

Konferencja

Konflikt interesów w zamówieniach publicznych.

Przeciwdziałanie zjawiskom korupcyjnym

Konferencja online, 25 listopada 2022 r.

Zmowy przetargowe. Perspektywa Zamawiającego.

Adam Krukowski,

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Plan prezentacji

- I. Ogólne wprowadzenie do problematyki zmów przetargowych w prawie polskim.
- II. Elementy wskazujące na ryzyko wystąpienia antykonkurencyjnego porozumienia w postępowaniu (red flags) oraz działania jakie powinien podjąć zamawiający.
- III. Zalecenia dotyczące organizacji zamówienia publicznego w sposób minimalizujący ryzyko wystąpienia zmowy przetargowej.
- IV. Dyskusja.

Czym jest zmowa przetargowa?

Zmowa przetargowa w polskim prawie ochrony konkurencji to porozumienie, którego celem lub skutkiem jest **wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie** w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez:

- przedsiębiorców przystępujących do przetargu (zmowy poziome/horyzontalne);
- organizatora przetargu i przedsiębiorcę przystępującego do przetargu (zmowy pionowe/wertykalne)

warunków składanych ofert.

ZMOWY PRZETARGOWE godzą w mechanizm konkurencji, podstawowy mechanizm niezbędny do prawidłowego funkcjonowania ryнку

Zmowa przetargowa to:

1. uzgodnienie;
2. między przedsiębiorcami;
3. dotyczące warunków składanych ofert,
w szczególności zakresu prac lub ceny.

Jakie działania mogą stanowić „porozumienie”?

szeroki zakres przedmiotowy zakazu porozumień:

pojęcie porozumienia obejmuje **wszelkiego rodzaju relacje** między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie podejmowanych zachowań rynkowych;

„Definicja przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko, pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji.”

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. VI Aca 809/10

Co może zostać uznane za zakazane prawem porozumienie?

Istnieje błędne przekonanie, że z porozumieniem mamy do czynienia wtedy, gdy zawarto je na piśmie. Tymczasem zmowa – zwłaszcza dotycząca udziału w przetargu – ma na ogół charakter niejawnny. Uczestnicy starają się ją ukryć i nie pozostawiać żadnych obciążających dokumentów.

Uzgodnienia mogą mieć formę zarówno pisemną, jak i ustną; nie ma znaczenia, czy ustalenia w nich zawarte są w ocenie przedsiębiorców wiążące, czy też nie.

Przykładowe formy zawarcia porozumienia

- pisemna umowa (np. producenta z dystrybutorem określająca warunki udziału w sieci dystrybucji);
- umowa dżentelmeńska (*gentlemen's agreement*), którą strony w praktyce traktują jako wiążącą;
- korespondencyjne (e-mail), telefoniczne uzgodnienie przez prezesów konkurencyjnych spółek podwyżki cen;
- przesyłanie sobie przez konkurentów informacji o planowanych warunkach ofert przetargowych, uzgodnione na jedynym spotkaniu przedstawicieli tych przedsiębiorców;
- kodeks etyki zawodowej samorządu zawodowego;
- niekiedy: sama **wymiana informacji** między konkurentami redukująca poziom niepewności, co do przyszłego zachowania przedsiębiorców.

1. Ustawa antymonopolowa zakazuje porozumień, których **celem lub skutkiem** jest ograniczenie konkurencji.
2. Nie ma znaczenia, czy porozumienie zostało faktycznie wcielone w życie, tzn. czy ich uczestnicy rzeczywiście wywiązują się z poczynionych ustaleń ani czy porozumienie wywołało realne szkody. Oznacza to, że w przypadku przetargów **nielegalne mogą być również nieudane próby ich „ustawiania”** lub manipulowania wynikami - antykonkurencyjne zmony zawsze bowiem cechuje obiektywny cel ograniczenia konkurencji.
3. Zgodnie z ustawą antymonopolową porozumienie może mieć np. formę umowy między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców, między przedsiębiorcami a ich związkami. Umowy mogły zostać zawarte na piśmie lub ustnie; nie ma znaczenia, czy ustalenia w nich zawarte są wiążące dla przedsiębiorców, czy też nie.

Sektory i czynniki sprzyjające zawieraniu zamówień przetargowych

Zmowy przetargowe mogą występować w każdym sektorze gospodarki, w niektórych jednak mogą pojawić się częściej ze względu na szczególne cechy, jakimi charakteryzuje się dany sektor lub dany produkt.

Przy wystąpieniu tych cech organizator przetargu powinien wykazać się ostrożnością i czujnością.

Czynniki rynkowe sprzyjające zawarciu umowy (1):

- rynek jest silnie skoncentrowany i grupa konkurentów jest ograniczona;
- istnieją bariery uniemożliwiające nowym przedsiębiorcom wejście na dany rynek;
- na rynku działa niewielka liczba przedsiębiorców, których łączą stosunki handlowe, rodzinne lub na którym przedsiębiorcy zrzeszeni są w stowarzyszeniach branżowych;

Czynniki sprzyjające zawarciu umowy (2):

- konkurencja ma charakter przede wszystkim cenowy, tj. przy danym przetargu nie występuje „czynnik kreatywny”, „jakościowy”, a oferty oceniane są na podstawie ceny;
- jawność transakcji.

Działania UOKiK

Źródła pozyskiwania informacji o zмовach przetargowych

Źródła zewnętrzne (1):

- zawiadomienie - art. 86 u.o.k.k.
 - może być złożone przez każdego;
 - dowolna forma (listownie, mailowo);
 - wzorzec dostępny na stronach UOKiK.
- wniosek *leniency* – art. 113a u.o.k.k.
 - zasady funkcjonowania „programu łagodzenia kar”;
 - warunki przystąpienia;
 - korzyści dla przedsiębiorcy;
 - ograniczona skuteczność w zakresie zwalczania zмów przetargowych.

Źródła zewnętrzne (2):

- sygnały od uczestników rynku;
- informacje uzyskane od innych organów antymonopolowych, w tym KE - art. 73 ust. 2 pkt 3; u.o.k.k., art. 12 rozporządzenia 1/2003;
- informacje uzyskane od innych organów krajowych – art. 72 u.o.k.k.;
- anonimy, interpelacje poselskie, informacje od dziennikarzy.

Źródła wewnętrzne:

- badania i monitoring rynków – art. 48 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.;
- „Biały wywiad”;
- „Screening” przetargów

Pozyskiwanie dowodów przez UOKiK

1. uzyskiwanie wyjaśnień i dokumentów – art. 50 u.o.k.k.;
2. rozprawa administracyjna - przesłuchiwanie świadków i stron
- art. 60 u.o.k.k.;
3. opinia biegłego – art. 54 u.o.k.k.;
4. kontrola i przeszukanie :
 - w ramach kontroli wstęp do budynków, lokali, środków transportu, uzyskiwanie kopii dokumentów, odbieranie wyjaśnień – art. 105b u.o.k.k.;
 - przeszukanie pomieszczeń i rzeczy (w tym wykonywanie kopii elektronicznych nośników informacji) za zgodą SOKiK – art. 105n u.o.k.k.;
5. przeszukanie przez Policję prywatnych pomieszczeń i środków transportu za zgodą SOKiK – art. 91 u.o.k.k.

Skutki prawne decyzji Prezesa UOKiK

administracyjne – uznanie określonego działania za praktykę, nakaz zaniechania, dodatkowe obowiązki związane z usunięciem skutków naruszenia,

cywilne – nieważność czynności prawnych, naruszających ustawę antymonopolową, w całości lub części,

karno-administracyjne – kary pieniężne (fakultatywne):

- za praktyki z art. 6 u.o.k.k. – do 10% obrotu za rok poprzedzający wydanie decyzji;
 - za niewykonanie decyzji – do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki;
 - za nieudzielanie informacji lub utrudnianie kontroli:
- kara nakładana na przedsiębiorcę – do 50 mln euro;
 - kara nakładana na kierownika przedsiębiorcy – do 50-krotności przeciętnego wynagrodzenia.

Surowiej karane są zmowy przetargowe dotyczące produktów istotnych dla **szczególnie wrażliwych odbiorców** oraz **ważnych dla określonych sektorów gospodarki**, a także gdy porozumienie było **długotrwałe**.

Obostrzenie kary dla przedsiębiorców, którzy:

- byli liderami bądź inicjatorami porozumienia, lub nakłaniali innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu;
- przymuszali, wywierali presję lub stosowali środki odwetowe w stosunku do innych przedsiębiorców;
- już wcześniej dokonali podobnego naruszenia, np. dopuścili się zawarcia zmowy przetargowej;
- zawarli znową przetargową w sposób umyślny.

Zmowy wertykalne i horyzontalne

Mechanizmy zawierania zmów przetargowych

1. Zmowy przetargowe poziome (horyzontalne)

zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, którzy powinni ze sobą konkurować, działającymi na tym samym szczeblu obrotu, tj. pomiędzy aktualnymi lub potencjalnymi uczestnikami przetargu.

2. Zmowy przetargowe pionowe (wertykalne)

zawierane pomiędzy podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu, tj. pomiędzy organizatorem a uczestnikiem (-ami) przetargu.

Zmowy horyzontalne

Oferty kurtuazyjne

(podkładowe, zabezpieczające, ang. *cover bidding*,
complementary bidding)

- przedmiot uzgodnienia dotyczy tego, że określony uczestnik przetargu złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego (oferta kurtuazyjna) od oferty wytypowanej na zwycięską (oferta wspierana);
- oferta kurtuazyjna ma uwiarygodnić konkurencyjność przetargu, czy wywołać wrażenie, że cena z oferty wspieranej jest względnie korzystna;
- oferty kurtuazyjne często zawierają warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego lub błędy formalne, mogą również przewyższać szacunkową wartość zamówienia.

Zmowy horyzontalne

Ograniczanie ofert (ang. *bid-suppression*)

Strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem:

- w ogóle zrezygnuje z udziału w nim;
lub też
- po wzięciu udziału w przetargu wycofa już złożoną ofertę;
lub
- w jakiegokolwiek inny sposób spowoduje, że dana oferta w praktyce nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza (wykonawca ją składający zostanie wykluczony, lub oferta zostanie odrzucona).

Zmowy horyzontalne

Rozstawianie i wycofywanie ofert

- wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączonej z ograniczaniem ofert;
- w pierwszym etapie następuje uzgodnienie treści ofert, a w szczególności cen, w ten sposób, że poszczególne oferty są szeregowane („rozstawiane”), tak, by przez poszczególnych uczestników umowy składane były oferty, często znacznie różniące się ceną;
- następnie, jeżeli po otwarciu i upublicznieniu ofert, lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, okazuje się, że oferty członków kartelu zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana” (najczęściej przez nieuzupełnianie brakującej dokumentacji, niepoprawienie błędów w ofercie, etc.) w wyniku czego wykonawca zostaje wykluczony lub jego oferta jest odrzucana.

Zmowy horyzontalne – mechanizmy złożone

Zmowa przetargowa oparta o podział rynków (ang. *market sharing*)

- systemowe ustalenia, iż dani przedsiębiorcy nie będą w ogóle składać ofert określonym klientom lub też wygrywać organizowanych przez nich przetargów (podział podmiotowy), lub też nie będą uczestniczyć w przetargach, czy wygrywać przetargów w obrębie określonych obszarów geograficznych (podział geograficzny), albo dotyczących określonej kategorii przedmiotu zamówienia (podział przedmiotowy);
- podział rynków może również nastąpić przez ustalenie wielkości udziałów w rynku zmawiających się przedsiębiorców i odpowiednie podzielenie między nich puli przetargów.

Zmowy horyzontalne – mechanizmy złożone

Rotacja ofert (ang. *bid rotation*)

- systemowe ustalenia dotyczące określonej kolejności (schematu) wygrywania przetargów przez przedsiębiorców;
- najczęściej wykonawcy umawiają się, że będą wygrywać kolejno ogłaszane przetargi na zmianę, czyli rotacyjnie.

Zmowy horyzontalne – mechanizmy złożone

Współpraca wewnątrz grupy kapitałowej

- zgodnie z polskim Prawem zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu u.o.k.k., złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- w sytuacji gdyby przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej, wbrew swym wcześniejszym oświadczeniom, złożyli odrębne oferty w przetargu i dopuścili się zawarcia umowy przetargowej, istniałaby możliwość ścigania tego typu porozumienia przez Prezesa UOKiK.

Zmowy horyzontalne – mechanizmy złożone

Złożenie więcej niż jednej oferty, faktyczne podwójne uczestnictwo, podwykonawstwo

- zgodnie z Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę;
- gdy jeden podmiot składa ofertę samodzielnie jako wykonawca, oraz występuje jako podwykonawca w ofercie innego wykonawcy, oraz gdy zakres podwykonawstwa i całość innych okoliczności sprawy, w tym w szczególności wpływ podwykonawcy na opracowanie oferty wykonawcy, świadczą o tym, że podwykonawstwo jednego z uczestników przetargu w stosunku do innego uczestnika ma służyć faktycznemu podwójnemu uczestnictwu podwykonawcy w przetargu, takie porozumienie pomiędzy tymi uczestnikami przetargu może zostać uznane za zakazaną znowę przetargową.

Zmowy horyzontalne – mechanizmy złożone

Konsorcjum przetargowe

- Prawo zamówień publicznych dopuszcza złożenie przez kilku przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty;
- jeśli jednak konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby skutecznie złożyć oferty samodzielnie, bez współpracy między sobą, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie może stanowić zakazane porozumienie ograniczające konkurencję;
- niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy udział jego uczestników w rynku;
- jakkolwiek, nawet jeśli konsorcjanci mieli możliwość złożenia ofert samodzielnie, to zawarte między nimi konsorcjum można by uznać za dozwolone, kiedy powoduje zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum.

Zmowy wertykalne

- zawierane między zamawiającym a wykonawcą (wykonawcami);
- przedmiotem uzgodnienia jest przyznanie przez zamawiającego szczególnie korzystnych warunków jednemu lub grupie uczestników przetargu, co ma zapewnić im zwycięstwo w przetargu;
- najczęściej polegają na rozpisaniu przetargu „pod” konkretnego uczestnika;
- mogą również polegać na ujawnieniu jednemu z wykonawców, lub grupie wykonawców szczegółów SWZ przed jego opublikowaniem lub wcześniejszym ujawnieniu kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ujawnieniu tożsamości innych podmiotów wyrażających zainteresowanie udziałem w przetargu, lub szczegółów złożonych ofert przed oficjalnym ich otwarciem (mniejsze znaczenie przy elektronicznej).

Wykrywanie zmów przetargowych

Wykrywanie zmów przetargowych

Podstawowe przyczyny trudności dowodowych:

- praktycznie wszystkie osoby zaangażowane w znowę na ogół zdają sobie sprawę z jej nielegalności i będą zainteresowane jej ukryciem – z uwagi na zagrożenie odpowiedzialnością karną (art. 305 KK);
- używane przez zmawiających się metody bywają mocno zaawansowane, wysublimowane, co znacząco utrudnia uzyskanie bezpośrednich dowodów naruszenia;
- uzgodnienia mają charakter tajny, konspiracyjny, przedsiębiorcy niszczą lub ukrywają wszelkie dowody, które mogłyby wskazywać na naruszenie reguł konkurencji;
- nieskuteczność programu łagodzenia kar (program *leniency*) dla uczestników zmów przetargowych.

Wykrywanie zmów przetargowych

Sądy dopuszczają opieranie się na dowodach pośrednich:

- fakt zawarcia zmowy jest oceniany po „rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy”
(wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008r., XVII AmA 117/05);
- WARUNEK: całokształt ustalonych w sprawie faktów nie może dać się wyjaśnić inaczej, aniżeli zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję
(wyrok SA w W-wie z dnia 13 października 2009 r., VI ACa 6/09).

Wykrywanie zmów przetargowych

Wykazanie zmywy przetargowej na gruncie prawa antymonopolowego nie wymaga:

- **zaistnienia skutków porozumienia** – już samo zawarcie zmywy przetargowej narusza prawo, gdyż zmywy takie są antykonkurencyjne ze względu na sam swój cel;
- **wykazania subiektywnych antykonkurencyjnych intencji stron porozumienia** – wystarczające jest określenie obiektywnego celu ograniczenia konkurencji;
- **wykazania szkody zamawiającego** – samo zawarcie porozumienia jest zakazane;
- **wykazania winy konkretnych osób fizycznych**, które dopuszczają do zawarcia porozumienia przez przedsiębiorcę.

Okoliczności uprawdopodobniające - dowody pośrednie zmowy

Okoliczności uprawdopodobniające

- treść składanych ofert;
- forma składanych ofert;
- cechy przedsiębiorców;
- zachowania przedsiębiorców:
 - w danym przetargu;
 - na tle innych przetargów.

Okoliczności uprawdopodobniające

- tożsame oferty lub fragmenty ofert;
- jednakowe lub zbliżone wyjaśnienia;
- jednakowe błędy w ofertach;
- braki w ofertach;
- lakoniczność ofert;
- oferty niekolidujące.

Okoliczności uprawdopodobniające

- podobny wygląd i układ ofert;
 - podobna czcionka i charakter pisma;
 - jednakowe materiały piśmiennicze.
-
- Marginalne znaczenie w dobie elektronicznej zamówień publicznych.
-
- **Wskazana jest analiza metadanych plików przekazywanych przez wykonawców!**

Cechy przedsiębiorców

- więzy rodzinne;
- powiązania gospodarcze;
- powiązania kapitałowe;
- powiązania organizacyjne;
- powiązania towarzyskie.

Zachowania przedsiębiorców w danym przetargu

- wspólne działanie wykonawców;
- działanie jednego wykonawcy w imieniu innych wykonawców;
- zachowanie wskazujące na znajomość ofert konkurentów;
- zachowanie wskazujące na pewność co do przyszłego wyniku przetargu;
- wszelkie nietypowe, zaskakujące zachowania oferentów.

Zachowania przedsiębiorców na tle kilku przetargów

- składanie najkorzystniejszych ofert stale przez tych samych wykonawców;
- nieskładanie najkorzystniejszych ofert przez określonych wykonawców pomimo, że stale uczestniczą oni w przetargach;
- niezłożenie ofert przez „stałych” wykonawców;
- oferty cenowe wykonawców w danym przetargu są znacznie mniej korzystne niż ich oferty w innym podobnym przetargu;
- oferty cenowe wykonawców w danym przetargu są znacznie bardziej korzystne niż ich oferty w innym podobnym przetargu;
- udział w przetargach stale przez te same firmy w danych regionach geograficznych lub u tych samych zamawiających.

Wskazówki praktyczne – jak zapewnić konkurencję w przetargu

1. Przygotowanie do postępowania przetargowego:

- zidentyfikowanie dostępnych rodzajów produktów i cech produktów istotnych z punktu widzenia zamawiającego;
- sprawdzenie firm – potencjalnych wykonawców zamówienia;
- rozpoznanie zakresu cen obowiązujących w danym momencie na własnym rynku i rynkach sąsiednich;
- gromadzenie i okresowe (porównawcze) analizowanie danych o przebiegu i wynikach przetargów;
- organizacja szkoleń z zakresu zapobiegania i wykrywania zmów przetargowych dla pracowników prowadzących postępowania.

2. Właściwe określenie warunków zamówienia i dobra organizacja przetargu:

- nie należy określać zbyt wygórowanych i nieuzasadnionych warunków dopuszczenia do przetargu (przykładowo w zakresie wielkości obrotów przedsiębiorcy), tak by umożliwić udział w przetargu jak największej liczbie przedsiębiorców, przeprowadzić badanie rynku.
- trzeba możliwie szeroko określać przedmiot zamówienia, unikając jego nadmiernie drobiazgowego opisu – tak by do przetargu mogło przystąpić jak najwięcej oferentów, w przypadkach równoważności – dobrze opisać.
- jeśli to możliwe i uzasadnione, powinno się stosować dodatkowe kryteria poza najniższą ceną. Może to z jednej strony pozwolić na skuteczne konkutowanie za pomocą innych parametrów (np. jakościowych) większej liczbie przedsiębiorców, z drugiej zaś – zapobiec łatwej koordynacji i zмовie;

- o ile to możliwe, warto dzielić zamówienie na części, jeśli pozwoli to na udział większej liczby wykonawców, dobrze jest jednak unikać dzielenia zamówienia na części zbliżone pod względem wielkości, aby nie ułatwiać zmowy co do podziału rynku;
- jeśli to możliwe, należy unikać organizowania wspólnych spotkań z wykonawcami, aby nie dawać im okazji do komunikowania się, a wątpliwości związane z warunkami przetargu najlepiej wyjaśniać z każdym zainteresowanym indywidualnie.

Przyczynianie się do zwalczania zmów przetargowych przez Zamawiającego

Postępowanie w przypadku podejrzenia zmowy:

- staranne dokumentowanie wszelkich istotnych informacji mogących stanowić dowody pośrednie zmowy;
- powstrzymanie się od przedstawiania swoich wątpliwości uczestnikom przetargu, a w szczególności tym podejrzewanym o znowę;
- rozważenie, czy procedura przetargowa powinna być kontynuowana;
- nieformalny kontakt z organem antymonopolowym lub złożenie pisemnego zawiadomienia;
- ograniczenie kręgu osób wiedzących o kontaktach z organem antymonopolowym w ramach własnej organizacji.

**Skuteczne, systemowe zwalczanie
zmów przetargowych nie jest możliwe
bez informacji
od podmiotów mających bezpośrednią
wiedzę o przetargu (organizator,
podmioty nadzorujące)**

Dziękuję za uwagę

Adam Krukowski

Dyrektor Departamentu Przeciwdziałania Zmowom
Przetargowym, Urząd Ochrony Konkurencji i
Konsumentów

adam.krukowski@uokik.gov.pl