozumienie będzie uznane za sprzeczne z prawem, jeżeli w jego efekcie została naruszona konkurencja. Nawet jeśli nie było to zamiarem uczestników.

Przykład 6: antykonkurencyjny skutek porozumienia

Klinika Theta (por. Przykład 4) przyznała w trakcie postępowania przed urzędem antymonopolowym, że konstruując zamówienie, konsultowała się z firmą Jota. Nie miała jednak na celu ograniczenia konkurencji. Jak argumentowała, intencją konsultacji było takie skonstruowanie zamówienia, aby zapewnić pacjentom jak najlepsze posiłki, przygotowywane w jak najhigieniczniejszych warunkach. Stąd żądanie posiadania odpowiedniego sprzętu itp. Urząd antymonopolowy odrzucił tę argumentację, przyjmując, że skutkiem porozumienia między firmami Jota i Theta było ograniczenie konkurencji, niezależnie od prawdziwości deklarowanych intencji.

Więcej o zakazie porozumień ograniczających konkurencję: art. 6 ustawy antymonopolowej oraz publikacje na stronie www.uokik.gov.pl.

Kto jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji?

Wprowadzony przez ustawę antymonopolową zakaz zawierania niedozwolonych porozumień dotyczy przedsiębiorców. Niekoniecznie trzeba jednak być wpisanym do określonego rejestru czy ewidencji, by podlegać rygorom prawa chroniącego konkurencję. Ustawa antymonopolowa definiuje bowiem przedsiębiorcę bardzo szeroko. Będzie nim praktycznie każdy, kto pełni jakąś funkcję gospodarczą.

A zatem przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji będzie między innymi:

- *osoba fizyczna albo osoba prawna działająca na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej,*
- *spółka,*
- *podmiot świadczący usługi o charakterze użyteczności publicznej – na przykład szpital, szkoła publiczna lub niepubliczna, parafia, a także agenda państwowa taka jak Narodowy Fundusz Zdrowia oraz jednostka samorządu terytorialnego, która (samodzielnie bądź za pośrednictwem spółek takich jak zakłady oczyszczania miasta, przedsiębiorstwa komunikacyjne itp.) świadczy usługi komunalne,*
- *osoba wykonująca wolny zawód – na przykład lekarz, tłumacz przysięgły, korepetytor, inżynier budownictwa, aptekarz, architekt itd.,*
- *organizacja branżowa zrzeszająca przedsiębiorców – na przykład izba handlowa, zrzeszenie itd.*

W podobny sposób definiuje przedsiębiorcę prawo antymonopolowe Unii Europejskiej.

Warto wiedzieć, że aby zostać uznanym za przedsiębiorcę w myśl prawa konkurencji, niekoniecznie trzeba prowadzić działalność przynoszącą zyski – co potwierdził w jednym z wyroków Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁴. Tak więc regulacjom antymonopolowym podlegają również organizacje non-profit, o ile pełnią jakąś funkcję gospodarczą.

Więcej o tym, kto jest przedsiębiorcą w myśl prawa konkurencji: art. 4 ustawy antymonopolowej.

Por. też publikację „Prawo konkurencji – podstawowe pojęcia” dostępną na stronie www.uokik.gov.pl.

Co jest porozumieniem?

Przedsiębiorcy często są zaskoczeni, gdy spotykają się z zarzutem, że zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Tłumaczą się wówczas, że niczego nie podpisywali. Istnieje błędne przekonanie, że z porozumieniem mamy do czynienia wówczas, gdy zawarto je na piśmie. Tymczasem zмова – zwłaszcza dotycząca udziału w przetargu – ma na ogół charakter niejawni. Uczestnicy raczej starają się ukryć swoje zamiary i nie pozostawiać żadnych obciążających dokumentów. Stąd też ustawa antymonopolowa precyzuje, w jakiej formie może zostać zawarte porozumienie antykonkurencyjne.

Zgodnie z ustawą, porozumienie może mieć między innymi formę umowy zawieranej:

- *między przedsiębiorcami,*
- *między związkami przedsiębiorców,*
- *między przedsiębiorcami i ich związkami.*

⁴ Por. „Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa UOKiK oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.” – broszura dostępna na stronie www.uokik.gov.pl, s. 5.

Przykład 7: porozumienie w formie umowy

Trzej mali przedsiębiorcy Kappa, Lambda i Ksi, zajmujący się zabezpieczaniem imprez masowych (catering, nagłośnienie, efekty specjalne itp.), spotkali się i podpisali umowę o współpracy. Zawarli w niej klauzulę, w której zobowiązali się, że nie będą brać udziału w przetargach, do których oferty złożył już któryś z uczestników porozumienia. W zamian za to przedsiębiorca, który zwyciężył i otrzymał zamówienie, miał zatrudnić pozostałych sygnatariuszy jako podwykonawców. Jest to przykład zmowy przetargowej zawartej w formie pisemnej.

W praktyce takie przypadki zdarzają się rzadko i raczej wynikają z nieświadomości prawnej przedsiębiorców. Co nie znaczy, że w przypadku wykrycia będą łagodniej traktowane. Częściej zmowy są zawiązywane bez pisemnych uzgodnień, na przykład podczas spotkań biznesowych. One również są sprzeczne z prawem. W myśl ustawy antymonopolowej porozumienie antykonkurencyjne może być bowiem „dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki”.

Przykład 8: porozumienie bez umowy na piśmie

Miasto ogłosiło przetarg na pielęgnację zieleni. Wzięło w nim udział pięciu przedsiębiorców – między innymi Omikron, Pi, Rho i Sigma. Urzędnika odpowiadającego w ratuszu za organizację przetargu zdziwił fakt, że oferty w imieniu tych czterech firm złożył przedstawiciel jednej z nich. Wszystkie były sformatowane w ten sam sposób, zawierały takie same błędy literowe. Różniły się jedynie wpisanymi cenami. Zdecydowanie niższa od pozostałych była oferta firmy Omikron. W toku postępowania przed urzędem antymonopolowym okazało się, że przedsiębiorcy porozumieli się w trakcie kilku tajnych spotkań. Opracowali między innymi algorytm określający, która z firm miała złożyć najkorzystniejszą ofertę w przetargach organizowanych w kolejnych latach przez kilka okolicznych miast.

Zgodnie z ustawą antymonopolową, porozumieniem będzie także uchwała lub inny akt wydany przez związek zrzeszający przedsiębiorców, o ile jego postanowienia są obligatoryjne dla wszystkich członków.

Przykład 9: ograniczenie konkurencji wpisane w kodeks etyki zawodowej

We wrześniu 2006 roku Prezes UOKiK uznał, że jedno z postanowień „Zasad Etyki Zawodowej” uchwalonych przez Izbę Architektów ogranicza konkurencję. W myśl kwestionowanej klauzuli, członkom samorządu zawodowego nie wolno było brać udziału w przetargach, w których jedyne kryterium oceny prac stanowiła cena. W ten sposób niezależni architekci i biura projektowe pozbawieni zostali możliwości brania udziału w najpopularniejszej na rynku formie wyłaniania oferentów. Należy dodać, że przynależność do samorządu jest dla osób wykonujących ten zawód obligatoryjna. W opinii Urzędu, korporacja, zakazując swoim członkom brania udziału w przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zniekształciła reguły konkurencji na rynku. Naruszyła ponadto interesy inwestorów, ograniczając im prawo do określenia sposobu i kryteriów zakupu prac projektowych. W związku z powyższym, Prezes UOKiK zakazał stosowania kwestionowanej praktyki, nałożył ponadto na Izbę Architektów karę pieniężną w wysokości 215 tys. zł.

Więcej o formach porozumień ograniczających konkurencję: art. 4 ustawy antymonopolowej. Por. też publikację „Prawo konkurencji – podstawowe pojęcia” dostępną na stronie www.uokik.gov.pl.

3. Zmowa przetargowa: współpraca zamiast konkurencji

Istotą zminy przetargowej jest rezygnacja uczestników z konkutowania na rzecz współpracy przy składaniu ofert. W ten sposób zagwarantowują sobie zyski, na ogół znacznie wyższe niż w sytuacji, gdyby musieli uczestniczyć w rzeczywistej rywalizacji cenowej.

Zmowy przetargowe, podobnie jak inne przypadki niedozwolonych porozumień, występują w wielu formach – różniących się skalą, metodą wylaniania zwycięzcy i podziału zysków, a także stopniem komplikacji. Poniżej przedstawiono kilka często powtarzających się schematów, przy czym należy podkreślić, że nie są to wszystkie formy, w jakich występują na rynku zminy przetargowe.

Rezygnacja z przetargu

Najprostsza forma zminy przetargowej polega na rezygnacji uczestnika bądź uczestników z udziału w przetargu. W ten sposób wygrywa go przedsiębiorca z góry wybrany przez zminających się. Podobną formą jest wycofywanie już złożonej oferty, niekiedy ocenionej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Składanie ofert komplementarnych

Ta forma zminy ma pozór rzeczywistej rywalizacji. Uczestnicy składają oferty, lecz są one tak przygotowane, że wygrać może tylko jedna z nich. Oferty pozostałych uczestników zminy albo są mniej korzystne, albo zawierają celowo poczynione błędy formalne. Niekiedy zaś nie spełniają warunków umieszczonych przez organizatora przetargu w specyfikacji zamówienia, nie dostarczają żądanych dokumentów itp. Wszystko po to, by zwyciężył konkretny przedsiębiorca. Z tą formą zminy mamy do czynienia przy okazji przetargów, dla których ważności konieczne jest, by wpłynęła więcej niż jedna oferta.

Rotacja ofert

Tu uczestnicy zminy niejako dzielą między sobą kolejne przetargi. Metoda przypisania zwycięzcy do konkretnego konkursu ofert może być oparta na stałym bądź losowym schemacie. W ten sposób każdy z uczestników na zmianę z innymi składa najkorzystniejszą, wcześniej opracowaną ofertę.

Podział zysku

Na ogół po rezygnacji z wzięcia udziału w przetargu, ewentualnie po złożeniu oferty z góry skazanej na porażkę, uczestnik zminy otrzymuje „wypłatę” swojej części zysku. Może to wyglądać w następujący sposób: przedsiębiorca biorący udział w niedozwolonym porozumieniu rezygnuje z udziału w przetargu na rzecz innego uczestnika zminy. Ten otrzymuje lukratywne zamówienie opiewające na wielokrotnie zawyżoną cenę. Następnie zatrudnia tamtego przedsiębiorcę jako podwykonawcę, który w ten sposób uzyskuje „rekompensatę” za rezygnację z udziału w przetargu.

Zminające się firmy mogą dzielić między sobą zyski również w bardziej bezpośredni sposób (na przykład w formie wypłaty w gotówce).

Podział rynku

Niekiedy przedsiębiorcy zawiązują porozumienie, które polega na uzgodnieniu, że każdy z nich bierze udział tylko w określonych przetargach – na przykład organizowanych przez konkretne podmioty lub mających miejsce na wyznaczonym terenie. W rezultacie pewna firma może na przykład składać oferty na prace budowlane tylko w jednym województwie, powstrzymując się od udziału w przetargach ogłaszanych w województwach ościennych, „przypisanych” innym uczestnikom zminy.

4. Zmowa – i co dalej?

Postępowanie administracyjne

Uzgadnianie składanych ofert przez uczestników przetargu bądź zmwianie się zamawiającego z oferentem lub oferentami to w świetle prawa porozumienie ograniczające konkurencję.

Kompetencje w zakresie ochrony konkurencji ma w Polsce Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jego podstawowym instrumentem w tym zakresie jest prowadzenie postępowań administracyjnych. Ustawa antymonopolowa przewiduje dwa ich rodzaje.

Po pierwsze, Prezes UOKiK może prowadzić postępowanie wyjaśniające. Wszczyna się je z urzędu, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że zostały naruszone przepisy ustawy antymonopolowej. Postępowanie wyjaśniające toczy się „w sprawie”, co oznacza, że nie jest ono skierowane przeciwko konkretnym przedsiębiorcom, a jedynie ma na celu zbadanie sytuacji na określonym rynku. Powinno się ono zakończyć się w ciągu 30 dni, a w sprawach szczególnie skomplikowanych w ciągu 60 dni od dnia wszczęcia.

Po drugie zaś, Prezes UOKiK może prowadzić postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Jest ono wszczynane z urzędu, przy czym każdy może złożyć pisemne zawiadomienie o podejrzeniu działań antykonkurencyjnych. Postępowanie antymonopolowe jest prowadzone przeciwko konkretnemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom. Powinno się ono zakończyć przed upływem pięciu miesięcy od daty wszczęcia.

Co istotne, nie wszczyna się postępowań w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.

W trakcie postępowania UOKiK ma prawo między innymi:

- żądać wszelkich koniecznych informacji i dokumentów,
- wzywać świadków i ich przesłuchiwać,
- przeprowadzać kontrole w siedzibie przedsiębiorcy, w trakcie których pracownicy Urzędu mogą żądać wydania dokumentów i nośników informacji,
- w przypadku podejrzenia poważnego naruszenia konkurencji (na przykład zawarcia zmywu przetargowej) pracownicy UOKiK mogą w trakcie kontroli samodzielnie bądź we współpracy z policją przeszukać pomieszczenia przedsiębiorcy za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Za brak współdziałania z Urzędem w trakcie kontroli na przedsiębiorcę może zostać nałożona kara sięgająca do 50 mln euro. Natomiast pracownicy kontrolowanego podmiotu odmawiający współpracy z UOKiK mogą zostać ukarani sankcjami finansowymi w wysokości do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia.

Postępowanie antymonopolowe kończy się wydaniem decyzji stwierdzającej, że dana praktyka ogranicza (bądź nie) konkurencję oraz nakazującej jej zaniechanie.

Od decyzji Prezesa UOKiK przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Więcej o postępowaniu przed Prezesem UOKiK: art. 10–12 oraz art. 47–93 ustawy antymonopolowej.

Kary finansowe

Uznanie, że przedsiębiorca naruszył prawo konkurencji, pociąga za sobą nałożenie kary finansowej. Jej maksymalna wysokość została w ustawie antymonopolowej ustalona na 10 proc. ubiegłorocznego przychodu przedsiębiorcy.

O wysokości kary decyduje Prezes UOKiK. W styczniu 2009 roku wprowadził on Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Nie mają one charakteru prawnie wiążącego. Jednak ich przyjęcie i ogłoszenie oznacza, że należy się spodziewać, iż Prezes UOKiK będzie je stosował przy szacowaniu wysokości kary.

Wyjaśnienia czynią procedurę ustalania wysokości kary bardziej przejrzystą. Pozwalają ponadto przedsiębiorcy na samodzielne oszacowanie sankcji finansowej, z jaką musi się liczyć, przystępując do niedozwolonego porozumienia bądź w nim trwając.

Wysokość kary zależy w głównej mierze od tego, z jak poważnym naruszeniem konkurencji mamy do czynienia. W zależności od tego ustalana jest kwota bazowa – podstawa wymiaru sankcji finansowej. Wynosi ona⁵:

- dla naruszeń bardzo poważnych – nie mniej niż 1 proc. i nie więcej niż 3 proc. przychodu,
- dla naruszeń poważnych – nie mniej niż 0,2 proc. i nie więcej niż 1 proc. przychodu,
- dla pozostałych naruszeń – nie mniej niż 0,01 proc. i nie więcej niż 0,2 proc. przychodu.

Zmowy przetargowe zaliczone zostały do bardzo poważnych naruszeń prawa konkurencji. Będą zatem najsurowiej karane.

Przykład 10: bazowa kwota kary za zmwę przetargową I

Szpital położony w pewnym małym mieście zatrudniał firmę sprzątającą, wyłonioną w drodze przetargu. Wybór odbywał się zawsze w ten sam sposób: co dwa lata organizowano przetargi, w których brały udział dwie lokalne firmy, Tau i Ipsilon. Wygrywała zawsze jedna z nich. Dopiero nowo zatrudniony pracownik zwrócił uwagę, że Tau, przedsiębiorca, który przez ostatnie dwa lata świadczył swe usługi na rzecz szpitala, w nowo ogłoszonym przetargu złożył ofertę z ceną dużo wyższą niż dotychczas. Jej wysokość nie była uzasadniona ani poszerzonym zakresem zamówienia, ani rosnącymi kosztami, ani inflacją. W tej sytuacji naturalne wydawało się podpisanie umowy z drugim uczestnikiem przetargu – firmą Ipsilon.

Analiza ofert składanych przez firmy sprzątające w kilku ostatnich przetargach wykazała jednak pewną prawidłowość. Kolejne przetargi wygrywała naprzemiennie firma Tau albo Ipsilon, przy czym przegrywający przedsiębiorca oferował zawsze cenę znacznie wyższą niż ta, za którą wykonywał usługi ostatnio.

Postępowanie przeprowadzone przez urząd antymonopolowy wykazało, że Tau i Ipsilon od wielu lat działały w zmwie, ustalając warunki ofert składanych w kilku przetargach każdego roku – na ogół organizowanych przez okoliczne placówki służby zdrowia, przedszkola, szkoły oraz dom opieki.

Zmowa przetargowa zawiązana przez Ipsilon i Tau zaliczona została do bardzo poważnych naruszeń prawa konkurencji. Bazowa kwota kary mieścić się będzie między 1 a 3 proc. ubiegłorocznego przychodu przedsiębiorców.

Przykład 11: bazowa kwota kary za zmwę przetargową II

Firma Phi działająca w branży transportowej ogłosiła przetarg na usługi naprawiania użytkowanych przez nią ciężarówek. Oferty złożyło trzech przedsiębiorców: Chi, Psi oraz Omega. Najkorzystniejsza należała do pierwszego

⁵ Prezes UOKiK może konkretne naruszenie zakwalifikować inaczej, jeżeli w jego ocenie uzasadniają to okoliczności sprawy.

z nich. Nie doszło jednak do podpisania umowy, ponieważ firma Chi wycofała swoją zwycięską ofertę. Wobec tego realizację zamówienia powierzono kolejnemu oferentowi, którym był Omega. Wkrótce po podpisaniu umowy okazało się, że ostateczny zwycięzca przetargu zatrudnił Chi jako podwykonawcę. Zwróciło to uwagę pracowników firmy Phi, którzy zgłosili sprawę do urzędu antymonopolowego.

W toku postępowania ustalono, że firmy Chi i Omega były w zмовie. Zaliczona została ona do bardzo poważnych naruszeń prawa konkurencji. Bazowa kwota kary mieścić się będzie między 1 a 3 proc. ubiegłorocznego przychodu przedsiębiorców.

Kwota bazowa kary, w zależności od konkretnego przypadku naruszenia prawa antymonopolowego może zostać zwiększona bądź zmniejszona.

Surowiej będą na przykład karane zмовy przetargowe:

- dotyczące produktów istotnych dla szczególnie wrażliwych odbiorców – jak chociażby placówki służby zdrowia – oraz ważnych dla innych sektorów gospodarki,
- niosące ze sobą negatywne skutki dla uczestników rynku – zwłaszcza takie, których koszty ponoszą konsumenci,
- długotrwałe – to znaczy trwające dłużej niż rok.

Ponadto z zastrzeżeniem kary muszą liczyć się ci uczestnicy zмовy przetargowej, którzy między innymi:

- byli liderami bądź inicjatorami porozumienia,
- wywierali presję lub stosowali środki odwetowe w stosunku do innych przedsiębiorców,
- już wcześniej stosowali praktyki ograniczające konkurencję.

Przykład 12: zwiększenie wymiaru kary

Zmowa zawiązana przez firmy Tau i Ipsilon (por. Przykład 10) dotyczyła przetargów organizowanych na potrzeby instytucji realizujących usługi dla bardzo wrażliwych odbiorców, jakimi są w tym przypadku osoby korzystające z pomocy medycznej i opieki społecznej. Ponadto kwestionowane porozumienie trwało wiele lat. Były to przesłanki do zwiększenia wymiaru kary dla obu firm.

W toku postępowania ustalono również, że inicjatorem zмовy była firma Ipsilon. Przedsiębiorca ten już wcześniej był karany za udział w zмовie przetargowej. To przesłanki dla dodatkowego zwiększenia wysokości sankcji finansowej dla tej firmy.

Na zmniejszenie kary może między innymi wpłynąć fakt, że zмова przetargowa:

- faktycznie nie została wprowadzona w życie,
- miała niewielki zasięg geograficzny praktyki w porównaniu z zasięgiem działania przedsiębiorcy.

Na zmniejszenie kary mogą ponadto liczyć uczestnicy zмовy, którzy:

- zachowywali się biernie – to znaczy unikali faktycznego wprowadzenia w życie postanowień niedozwolonego porozumienia,

- działali pod przymusem,
- dobrowolnie usunęli skutki naruszenia prawa,
- zaniechali udziału w znowie przed wszczęciem postępowania antymonopolowego (bądź niezwłocznie po),
- współpracowali z Prezesem UOKiK w toku postępowania.

Przykład 13: zmniejszenie wymiaru kary

Zmowa firm Chi i Omega (por. Przykład 11) nie dotyczyła przetargu na usługi dla szczególnie wrażliwych odbiorców. Miała ponadto jednorazowy charakter. Nie było zatem przesłanek do podwyższenia kary.

W toku postępowania ustalono, że rola firmy Chi była bierna, a po wszczęciu postępowania antymonopolowego jej pracownicy współpracowali z Urzędem. To stanowiło podstawę do obniżenia wysokości kary dla tego przedsiębiorcy.

Więcej o karach za porozumienia ograniczające konkurencję: art. 106 ustawy antymonopolowej.

Por. też „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” dostępne na stronie www.uokik.gov.pl.

Leniency: jak uniknąć kary?

Zmowy przetargowe, podobnie jak zdecydowana większość porozumień ograniczających konkurencję, mają na ogół niejawną charakter. Przeważnie są zawiązywane podczas poufnych rozmów, a ich uczestnicy wystrzegają się pozostawiania śladów – na przykład umów na papierze. Stąd trudność w wykrywaniu znow. Aby zwiększyć skuteczność zwalczania tych najpoważniejszych i najgroźniejszych dla rynku przypadków naruszania prawa konkurencji, w wielu krajach stworzono programy łagodzenia kar dla tych uczestników niedozwolonych porozumień, którzy podejmą współpracę z urzędami antymonopolowymi. Programy *leniency* (z ang. „pobłażliwość, wyrozumiałość, łagodność”) od wielu lat z powodzeniem funkcjonują w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej, każdego roku przyczyniając się do wykrycia wielu karteli.

W Polsce program *leniency* funkcjonuje od 1 maja 2004 roku. Jego podstawę prawną stanowi ustawa antymonopolowa. Zgodnie z nią, na odstąpienie od kary może liczyć przedsiębiorca, który:

1. nie był inicjatorem porozumienia ani nie nakłaniał do udziału w nim,
2. jako pierwszy z uczestników znowy dostarczy informacji o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającej do wszczęcia postępowania antymonopolowego, lub przedstawi dowód umożliwiający wydanie decyzji – pod warunkiem, że UOKiK jeszcze tych informacji lub dowodów nie posiada,
3. będzie aktywnie współpracować z Prezesem Urzędu w toku postępowania, dostarczając wszelkich dowodów, którymi dysponuje,
4. zaprzestanie udziału w porozumieniu najpóźniej w dniu zgłoszenia się do Urzędu.

W przypadku, gdy firma nie spełnia tych warunków, może ubiegać się o zmniejszenie sankcji finansowej, pod warunkiem, że:

1. przedstawi dowód, który przyczyni się do wydania decyzji oraz
2. zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu.

Uczestnik znowy, który chce wziąć udział w programie łagodzenia kar (*leniency*), powinien złożyć formalny wniosek. Można to zrobić:

- osobiście w siedzibie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1),
- pocztą na adres: Departament Ochrony Konkurencji UOKiK, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa,
- faksem (22) 826 10 33,
- e-mailem na adres: leniency@uokik.gov.pl,
- ustnie pracownikowi UOKiK do protokołu.

W przypadku składania wniosku za pośrednictwem poczty elektronicznej lub faksu oryginał należy dostarczyć do UOKiK w ciągu trzech dni.

Dodatkowe informacje o programie *leniency* można uzyskać pod numerem infolinii: (22) 55 60 555. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców zawierają Wytyczne w sprawie programu łagodzenia kar dostępne na stronie www.uokik.gov.pl.

Więcej o programie łagodzenia kar: art. 109 ustawy antymonopolowej. Por. też rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. z 2009 r. Nr 20 poz. 109).

5. Jak się bronić przed znową?⁶

Przy organizowaniu przetargu nie ma nigdy stuprocentowej gwarancji, że biorące w nim udział firmy będą uczciwie rywalizować. Jednak podejmując określone kroki i zwracając uwagę na pewne fakty, można ograniczyć ryzyko znowy przetargowej. Warto to uczynić na każdym etapie: przed rozpisaniem przetargu, w trakcie opracowywania jego warunków oraz już po wyłonieniu zwycięzcy.

Należy jednak mieć na uwadze, że opisane poniżej sytuacje mogą, ale nie muszą świadczyć o istnieniu znowy przetargowej. I odwrotnie: brak wskazanych w tym rozdziale faktów nie oznacza, że uczestnicy przetargu nie zawarli niedozwolonego porozumienia. Stąd też w przypadku jakichkolwiek podejrzeń należy poinformować UOKiK.

Przed rozpisaniem przetargu

Uzgadnianiu ofert sprzyjają pewne cechy zamawianego dobra. Szczególnie starannie należy przygotowywać przetargi na produkty lub usługi, które:

- są jednorodne, proste i niezaawansowane technicznie (na przykład surowce, półprodukty, usługi sprzątnia, proste prace budowlane itp.),
- nie mają bliskich substytutów,
- są dostarczane przez niewielką liczbę firm (zwłaszcza jeśli istnieją między nimi powiązania rodzinne, towarzyskie, biznesowe itp.),
- są produkowane lub świadczone przez przedsiębiorców należących do aktywnej organizacji branżowej.

Przy określaniu warunków zamówienia i organizowaniu przetargu

Angielski Office of Fair Trading (odpowiednik polskiego UOKiK) opracował zalecenia dla zamawiających. Ich stosowanie na etapie konstruowania zamówienia i ogłaszania przetargu zmniejsza ryzyko zawarcia przez oferentów niedozwolonego porozumienia. Gdy jednak do niego dojdzie, stosowanie się do zaleceń pozwala na łatwiejsze wykrycie znowy i jej uniknięcie w przyszłości. Oto najważniejsze z nich:

- należy możliwie szeroko określać warunki zamówienia – tak, by do przetargu mogło przystąpić jak najwięcej oferentów,
- przetarg należy ogłaszać możliwie szeroko. Warto aktywnie starać się o pozyskanie oferentów,
- oferty powinny być rozbite na możliwie dużo detali,
- warto gromadzić dane o ofertach składanych w kolejnych przetargach, co umożliwia ich porównanie i dostrzeżenie na przykład rotacji zwycięskich przedsiębiorców,
- należy żądać od oferentów podawania danych o ewentualnych podwykonawcach, których zamierzają zatrudnić, już na etapie procedury przetargowej,
- wskazane jest uzyskanie od przedsiębiorców biorących udział w przetargu informacji o firmach z nimi powiązanych – na przykład spółkach zależnych.

⁶ Niniejszy rozdział opracowano między innymi na podstawie materiałów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, angielskiego Office of Fair Trading, Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz kanadyjskiego Competition Bureau.

Można ponadto wyróżnić inne czynniki, które pozwalają zminimalizować ryzyko zawiązania zmowy przez uczestników przetargu:

- warto znać swoich dostawców i ich ceny oraz zwracać uwagę na ich zmiany,
- o ile to możliwe, należy unikać rozpisywania przetargu z obligatoryjną minimalną liczbą złożonych ofert jako warunkiem ich ważności,
- wszędzie, gdzie to możliwe, należy dopuszczać produkty czy usługi substytucyjne,
- należy zostawić sobie możliwość łączenia zamówień (kontraktów) bądź ich dzielenia,
- nie należy uprzywilejowywać określonych dostawców bądź ich grupy,
- oferty powinny jak najdłużej pozostawać tajne,
- warto unikać podpisywania umów częściowych z firmami, które złożyły jednakowe oferty,
- należy zadawać pytania dodatkowe w każdym przypadku, gdy złożone oferty wydają się zawierać błędy logiczne,
- wskazane jest prowadzenie rozmów z dostawcami, którzy zaprzestali udziału w przetargach,
- warto prowadzić regularne szkolenia pracowników w zakresie profilaktyki i wykrywania zmów przetargowych.

Po otwarciu ofert

Do istoty zmowy przetargowej należy jej niejawni charakter, co utrudnia walkę z tą formą ograniczania konkurencji. O ile jednak samo porozumienie jest na ogół tajne, to skutki jego działania ujawniają się na rynku. Można je zatem zaobserwować i w ten sposób odkryć ewentualną znowę.

Warto więc zwrócić uwagę na pewne fakty, które mogą świadczyć o istnieniu zmowy przetargowej. Podejrzana może być sytuacja, gdy:

- ta sama firma wciąż wygrywa przetargi. Jeszcze więcej podejrzeń powinien wzbudzić fakt ciągłego składania przez jednego (bądź więcej) przedsiębiorców ofert „przegrywających”,
- w kolejnych przetargach bierze udział zamknięta pula oferentów, z których każdy wydaje się – w perspektywie czasu – wygrywać równą ich liczbę. Przy tym zwycięzcy mogą zmieniać się według określonego schematu bądź losowo,
- pewne oferty są (w nieuzasadniony niczym sposób) znacznie wyższe od pozostałych – zwłaszcza jeśli te same firmy oferowały w poprzednich przetargach niższe ceny,
- w przetargu bierze udział mniejsza liczba przedsiębiorców niż zazwyczaj,
- firma, która zazwyczaj brała udział w przetargach, rezygnuje ze składania oferty,
- ceny ofertowe spadają, ilekroć do przetargu przystępuje nowa na danym rynku firma,
- zwycięski oferent z mało wiarygodnych przyczyn rezygnuje z podpisania umowy lub podejmuje działania zmierzające do unieważnienia jego oferty (na przykład odmawia złożenia wymaganego oświadczenia itp.),

- firma, która wygrała przetarg, zatrudnia jako podwykonawców przedsiębiorców, którzy złożyli oferty ocenione jako mniej korzystne,
- firma, która wycofała najlepiej ocenioną ofertę, zostaje zatrudniona jako podwykonawca przez przedsiębiorcę, który zwyciężył w przetargu po jej wycofaniu się.

Istnienie zmowy mogą ponadto sugerować pewne cechy ofert oraz zachowania przedsiębiorców biorących udział w przetargu. Warto je przeanalizować pod tym kątem, jeśli zauważymy, że:

- oferty składane przez firmy lokalne zakładają takie same koszty transportu, jak te podawane przez przedsiębiorców z odległych miejsc kraju,
- podawane przez oferentów ceny są identyczne,
- oferty zawierają jednakowe błędy (na przykład literówki bądź niepoprawne obliczenia) lub zostały sformatowane w podobny sposób (ten sam krój czcionki, ustawienia tekstu), ewentualnie sprawiają wrażenie wydrukowanych na tej samej drukarce,
- w ofertach znajdują się ślady zmian dokonywanych w ostatniej chwili, na przykład pozostawione puste miejsca lub wymazane korektorem fragmenty zastąpione wpisami odręcznymi itp.,
- tylko jeden oferent kontaktuje się w celu uzyskania istotnych szczegółów zamówienia (zwłaszcza mających wpływ na kalkulację ceny),
- przedsiębiorca pobiera dokumentację przetargową (na przykład specyfikację istotnych warunków zamówienia) również dla konkurentów lub składa oferty w ich imieniu,
- firma przystępuje do przetargu w sytuacji, gdy nie jest w stanie spełnić warunków stawianych przez zamawiającego – takie zachowanie sugeruje możliwość istnienia zmowy polegającej na składaniu ofert komplementarnych,
- przedsiębiorca stawia się z kilkoma różnymi ofertami i ostatecznie wybiera jedną z nich do złożenia dopiero wówczas, gdy zorientuje się, kto oprócz niego przystępuje do przetargu,
- istnieją dane wskazujące, że oferenci spotykali się ze sobą przed rozstrzygnięciem przetargu.

O istnieniu zmowy przetargowej mogą świadczyć również pewne wypowiedzi przedsiębiorców – na przykład:

- wskazujące na wiedzę o niejawnych szczegółach ofert konkurentów,
- tłumaczące odmowę wzięcia udziału w przetargu faktem, że zamawiający „należy” do innego przedsiębiorcy,
- odnoszące się do „zwyczajowych” bądź „stosowanych w branży” cen,
- wyjaśniające wzrost cen w identyczny sposób, w jaki czynią to konkurenci.

6. Co robić w sytuacji podejrzenia, że uczestnicy przetargu działali w zмовie?

Niekiedy, mimo zachowania przez organizatora wszelkich środków ostrożności, uczestnicy przetargu zawiązują zмовę. W przypadku podejrzenia, że tak jest w istocie, należy:

- starannie dokumentować wszelkie istotne informacje (na przykład dotyczące zachowania przedsiębiorców),
- nie dyskutować z podejrzanymi o zмовę uczestnikami przetargu,
- rozważyć, czy procedura przetargowa powinna być kontynuowana,
- złożyć pisemne zawiadomienie do Prezesa UOKiK.

Zawiadomienie do Urzędu powinno zawierać:

- wskazanie przedsiębiorców lub przedsiębiorcy, któremu zarzucane jest stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję,
- możliwie dokładny opis sytuacji, która wzbudziła podejrzenie zмовy,
- wskazanie przepisu ustawy antymonopolowej, który mógł zostać naruszony (w przypadku zмовy przetargowej będzie to art. 6 ust. 1 pkt 7),
- uzasadnienie,
- dane osoby zgłaszającej.

Jeżeli Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podzieli przypuszczenia zawarte w zawiadomieniu, rozpocznie w tej sprawie postępowanie antymonopolowe.

Więcej o zawiadamianiu Prezesa UOKiK o przypadkach ograniczania konkurencji: art. 86 ustawy antymonopolowej.

7. Przykłady działań Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących zmów przetargowych

Oczyszczanie ulic Poznania w 2003 roku: zmowy przetargowe

W styczniu 2003 roku Zarząd Dróg Miejskich (ZDM) w Poznaniu ogłosił przetarg na oczyszczanie ulic. Jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena. Miasto podzielono na kilka rejonów. Każdy oferent mógł ubiegać się o powierzenie oczyszczania ulic w jednym bądź w kilku z nich.

Oferty na sprzątanie jezdni w rejonie obejmującym poznańską dzielnicę Wilda złożyło troje przedsiębiorców.

Po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający zwrócił się do zwycięzcy z prośbą o złożenie oświadczenia, że nie pozostaje z innymi uczestnikami przetargu w stosunku zależności lub dominacji, taki bowiem wymóg stawiała obowiązująca wcześniej ustawa o zamówieniach publicznych. Przedsiębiorca przedłożył żądane dokumenty, ale uczynił to dzień po wyznaczonym terminie, wobec czego jego oferta została wykluczona.

W takiej sytuacji zwycięzcą przetargu został kolejny znajdujący się na liście oferent. Jego propozycja była korzystniejsza od złożonej przez trzeciego uczestnika, ale aż o 75 proc. droższa od pierwszej oferty. ZDM podpisał z tymże przedsiębiorcą umowę na oczyszczanie ulic w dzielnicy Wilda. Równocześnie jednak Prezydent Miasta Poznania zawiadomił UOKiK o możliwości zawarcia zmowy przetargowej między pierwszym i drugim oferentem. Prezes Urzędu wszczął w tej sprawie postępowanie antymonopolowe.

W jego trakcie ustalono, że między wskazanymi przedsiębiorcami istnieją powiązania rodzinne, a także prawne i gospodarcze. Właścicielka pierwszej firmy dzierżawiła pojazdy od drugiego przedsiębiorcy, ponadto była ona podwykonawcą niektórych świadczonych przez niego usług (na przykład oczyszczania zatok parkingowych i krawężników) oraz wykonywała na jego rzecz inne prace (segregowanie odpadów, dbanie o czystość baz, itp.).

W ocenie Prezesa UOKiK, zachowanie oferenta, który nie dotrzymał terminu na złożenie wymaganego prawem oświadczenia, mogło wynikać tylko z zawartego wcześniej tajnego porozumienia. Inaczej należałoby je uznać za całkowicie nieracjonalne. Przez zaniedbanie prostej czynności – polegającej na złożeniu podpisu na przygotowanym przez ZDM formularzu – oferent stracił zamówienie warte blisko 100 tys. zł. Ponadto przepadło mu w ten sposób wadium w wysokości ponad 3 tys. zł. Należy przy tym podkreślić, że przedsiębiorca uczestniczył wcześniej w wielu przetargach, a zatem był świadomy konsekwencji niezłożenia wymaganego prawem oświadczenia.

W opinii urzędu antymonopolowego, o koordynacji działań obojga przedsiębiorców świadczy również fakt, że w wykazach sprzętu (dołączonych do ofert) uwzględnili te same pojazdy. Aby utrudnić ich identyfikację, nie podali w składanych dokumentach numerów rejestracyjnych. Tymczasem taki obowiązek wynikał wprost ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes Urzędu uznał, że oboje przedsiębiorcy działali w zмовie. Tylko tak bowiem można wytłumaczyć podjęcie przez zwycięzczynię przetargu działań zmierzających do odrzucenia jej oferty w sytuacji, gdy znała już ceny pozostałych uczestników i wiedziała, że po jej wykluczeniu zamówienie otrzyma przedsiębiorca, z którym łączy ją więź rodzinne i biznesowe.

Co warte podkreślenia, w opisywanej sprawie nie stwierdzono zawarcia porozumienia na piśmie. Jednak ustawa antymonopolowa stanowi, że za zмовę może być uznana każda forma uzgodnionego działania przedsiębiorców⁷. Natomiast zgodnie z kodeksem postępowania cywilnego i orzecznictwem, fakt zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli zachowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich wcześniejszego uzgodnienia. Tak właśnie było w opisywanej sprawie.

⁷ Por. Ramka 2 na s. 7.

Zmowę przetargową zawarłą przez oboje przedsiębiorców Prezes UOKiK uznał zatem za porozumienie ograniczające konkurencję. Na jego uczestników nałożono kary finansowe: na pierwszego przedsiębiorcę – w wysokości ponad 36 tys. zł, na drugiego zaś – blisko 2,8 tys. zł.

Warto w tym miejscu wskazać, że również w przypadku innej dzielnicy Poznania (Stare Miasto – Centrum) doszło do podobnego uzgodnienia ofert na oczyszczanie ulic. Tu o zawarciu niedozwolonego porozumienia świadczył między innymi fakt, że polisy ubezpieczeniowe zawarte przez uczestników zminy były wykupione w tym samym zakładzie i nosiły kolejne numery (co mogło wskazywać, że zawarto je równocześnie). Ponadto popełnili oni w ofertach te same błędy – na przykład określili wydajność zmiatarek nie w kilometrach (jak wymagał zamawiający), lecz w metrach kwadratowych na godzinę. Na pięcioro uczestników zminy nałożono kary finansowe w łącznej wysokości przekraczającej 50 tys. zł.

Więcej o zмовach w przetargach na oczyszczanie ulic Poznania w 2003 roku: Decyzje Prezesa UOKiK nr RPZ-20/2005 i RPZ-28/2005.

Dzierżawa infrastruktury do cumowania statków pasażerskich na Wiśle w 2004 roku: zмова przetargowa

W październiku 2004 roku do Prezesa UOKiK wpłynęło zawiadomienie jednego z uczestników przetargu na dzierżawę urządzeń cumowniczych na Wiśle w Kazimierzu Dolnym. LS⁸ zarzucał trzem innym przedsiębiorcom (HS, SP oraz EW), że działali w porozumieniu. Prezes Urzędu wszczął w tej sprawie postępowanie antymonopolowe.

Jak ustalono, w sierpniu 2004 roku został ogłoszony przetarg na dzierżawę siedmiu stanowisk cumowniczych położonych na wale wiślanym. Są one wykorzystywane przede wszystkim przez statki pasażerskie, które przybijają do brzegu w Kazimierzu Dolnym.

Zgodnie z informacjami UOKiK, między ogłoszeniem a przeprowadzeniem przetargu HS wydzierżawił za symboliczną sumę część swojej floty przedsiębiorcom EW i SP. Zapisane w umowach wysokości czynszów były bardzo niskie – dużo niższe niż zazwyczaj stosowane w tego typu sytuacjach. HS, który od innych przedsiębiorców żądał znacznie wyższych opłat za dzierżawę, w tym przypadku poprzestał na kilkakrotnie mniejszych kwotach, mimo że EW i SP byli jego potencjalnymi konkurentami. Miał ponadto dużo lepszą od nich pozycję negocjacyjną. Wynikała ona na przykład z faktu, że EW nie posiadał żadnej jednostki pływającej i zgodnie z warunkami przetargu, nie mógłby w ogóle do niego przystąpić.

W wyniku kontroli przeprowadzonej u organizatora przetargu okazało się, że trzech przedsiębiorcy podejrzani o zмовę pobrali dokumentację tego samego dnia. Oferty uczestnictwa złożyli równocześnie. Co więcej, ich dokumenty miały taką samą formę graficzną i zawierały identyczne sformułowania. Mogło to świadczyć, że oferty zostały przygotowane wspólnie. Przemawiał za tym fakt, że wszyscy trzech przedsiębiorcy znają się od lat, a dwóch z nich swą działalność na wale wiślanym prowadzi po sąsiedzku.

Przetarg ustny odbył się 15 września 2004 roku. W jego trakcie oddzielnie licytowano każde z siedmiu stanowisk cumowniczych. Analiza przebiegu przetargu wskazywała, że do licytacji o każde z nich przystępował zawsze tylko jeden z trójki przedsiębiorców, którym zarzucono zмовę. Jeżeli o dane stanowisko ubiegał się na przykład HS, to EW i SP nie przystępował do rywalizacji z nim. W efekcie trzech podejrzewani o zмовę przedsiębiorcy dzielili między siebie całość oferowanej podczas przetargu infrastruktury.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes Urzędu uznał, że HS, EW i SP działali w zмовie. Jej efektem było nie tylko ustalenie sposobu licytowania w trakcie przetargu, lecz również podział rynku. Na skutek bowiem niedozwolonego porozumienia, tylko ci trzech przedsiębiorcy zyskali możliwość korzystania z infrastruktury cumowniczej, a co za tym idzie – prowadzenia żeglugi pasażerskiej w Kazimierzu Dolnym.

Na uczestników zminy zostały nałożone kary finansowe w łącznej wysokości 38 tys. zł.

Więcej o zмовie uczestników przetargu na infrastrukturę cumowniczą w Kazimierzu Dolnym: Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-21/2005.

⁸ Niniejszy przypadek opracowano na podstawie decyzji w wersji pozbawionej informacji objętych ograniczeniem prawa wglądu.

Dostawa tlenu medycznego dla szpitala w Katowicach: brak zmowy przetargowej

Jeden z katowickich szpitali zwrócił się na początku 2004 roku do Prezesa UOKiK z prośbą o zbadanie sytuacji na rynku dostaw tlenu medycznego, którego cena znacznie w tym czasie wzrosła. W ocenie szpitala podwyżka ta nie była uzasadniona żadnymi względami i wynikała z zawarcia przez producentów niedozwolonego porozumienia. Prezes Urzędu wszczął w tej sprawie postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia, czy mogło dojść do naruszenia prawa antymonopolowego.

Jak stwierdził UOKiK, na rynku w tym czasie liczyły się w praktyce trzy spółki produkujące tlen medyczny – gaz będący produktem leczniczym, stosowanym w różnych schorzeniach wiążących się z niedotlenieniem. Producenci ci byli związani ze sobą szeregiem umów wynikających z prowadzonej działalności. Ponadto byli członkami Polskiej Fundacji Gazów Technicznych, której celem jest między innymi działalność na rzecz rozwoju technologii i bezpieczeństwa w zakresie produkcji gazów.

Ponieważ wnioskodawca nie przedstawił żadnego dowodu, że producenci tlenu zawarli sprzeczną z prawem znowę przetargową, Urząd szczegółowo przeanalizował postępowania w sprawach zamówień publicznych prowadzone przez jedenaście szpitali na terenie całej Polski.

Nie znaleziono żadnego dowodu na poparcie tezy, że podejrzwane o znowę firmy w jakiejkolwiek formie uzgadniały warunki składanych przez siebie ofert. Podobne wnioski przedstawiały ankietowane szpitale. Również analiza cen oferowanych przez producentów tlenu w poszczególnych przetargach nie wskazywała na istnienie w tym zakresie jakiejś reguły, która mogłaby wynikać ze wspólnych uzgodnień.

Ponadto ani treść umów zawartych między tymi przedsiębiorcami, ani dokumenty związane z pracami w Komitecie ds. Gazów Medycznych przy Polskiej Fundacji Gazów Technicznych nie wskazywały na możliwość uzgadniania warunków ofert składanych w przetargach.

Wobec braku przesłanek mogących wskazywać na zawarcie przez producentów tlenu znowy przetargowej, Prezes Urzędu zamknął postępowanie wyjaśniające i nie wszczął postępowania antymonopolowego.

Więcej o przetargach na dostawę tlenu medycznego dla szpitali: Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-92/2006.

Zakup pianki fenolowej przez kopalnię: brak zmowy przetargowej

W marcu 2007 roku Kompania Węglowa SA zwróciła się do Prezesa UOKiK z wnioskiem o zbadanie przetargu na dostawę pianki fenolowej (spoiwa złożonego z żywicy i katalizatora, używanego między innymi do wypełniania wyrw i pustek w górotworze) dla kopalni Halemba. W tej sprawie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe.

W jego toku ustalono, że do przetargu zorganizowanego przez Kompanię Węglową SA przystąpiły cztery firmy. Po otwarciu ofert zaproszono je do negocjacji, podczas których jeden z przedsiębiorców zaproponował cenę 13,40 zł za kilogram. Pozostałe trzy firmy zaoferowały piankę fenolową o 5 gr taniej. Z ich udziałem toczyły się dalsze negocjacje. Żaden z przedsiębiorców nie zdecydował się na obniżenie ceny. Komisja Przetargowa uznała jednak, że może ona zostać zaakceptowana. Cena zaproponowana kopalni Halemba należała bowiem do najniższych spośród uzyskanych przez wszystkie oddziały Kompanii Węglowej. Ponadto w porównaniu z poprzednim rokiem wzrosła jedynie o około 1 proc. Komisja zaproponowała zatem podział zamówienia między trzy firmy, które złożyły równorzędne oferty opiewające na 13,35 zł za kilogram.

Zarząd Kompanii Węglowej odmówił jednak takiego rozwiązania, uznając, że uczestnicy przetargu działali w znowie. Postępowanie antymonopolowe przed Prezesem UOKiK nie potwierdziło tego faktu.

Urząd stwierdził, że w momencie negocjacji cenowych, wszyscy uczestnicy przetargu wiedzieli już, jaka cena pianki została

uznana za najkorzystniejszą w przetargach dla innych kopalń wchodzących w skład Kompanii Węglowej. Wynosiła ona 13,35 zł za kilogram. Firmy biorące udział w przetargu organizowanym przez kopalnię Halemba miały zatem świadomość, że taka cena wystarcza do wygrania przetargu. Co więcej, nie miały one motywacji do jej obniżania. Kompania Węglowa stosuje bowiem praktykę, zgodnie z którą oczekuje od dostawców stosowania jednolitych cen na produkty dla wszystkich swoich oddziałów. Jeżeli zatem firma wynegocjowała dostarczanie pianki dla którejś z kopalń holdingu w cenie 13,35 zł za kilogram, to gdyby zmniejszyła cenę dla KWK Halemba, zgodnie z polityką Kompanii Węglowej automatycznie musiałaby obniżyć ją dla pozostałych kopalń.

W ocenie Prezesa UOKiK, takie zachowanie dostawców pianki wobec posiadanej przez nich wiedzy, było racjonalne i nie musiało wynikać ze zмовы. Również analiza zachowania przedsiębiorców w trakcie poprzednich przetargów, nie wskazywała na uzgadnianie przez nich ofert. Na ogół ceny przez nich proponowane różniły się od siebie, a zamawiający wybierał najkorzystniejszy wariant. Przy tym różnice między ofertą najkorzystniejszą a pozostałymi nie były na tyle duże, by sugerować ich komplementarność (wahały się od 5 do 35 gr). Również analiza zwycięzców kolejnych przetargów nie wskazywała na ich rotację⁹.

W związku z powyższym, Prezes UOKiK wydał decyzję, w której nie stwierdził zawiazania porozumienia ograniczającego konkurencję przez uczestników przetargu na dostawę pianki fenolowej dla kopalni Halemba w 2007 roku.

Więcej o przetargu na dostawę pianki fenolowej dla kopalni Halemba: Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-25/2008.

⁹ O formach zмów przetargowych, takich jak składanie ofert komplementarnych czy rotacja zwycięzców – czyt. w rozdziale 3.

