



Koncepcja zmowy przetargowej na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Cyprian Herl | Uniwersytet Wrocławski
<https://orcid.org/0000-0003-0008-4016>

Streszczenie

Słowa kluczowe:
zmowa przetargowa, zasada uczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza

Zmowa przetargowa należy do szerokiej grupy antykonkurencyjnych praktyk, mających na celu nieuczciwe wpłynięcie na decyzje zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem niniejszego artykułu jest zbadanie charakteru prawnego zmowy przetargowej oraz wskazanie jej podstawy prawnej zarówno na gruncie regulacji krajowej, jak i unijnej. W dalszej kolejności autor dokonuje charakterystyki najczęstszych form antykonkurencyjnych porozumień, opierając swoją analizę na dorobku orzeczniczym Krajowej Izby Odwoławczej oraz opracowaniach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju. Ponadto w artykule przedstawione zostały metody analityczne oraz środki dowodowe, za pomocą których możliwe jest wykazanie istnienia nieuczciwego porozumienia. Zwieńczeniem pracy jest dokładna analiza jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, którą przeprowadzono na gruncie powiązań gospodarczo-rodzinnych kilku wykonawców biorących udział w postępowaniu zamówieniowym.

The concept of tender collusion on the basis of the public procurement procedure (Summary)

Keywords:
tender collusion, the principle of fair competition, the National Appeals Chamber

Tender collusion belongs to a wide group of anti-competitive practices aimed at unfairly influencing the Employer's decisions regarding the selection of the best offer. The purpose of this article is to examine the legal nature of tender collusion and to indicate its legal basis, both on the basis of national and EU regulations. Next, the author characterizes the most common forms of anti-competitive agreements, basing his analysis on the jurisprudence of the National Appeal Chamber and the studies of the Organization for Economic Cooperation and Development. In addition, this article presents analytical methods and evidence means by which it is possible to prove the existence of an unfair agreement. The culmination of the work is a detailed analysis of one of the judgments of the National Appeal Chamber, which was carried out due to economic and family ties of several contractors participating in the procurement procedure.

Wstęp

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi wieloetapowy proces, w którym wykonawcy często dopuszczają się nieuczciwych praktyk, mających na celu zwiększenie szans w uzyskaniu zamówienia oraz maksymalizację zysku ekonomicznego. Jednym z takich działań podejmowanych wbrew zasadzie konkurencyjności jest zмова przetargowa, wokół której powstała rozbudowana doktryna oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO).

Zmowa przetargowa ze względu na swój charakter jest bardzo trudna do udowodnienia, przede wszystkim ze względu na fakt, że porozumienia tego rodzaju nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz są otaczane nawet przez samych wykonawców pełną dyskrecją. Powoduje to, że wielu wykonawców, pomimo posiadania uzasadnionych wątpliwości co do uczciwości swojej konkurencji, nie potrafi udowodnić stawianych zarzutów w postępowaniu przed KIO. W konsekwencji wielokrotnie można spotkać się z sytuacją na etapie postępowania odwoławczego, w której odwołujący podejmuje próbę wykazania zmowy przetargowej, jednak wskutek niedostatecznej ilości materiału dowodowego odwołanie nie zostaje ostatecznie uwzględnione.

Istotą opracowania jest przekazanie wiedzy na temat problematyki zmowy przetargowej na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej: p.z.p.). W niniejszym artykule podjęto próbę scharakteryzowania instytucji zmowy przetargowej w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem zarówno krajowej, jak i unijnej regulacji. W dalszej kolejności dokonano rozróżnienia pomiędzy zmovą wertykalną oraz horyzontalną, a także wskazano najczęstsze formy antykonkurencyjnych porozumień. Następnie autor przechodzi do omówienia możliwych sposobów wykazania zmowy przetargowej, podziału ciężaru dowodowego oraz trudności, jakie mogą wiązać się z wykazaniem istnienia zmowy w postępowaniu zamówieniowym. Wreszcie, przeanalizowany zostanie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 873/21), w którym zaistniało uzasadnione podejrzenie zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia.

Przesłanki istnienia zmowy przetargowej na gruncie prawa krajowego

Instytucja zmowy przetargowej została zdefiniowana w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275 – dalej: u.o.k.k.) jako porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac

lub ceny. W konsekwencji, aby można było mówić o znowie przetargowej z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., muszą wystąpić kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1) zawarcie niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu, którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert;
- 2) antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia;
- 3) brak podstaw do wyłączenia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na pojęcie „porozumienia”, które można zdefiniować jako możliwość przypisania przedsiębiorcom minimum wzajemnych kooperacji. Rację ma tutaj Ryszard Szostak, który podejmując próbę zdefiniowania znowy przetargowej, wskazał, że jest to „wyjątkowo nieuczciwe i bardzo szkodliwe dla obrotu porozumienie, nawiązywane pomiędzy osobami przystępującymi do przetargu, niekiedy także z udziałem organizatora, ograniczające lub choćby zakłócające konkurencję” (Szostak 2014: 30). Doktryna zatem uznaje szerokie rozumienie „porozumień”, które obejmują swoim zakresem także uzgodnienia przedsiębiorców, których antykonkurencyjny cel lub skutek nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (Sieradzka 2015: 8). Należy więc wskazać, że dla stwierdzenia znowy przetargowej nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, lecz przede wszystkim wola stron (wyrok KIO z 2.07.2012, KIO/UZP 1287/12). Podobne stanowisko zajął również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wskazujący, że „Pojęcia ‘porozumienie’, ‘decyzja związków przedsiębiorstw’ lub ‘praktyka uzgodniona’ stanowią, z subiektywnego punktu widzenia, formy znowy mające taki sam charakter i różniące się od siebie jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają. Kryteria określone przez orzecznictwo Trybunału na potrzeby oceny, czy zachowanie ma na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, mają zatem zastosowanie niezależnie od tego, czy chodzi o porozumienie, decyzję związków przedsiębiorstw lub uzgodnioną praktykę” (wyrok TSUE z 4.06.2009 r., C-8/08, T-Mobile Netherlands BV i inni p. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ZOTSiS 2009, nr 6A, poz. I-4529).

W nauce prawa zamówień publicznych wyodrębnia się trzy podziały porozumień antykonkurencyjnych spełniających przesłanki art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Po pierwsze, ze względu na formę przyjętej przez stronę kooperacji można wyróżnić: umowy (dokumenty w formie papierowej lub elektronicznej), nieformalne porozumienia (praktyki uzgodnione) oraz formy mieszane (współpraca między wykonawcami została sformalizowana na dokumencie i na tej podstawie podejmują wspólne działania w ramach poszczególnych postępowań zamówieniowych). Dla stwierdzenia, że określone porozumienie ma charakter antykonkurencyjny i zmierza do niezgodnego z prawem ingerowania w procedurę zamówieniową nie jest istotna forma takiego porozumienia. W konsekwencji bardzo częstą formą zawierania znowy przetargowej jest forma ustna, ponieważ znacznie utrudnia ona wykrycie porozumienia przez potencjalną konkurencję.

Druga kategoria podziału, skupiająca się na tym, kto jest stroną umowy przetargowej, wyróżnia umowy horyzontalne oraz umowy wertykalne. Pierwsze polegają na zawarciu porozumienia między dwoma wykonawcami zamierzającymi ubiegać się o realizację zamówienia. W drugim przypadku, gdy umowa ma charakter wertykalny, jedną ze stron porozumienia musi być zamawiający, z którym wykonawcy uzgadniają warunki udziału w postępowaniu oraz współpracę w trakcie procedury zamówieniowej. Niezależnie od tego, z którym rodzajem umowy przetargowej mamy do czynienia w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, konkurencyjność takiego postępowania ulega daleko idącemu ograniczeniu lub nawet ulega całkowitej erozji. Ma to szczególnie negatywny skutek dla podmiotów, które nie uczestniczą w umowie, tylko przestrzegają obowiązujących w postępowaniu regul. W konsekwencji, ze względu na wyjątkową szkodliwość umowy przetargowej, istnieją dwa reżimy odpowiedzialności w przypadku zawarcia takiego porozumienia. W przypadku umowy horyzontalnej sprawa podlega właściwości rzeczowej Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), do którego można wnieść stosowną skargę w przypadku podejrzenia zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Natomiast w przypadku umowy wertykalnej mamy do czynienia ze znacznie surowszym reżimem ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm. – dalej: k.k.), w szczególności art. 305 par. 1 k.k., które penalizuje umowy przetargowe, a w przedmiocie ich zawarcia orzeka sąd karny.

Ostatnia, trzecia kategoria podziału antykonkurencyjnych porozumień wyodrębnia rodzaje umowy przetargowej w zależności od tego, w jakiej formie wykonawcy uczestniczą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony może polegać to na indywidualnym składaniu ofert przez każdego z wykonawców, będących niezależnymi od siebie przedsiębiorstwami. Z drugiej zaś, może polegać na wspólnym złożeniu oferty przez zamawiających się wykonawców, działających w formie konsorcjum (grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia publicznego).

W ocenie, czy dane porozumienie będzie wchodziło w zakres zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. równie istotne jest wykazanie jego antykonkurencyjnego celu lub skutku. Należy przy tym podkreślić, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny (por. Jurkowska 2009: 379).

Cel określonego zachowania powinno się określać poprzez obiektywnie ustalony cel danego porozumienia, przy czym zawsze ustalenie to powinno uwzględniać gospodarczy kontekst, w jakim zawarto porozumienie. Do uznania, czy mamy do czynienia ze umową przetargową nie ma znaczenia przypadek czy zbieg okoliczności, lecz musi być to „celowe i przemyślane działanie stron porozumienia, którego celem jest uzyskanie korzyści rynkowej” (Zieliński 2020: 260). Cel porozumienia należy więc badać, opierając się na kryteriach obiektywnych i w okolicznościach konkretnej sprawy, przy czym dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 u.o.k.k. nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Rację

ma tutaj Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wskazujący, że istotę stanowi cel antykonkurencyjnego porozumienia, jednak żadnego znaczenia nie będzie miał fakt, czy taki cel został osiągnięty czy też nie (wyrok SOKiK z 5.03.2003, XVII Ama 40/02).

Z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Należy przy tym podkreślić, że bez znaczenia jest tutaj brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (wyrok SOKiK z 26.05.2006, XVII Ama 9/05). W konsekwencji, jak słusznie zauważyła Izba, „oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania” (wyrok KIO z 26.05.2021, KIO 873/21).

Spod regulacji art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wyłączone zostały porozumienia, które:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego,
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści,
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów (art. 8 u.o.k.k.).

Wszystkie powyższe przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie, aby wyłączenie z art. 8 u.o.k.k. miało zastosowanie.

Jeżeli wszystkie przesłanki z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zostaną spełnione, zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm. – dalej: u.z.n.k.). Ustawa nie zawiera jednak definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji, dlatego należy w tym zakresie skorzystać z przepisów ustawy u.z.n.k., która w art. 3 zawiera katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, wyznaczającą kategorię czynów nieuczciwej konkurencji, która odwołuje się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia w rozumieniu art. 6 u.o.k.k. może stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie,

ustawy te są względem siebie spójne, natomiast fakt zawarcia zmowy przetargowej może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw (Gawrońska-Baran 2021).

Fakt podejmowania przez wykonawcę nieuczciwych praktyk, w tym zawierania zmowy przetargowej, stanowi również podstawę wykluczenia go z postępowania. Wynika to z treści art. 108 ust. 1 pkt 5 *ab initio* p.z.p., zgodnie z którym wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Jak wskazała przy tym KIO, wykluczeniu z postępowania podlegać będzie każdy uczestnik takiego porozumienia biorący udział w postępowaniu, a nie tylko ten, który może uzyskać zamówienie lub może nieuczciwie doprowadzić do ograniczenia konkurencji. Wskutek wykluczenia wykonawcy z postępowania jego oferta również podlega odrzuceniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.).

Instytucja zmowy przetargowej na poziomie unijnym

Niezależnie od przepisów prawa krajowego również ustawodawca unijny uregulował instytucję zmowy przetargowej. W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm. – dalej: dyrektywa klasyczna) znajduje się kilka istotnych w tym kontekście regulacji. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na motyw 59 dyrektywy klasycznej wskazujący, że na unijnych rynkach zamówień publicznych rodzi się silna tendencja do agregacji zapotrzebowania przez publicznych nabywców w celu uzyskania ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, oraz w celu poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami. Można to uzyskać poprzez koncentrację zakupów pod względem liczby zaangażowanych instytucji zamawiających, bądź ilości i wartości w czasie. Agregacja i centralizacja zakupów powinny jednak być uważnie monitorowane w celu uniknięcia nadmiernej koncentracji siły nabywczej i zmowy oraz w celu zachowania przejrzystości i konkurencji, jak również możliwości dostępu do rynku dla MŚP. Upraszczając, ustawodawca unijny zwraca szczególną uwagę na aspekt agregacji i centralizacji zakupów, uważając, że rozwój tego zjawiska w sposób niekontrolowany może negatywnie wpłynąć na pożądaną w postępowaniu zamówieniowym konkurencyjność.

Konkretyzacją wskazanego wyżej motywu jest art. 26 ust. 4 dyrektywy klasycznej, który uszczegóławia reguły w przypadku zastosowania trybów ograniczających konkurencyjność, tj. procedury konkurencyjnej z negocjacjami i dialogu konkurencyjnego. Jak podkreśla Aleksandra Sołtysińska, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zezwalających na stosowanie wymienionych trybów jako wyjątków od zasady stosowania trybów podstawowych. Wynika to z faktu, że procedura z elementami negocjacji

nie zapewnia takiej przejrzystości i równości jak bardziej sformalizowane procedury podstawowe i dlatego przepisy dyrektywy 2014/24/UE ograniczają dopuszczalność jej zastosowania jedynie do tych przypadków, gdy jest to ściśle niezbędne. W konsekwencji w razie jakiegokolwiek sporu to na zamawiających będzie spoczywał ciężar dowodu, że spełnili oni przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia publicznego w drodze procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego (Sołtysińska 2016: 26).

Równie ważną regulacją w kontekście zmowy przetargowej co dyrektywa klasyczna jest art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm. – dalej: TFUE), wskazujący typy zachowań, których wystąpienie będzie stanowiło naruszenie lub co najmniej zakłócenie zasad konkurencji (Zieliński 2020: 260). Uważa się, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie, aby krajowy organ ochrony konkurencji stosował art. 101 ust. 1 TFUE do porozumienia przedsiębiorstw, które może mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi, pod warunkiem że porozumienie to skutkuje odczuwalnym ograniczeniem konkurencji w rozumieniu wskazanego postanowienia (wyrok TSUE z 13.12.2012, C-226/11, EXPEDIA INC. p. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE i inni, ZOTSIS 2012, nr 12, poz. I-795). Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy zweryfikować, czy porozumienie nie spowoduje ewentualnego ograniczenia konkurencji, a jeżeli taki skutek mógłby wystąpić, czy porozumienie takie spełniło kryterium braku odczuwalnego wpływu na konkurencję lub inne kryteria wyłączające stosowanie zakazu z art. 101 TFUE lub art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

Najczęściej występujące formy zmowy przetargowej

Zmowa przetargowa obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań, które w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego (decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011, RKT 2/2011). Podejmowane działania mogą mieć różny charakter, jednak zawsze nakierowane są na wzmocnienie pozycji zamawiających się wykonawców kosztem innych podmiotów.

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej: OECD) w *Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych* wymienia cztery formy porozumień, z którymi najczęściej można się spotkać w obrocie gospodarczym (OECD 2009). Pierwsza forma zmowy przetargowej, znana jako składanie ofert zabezpieczających (*cover bidding*), może polegać na 1) złożeniu droższej oferty niż ta wygrywająca, 2) złożeniu zbyt drogiej oferty, aby mogła konkurować z innymi, albo 3) złożeniu oferty, która nie spełnia wymaganych przez zamawiającego warunków przetargu (Piechucka, Stryzowska 2016: 5). Każda z tych opcji dąży do stworzenia fikcyjnej konkurencji, w rzeczywistości w pełni kontrolowanej przez zmówionych wykonawców, tak aby zamawiający nie był świadomy istniejącej współpracy między oferentami. Strategia ta, znana również jako składanie ofert symbolicznych, ma na celu stworzenie pozorów konkurencyjności, tak aby zamawiający w ostatecznym rozrachunku został zmuszony

do wybrania droższej oferty. Zmówieni wykonawcy mają ustalone role w postępowaniu zamówieniowym (np. zaproponowanie ceny przewyższającej możliwości finansowe zamawiającego czy niespełnienie warunków udziału w postępowaniu), które finalnie mają doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej dla nich oferty. Zamawiający, zazwyczaj nie mając świadomości istniejącej zmywy, wybierają droższe oferty, a zmówieni wykonawcy dzielą się zyskiem między sobą (Zieliński 2020: 260). Sposób działania takiej strategii dobrze ukazała KIO, wskazując, że „Formą zmywy przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregokolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zmywy np. poprzez dokonywanie płatności tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej (*cover biding*) lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów” (wyrok KIO z 16.03.2021, KIO 431/21).

Druga forma zmywy przetargowej, znana jako ograniczanie ofert przetargowych (*bid suppression*), polega na podjęciu wspólnej decyzji przez wykonawcę lub grupę wykonawców o niewzięciu udziału w przetargu bądź wycofaniu już złożonej oferty zanim została wybrana jako najkorzystniejsza. Strategia ta, znana również jako rezygnacja z udziału w postępowaniu przetargowym, może polegać na odmowie zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę w celu umożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą na dalszym miejscu w rankingu. Celem tej formy zmywy przetargowej jest zazwyczaj podział dodatkowo zdobytych zysków między wykonawców biorących udział w zmywie. Owe zyski pochodzą z uzyskanej w wyniku zmywy wyższej ceny umowy w sprawie zamówienia. Ponadto praktyką jest, że konkurenci, którzy celowo wycofali się z przetargu, nierzadko „wiążą się” się z wybranym wykonawcą jako jego podwykonawca (Dzierżanowski 2012; wyrok SA w Warszawie z 15.12.2015, VI ACA 1731/14).

Trzecia forma zmywy polega na rotacyjnym składaniu ofert przetargowych (*bid rotation*) przez wykonawców biorących udział w antykonkurencyjnym porozumieniu. Zamawiający się wykonawcy uzgadniają, który z nich w danym postępowaniu złoży najtańszą ofertę, w zamian za złożenie droższej w innym przetargu. Strategia ta po raz kolejny ma za zadanie stworzyć u zamawiającego przeświadczenie konkurencyjności postępowania. W rzeczywistości jednak cały przebieg procedury kontrolują wykonawcy, którzy w zamian za uzyskanie zamówienia dzielą się zyskiem lub zatrudniają się jako podwykonawcy na etapie realizacji przedsięwzięcia.

Ostatnia, czwarta forma zmywy przetargowej, znana jako alokacja rynkowa (*market allocation*), polega na wydzieleniu zamawiających lub obszarów geograficznych, na których poszczególne firmy biorące udział w zmywie przetargowej nie będą składać konkurencyjnych ofert. Jest to wielostronne porozumienie, w którym wykonawcy *de facto* uzgadniają swoją „właściwość przetargową”, tak aby nie konkurować ze sobą (Pływaczewski 2015: 91–123). W konsekwencji dochodzi do sytuacji, w której

u określonego zamawiającego oferty składa za każdym razem podobna grupa wykonawców, którzy „specjalizują się” w danej branży. Taka forma zmowy przetargowej często występuje w przetargach na duże zamówienia infrastrukturalne, których wymogi powodują siłą rzeczy ograniczenie konkurencyjności. Przykładem alokacji rynkowej jest składanie ofert podziałowych, które są ze sobą powiązane bądź też ściśle ze sobą współpracują. Jak wskazuje przy tym Sieradzka, „Możliwość składania ofert podziałowych może być ułatwiona dzięki warunkom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy jest przewidziany podział zamówienia na części. Wówczas oferty wykonawców zostają złożone na poszczególne zadania tak, aby ze sobą nie konkurowały” (Sieradzka 2017: 9).

Podsumowując, zмова przetargowa obejmuje swoim zakresem różne formy współpracy wykonawców, których głównym celem jest uzyskanie zamówienia oraz podział zysków ekonomicznych. Podejmowane działania mogą mieć różny charakter, jednak zawsze nakierowane są na wzmocnienie własnej pozycji w postępowaniu kosztem innych podmiotów. Najlepszym do tego sposobem jest stworzenie fikcyjnej konkurencji, aby zamawiający nie miał wątpliwości co do uczciwości oferentów. Tymczasem wykonawcy z góry planują przebieg danego postępowania, licząc na późniejszy zysk i udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Utajniony charakter takich porozumień oraz częsty brak bezpośrednich dowodów wskazujących na zawarcie zmowy przetargowej powoduje, że wielu zamawiających nie potrafi wykryć zawartego układu lub nie ma możliwości jego udowodnienia.

Problematyka udowodnienia zawarcia zmowy przetargowej i rozkładu ciężaru dowodu

Ze względu na swój specyficzny charakter fakt zawarcia zmowy przetargowej jest zawsze utrzymywany przez wykonawców w ścisłej tajemnicy. Powoduje to daleko idące trudności w wykryciu istnienia takiego porozumienia oraz jego udowodnienia, w szczególności wskutek małej ilości materiału dowodowego, który bezpośrednio potwierdzałby zawarcie zmowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując odwołania, w których pojawiały się zarzuty zawarcia zmowy przetargowej, wskazała, w jaki dopuszczalny sposób można udowodnić jej istnienie. Po pierwsze, dla wykazania zmowy przetargowej – zdaniem KIO – możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz są nawet otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. W konsekwencji konieczne jest odejście od surowych wymogów postępowania dowodowego na rzecz oparcia zarzutów na domniemaniach faktycznych, które mogą być bardzo pomocne w wykazaniu istnienia zmowy przetargowej. Jak zaznaczył tutaj Sąd Najwyższy, domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających

istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (wyrok SN z 9.08.2006, III SK 6/06).

Po drugie, za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zмовы przetargowej za pomocą tzw. dowodów pośrednich, znanych również jako poszlaki. Brak takiej możliwości w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie zмовы przetargowej może więc być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji (wyrok KIO z 19.01.2022, KIO 3745/21). Warto jednak zaznaczyć przy tym, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – istnienia zмовы przetargowej, zaś inne wnioski i inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (wyrok KIO z 26.05.2021, KIO 873/21).

Po trzecie, można posługiwać się zasadami logiki oraz prawdopodobieństwa. Jak bowiem wskazała KIO, „stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących analizie całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadza ono do stwierdzenia, iż w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie” (wyrok KIO z 10.11.2017, KIO 2213/17). Wykonawca wskazujący na nieuczciwe praktyki może więc posługiwać się także tzw. argumentami niededukcyjnymi.

Trudności związane z wykazaniem istnienia zмовы przetargowej są powszechnie znane, dlatego wśród praktyków prawa zamówień publicznych wypracowane zostały różne koncepcje metodologiczne wykrywania antykonkurencyjnych porozumień. W tym kontekście warto przeanalizować metodę ustalania istnienia zмовы przetargowej autorstwa Joanny Piechuckiej oraz Marty Stryzowskiej, które stosując metody analityczne, wypracowały dwustopniową procedurę wykrywania zмов przetargowych. Pierwszy stopień, polegający na podejściu strukturalnym, ma na celu wskazanie rynków, na których zaistnienie zмовы przetargowej jest szczególnie prawdopodobne. Drugi etap, skupiający się na już wyselekcjonowanych rynkach o wysokim potencjalnie działaniu antykonkurencyjnych, charakteryzuje się podejściem behawioralnym, w ramach którego najważniejszym zadaniem jest dogłębna analiza zachowania uczestników przetargu.

Podejście strukturalne polega na wyodrębnieniu kryteriów ułatwiających zawarcie zмовы przetargowej. Pierwsze kryterium to liczba firm obecnych na rynku. Należy bowiem wskazać, że im większa jest konkurencyjność w danej branży i im więcej wykonawców oferuje wykonanie danej usługi, roboty budowlanej czy dostawy, tym

trudniej koordynować działania poszczególnych firm w ramach zmowy przetargowej. Wynika to z faktu, że działający w zmowie wykonawcy nie są w stanie przewidzieć przebiegu postępowania zanim zostanie ono wszczęte, a skala konkurencji uniemożliwia sztuczne windowanie ceny za pomocą fikcyjnych ofert. Drugie kryterium to jednorodność produktu lub usługi. Jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany i wymaga trudnych do zrealizowania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy będą mieli poważne trudności w wypracowaniu antykonkurencyjnego porozumienia, w szczególności w zakresie wspólnej polityki cenowej. Jeżeli natomiast przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, wykonawcy działający w zmowie mogą z dużą precyzją przewidzieć kształtowanie się ofert konkurencji w trakcie postępowania. Kolejne kryterium ułatwiające zawarcie zmowy przetargowej to bariery wejścia. Oznacza to, że im większe są ograniczenia w wejściu na dany rynek, tym częściej działają na nim zmówieni ze sobą oferenci. Wynika to z faktu, że rynek charakteryzujący się małą konkurencyjnością siłą rzeczy jest bardziej narażony na niedozwoloną współpracę pomiędzy wykonawcami. Czwarte kryterium to informacja dostarczona w trakcie i po zakończeniu danego przetargu. Duża ilość informacji z przebiegu postępowania zamówieniowego pozwala monitorować dotrzymanie warunków zmowy przetargowej. Ewentualne odstępstwa od zmowy są wówczas łatwo wykrywalne. Kolejnym ważnym aspektem podejścia strukturalnego jest podobieństwo w kosztach konkurujących firm, które może wskazywać na wspólną politykę cenową wykonawców. Wynika to z samego charakteru zmowy przetargowej, w której wykonawcy pomimo koordynowania działań mogą równocześnie wzajemnie sobie nie ufać, przez co zobowiązują się do przestrzegania określonych granic cenowych. Jeżeli więc wartość ofert jest podobna, może to sugerować istnienie antykonkurencyjnego porozumienia. Następnym kryterium są kontakty firm na wielu rynkach, które ułatwiają porozumiewanie się reprezentantów konkurujących ze sobą firm i łatwiejsze zawieranie przez nich zmów przetargowych. Kolejnym kryterium w podejściu strukturalnym jest brak jednoznacznych substytutów. Oznacza to, że jeżeli dany produkt nie może zostać zastąpiony innymi, zwiększa się potencjalna możliwość sztucznego zawyżania ceny oferty. Skorelowane jest to z ostatnim kryterium ułatwiającym zawarcie zmowy, czyli z brakiem znaczącego postępu technologicznego, które również stanowi potencjalną przesłankę do stosowania antykonkurencyjnych metod rywalizacji gospodarczej.

Drugim etapem weryfikowania istnienia na danym rynku zmowy przetargowej jest podejście behawioralne, które skupia się na analizie struktury ofert przetargowych oraz identyfikowaniu podejrzanych zachowań wykonawców. Również w tym zakresie można wyróżnić kilka kryteriów pomagających w wykryciu zmowy przetargowej.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na podejrzane wzorce zachowań dotyczące sposobu składania ofert oraz częstotliwości, z jaką uczestnicy wygrywają przetargi, naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji. Do przykładów podejrzanych zachowań doktryna zalicza „zbyt niską liczbę ofert i nagłe podniesienie cen niewyjaśnione zmianą kosztów, czy też zmianą sytuacji na rynku. Ponadto, ceny przetargowe, które

gwałtownie spadają w momencie pojawienia się nowego uczestnika lub gdy rzadko uczestniczący oferent decyduje się wziąć udział w przetargu, to dodatkowy sygnał na zaistnienie zmywy przetargowej. Podejrzenie może też wzbudzić brak logicznego związku pomiędzy ofertami przetargowymi składanymi przez tę samą firmę. Przykładowo, oferta cenowa oferenta może okazać się znacznie wyższa w danym przetargu niż ta oferowana przez tego samego oferenta w podobnym przetargu, czego nie można wytłumaczyć istotną różnicą kosztów. Takie zachowania mogą świadczyć o składaniu oferty zabezpieczającej. Zdarza się również, że oferent wyznacza wyższą cenę przetargową w swoim rejonie niż w miejscach znacznie oddalonych, z którymi związane są na przykład znacznie wyższe koszty transportu” (Piechucka, Stryszowska 2016: 5). Pozostając przy kryterium podejrzanych wzorców zachowań, należy również zwrócić uwagę na przypadek, w których wykonawca po uzyskaniu zamówienia zatrudnia firmę podwykonawczą, która wcześniej złożyła ofertę w tym samym postępowaniu zamówieniowym. Taka sytuacja może sugerować, że dwaj wykonawcy współpracowali już w czasie ubiegania się o zamówienie publiczne. Kolejną i zdecydowanie nie mniej ważną oznaką prawdopodobnego zawarcia zmywy są częste spotkania i stosunki towarzyskie konkurencyjnych firm, które prowadzone są w celu uzgadniania wspólnego porozumienia. Ostatni przykład podejrzanego wzorca zachowań wynika z analizy dokumentacji ofertowej. Należy bowiem zauważyć, że podobieństwa w przygotowanych formularzach, podobne błędy w pisowni lub podobna terminologia tłumacząca wzrost cen powinny stanowić wystarczający powód dla podejrzeń o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia.

Drugim kryterium w podejściu behawioralnym jest analiza wariacji cen, u podstaw której leży spostrzeżenie, iż w porównaniu z sytuacją uczciwej konkurencji, w trakcie trwania zmywy przetargowej można nie tylko zaobserwować wzrost poziomu cen, ale również ich mniejszą wariację (Piechucka, Stryszowska 2016: 5). Na rynku zamówień publicznych standardem są duże wariacje cen poszczególnych wykonawców, dlatego jeśli widać, że w określonym przedziale czasu poziom takiej wariacji spada, można mieć uzasadnione podejrzenia o funkcjonowaniu w tym okresie zmywy przetargowej. Metoda ta pozwala wykryć porozumienia okresowe, cykliczne, które występują w określonym przedziale czasu.

Trzecie i czwarte kryterium skupia się na zauważalnym związku pomiędzy kosztami a wartością ofert lub między samymi ofertami. W pierwszym przypadku należy zwrócić uwagę na różnice pomiędzy kosztami rynkowymi a tymi wskazanymi w formularzach ofertowych. Zazwyczaj jeden ze zmawiających się wykonawców oferuje wykonane zamówienia po znacznie zawyżonej cenie, która nie ma uzasadnienia w aktualnych kosztach rynkowych. W drugim przypadku należy zbadać związek pomiędzy ofertami przetargowymi, które w warunkach uczciwej konkurencji zazwyczaj charakteryzują się dużą rozbieżnością cenową. Zmówieni wykonawcy, którzy pracują nad stworzeniem fikcyjnej konkurencyjności, zazwyczaj dążą do skorelowania ofert przetargowych.

Jak widać, wykazanie zmywy przetargowej może nieść za sobą poważne trudności dowodowe, jednak Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zarówno zamawiający, jak i konkurencja mogą skorzystać z domniemań faktycznych oraz dowodów pośrednich. W udowodnieniu zawarcia takiego porozumienia może pomóc dwustopniowa metoda ustalania istnienia zmywy przetargowej, która z wykorzystaniem podejścia strukturalnego oraz behawioralnego pokazuje najczęstsze mechanizmy stosowane przez zamawiających się wykonawców.

Powiązania gospodarcze a zмова przetargowa – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2021 r. (KIO 873/21)

Niedawno opublikowany wyrok KIO dobrze ilustruje, w jaki sposób może zachodzić mechanizm zmywy przetargowej oraz z jakimi trudnościami dowodowymi spotykają się odwołujący w trakcie rozpraw. Analizując kasus, samemu można nabrać wątpliwości, czy aby na pewno rozstrzygnięcie Izby było prawidłowe, ponieważ argumenty zarówno za istnieniem, jak i za nieistnieniem zmywy przetargowej wydają się porównywalnie silne.

W przedmiotowej sprawie zamawiający prowadził postępowanie z wykorzystaniem procedury odwróconej. Po zbadaniu złożonych ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak wskutek wniesionego odwołania cofnął swoją decyzję. W trakcie ponownego weryfikowania otrzymanych ofert doszedł do wniosku, że konsorcja, które zajęły trzy pierwsze miejsca, mogą być ze sobą powiązane rodzinnie, gospodarczo lub organizacyjnie, dlatego zażądał od wykonawców stosownych wyjaśnień. Wkrótce otrzymał wymagane dokumenty i doszedł do wniosku, że wykonawcy nie działali w zmywie przetargowej. Zanim jednak wybrał najkorzystniejszą ofertę, wystosował jeszcze żądanie wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny u dwóch pierwszych wykonawców. Tym razem ich wyjaśnienia okazały się niewystarczające, dlatego zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu najtańszych ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty należącej do konsorcjum z trzeciego miejsca w rankingu.

Decyzja zamawiającego spotkała się z dezaprobatą jednego z wykonawców, również biorącego udział w postępowaniu, który dopatrzył się w działaniu swoich konkurentów zmywy przetargowej i, aby temu przeciwdziałać, złożył odwołanie do KIO. Zdaniem odwołującego okoliczności faktyczne jasno wskazywały na to, że wykonawcy, którzy zajęli pierwsze miejsca w rankingu, oraz konsorcjum, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, działali w porozumieniu mającym ograniczyć zasady uczciwej konkurencji. Przykładowo wskazał, że obie spółki prowadzone były wcześniej pod jednym adresem, a ich udziałowcami byli małżonkowie, którzy zajmowali kierownicze stanowiska na poziomie zarządczym. Ponadto uważał, że obie oferty zostały sporządzone przez tę samą osobę, zapisane zostały na tym samym komputerze, a dokonane przelewy pochodziły z tego samego banku i zostały opatrzone tym samym tytułem

wpłaty. W konsekwencji uznał, że spółki, dysponując dwoma ofertami, mogły manipulować wynikiem postępowania oraz pozycjonowaniem w rankingu.

Odnosząc się do przytoczonych argumentów odwołującego oraz mając w pamięci ustalone w postępowaniu okoliczności faktyczne, Izba nie uwzględniła odwołania. Zdaniem KIO zebrany materiał dowodowy oraz podniesione argumenty nie pozwoliły na stwierdzenie, że doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, a bynajmniej nie zostało wykazane, aby przedstawione przez odwołującego domniemania faktyczne, jako zbiór faktów i zachowań łącznie, prowadziły do jednego wniosku – istnienia w postępowaniu zmywy przetargowej.

Po pierwsze, na dzień składania ofert nie istniały pomiędzy spółkami powiązania osobowe, ponieważ małżonkowie ustanowili rozdzielność majątkową małżeńską. W konsekwencji doszło do rozdzielenia zasobów zebranych w trakcie prowadzenia wspólnej działalności, takie jak komputery czy samochody. Wyjaśniałoby to, dlaczego obie oferty zostały zapisane przez tę samą osobę, ponieważ przypuszczalnie została ona zapamiętana w systemie informatycznym dwóch wykonawców. Podobnie Izba oceniła moc dowodową pozostałych dokumentów, jak tożsamy zakres umocowania zawarty w pełnomocnictwach składanych przez konsorcja w postępowaniu. Mając na względzie fakt, że obie spółki współpracowały ze sobą w przeszłości, a małżonkowie wspólnie prowadzili założone firmy, kwestią naturalną jest, iż obecnie działają na wypracowanych wspólnie wzorach dokumentów, pomimo że nie prowadzą już razem działalności.

Po drugie, na zawarcie takiego porozumienia nie wskazuje również przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zwróciła uwagę na fakt, że zamawiający uznał pierwotne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za wystarczające i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Samo złożenie odwołania na czynność zamawiającego nie jest potwierdzeniem realizacji z góry ustalonego planu czy układu, a raczej racjonalnym działaniem przedsiębiorcy, który dąży do uzyskania zamówienia. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownie badał oferty pod względem rażąco niskiej ceny, uznając ostatecznie wyjaśnienia wykonawców z pozycji pierwszej i drugiej rankingu za niewystarczające. Można więc stwierdzić, że wiele czynników w tym postępowaniu znacznie utrudniałoby jakiegokolwiek zaplanowanie i wykonanie z góry ustalonych działań mających na celu zakłócenie konkurencji.

Po trzecie, odnosząc się do zarzutów dotyczących współpracy wykonawców w ramach wcześniejszych postępowań, Izba zaznaczyła, że sam fakt działania na rynku i podejmowania współpracy przez przedsiębiorców nie oznacza automatycznie, iż nie mogą konkurować ze sobą w różnych postępowaniach. W zależności od wymagań zamawiających w przetargach przedsiębiorcy są uprawnieni uczestniczyć w postępowaniu w ramach konsorcjum, aby wspólnie spełnić warunki udziału

i zrealizować zamówienie w sytuacji, gdy nie posiadają doświadczenia i zasobów, które umożliwiłyby ubieganie się o udzielenie zamówienia samodzielnie.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zostało zawarte porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zbiór wszystkich faktów przedstawionych przez odwołującego oraz zawartych w materiale dowodowym był niewystarczający, aby z całą pewnością stwierdzić zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia. W konsekwencji Izba podjęła decyzję o oddaleniu odwołania i utrzymaniu w mocy decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zakończenie

Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opiera się w dużej mierze na poprawnym funkcjonowaniu zasady uczciwej konkurencji. Zmowa przetargowa jest przeciwieństwem tej zasady, a jej zawarcie oraz realizacja wynika z chęci osiągnięcia znacznie większych zysków ekonomicznych, niż miałyby to miejsce w przypadku uczciwej konkurencji. Ze względu na charakter zmowy, w szczególności fakt jej starannego ukrywania, porozumienie takie jest bardzo trudne zarówno w wykryciu, jak i w późniejszym udowodnieniu, czy to na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, czy przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W konsekwencji wypracowane zostały metody mające na celu ułatwić zamawiającym oraz wykonawcom badanie rynku i wykrywanie istnienia zmów przetargowych. Okazuje się jednak, że pomimo bogatego orzecznictwa oraz doktryny wciąż bardzo trudno wykazać zawarcie antykonkurencyjnych porozumień przetargowych.

Bibliografia

Literatura

- Gawrońska-Baran A., 2021, w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa.
- Jurkowska A., 2009, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa.
- Mazurek G., 2014, *Zmowa przetargowa jako czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, LEX/el.
- Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, 2009, *Wytyczne do zwalczania zmów przetargowych*, Paryż.
- Pawelec J., 2017, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz*, Warszawa.
- Piechucka J., Stryżowska M., 2016, *Metody ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 7.
- Pływaczewski W., 2015, *Przeciwdziałanie patologiom na rynkach finansowych. Od edukacji ekonomicznej po prawnokarne środki oddziaływania*, Warszawa.

Sieradzka M., 2015, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa.

Sieradzka M., 2017, *Zmowa przetargowa. Glosa do wyroku KIO z dnia 11 maja 2016 r., KIO 648/16*, LEX/el.

Sołtysińska A., 2016, w: H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE*, w: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa.

Stawicki A., 2016, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. E. Stawicki, wyd. 2, Warszawa.

Szostak R., 2014, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 1.

Zieliński A., 2020, *Zmowa przetargowa w zamówieniach publicznych*, „Monitor Prawniczy”, nr 5.

Akty prawne

Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 6 września 2011 r., RKT 2/2011.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2).

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r., XVII Ama 40/02.

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 maja 2006 r., XVII 873/21.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r., C-8/08, T-Mobile Netherlands BV i inni p. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ZOTSiS 2009, nr 6A, poz. I-4529.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2012 r., KIO/UZP 1287/12.

Wyrok Trybunału sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., C-226/11, Expedia inc. P. Autorite de la Concurrence i inni, ZOTSiS 2012, nr 12, poz. I-795.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 grudnia 2015 r., VI ACa 1731/14.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r., KIO 431/21.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2021 r., KIO 873/21.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r., KIO 3745/21.

Biogram

Cyprian Herl – doktorant na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół prawa zamówień publicznych, prawa budowlanego oraz partnerstwa publiczno-prywatnego. W latach 2020–2022 członek Rady Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Uczestnik wielu ogólnopolskich konferencji naukowych oraz autor publikacji naukowych w czasopismach internetowych i ogólnopolskich magazynach prawniczych. W latach 2019–2021 wiceprezes Koła Naukowego Europejskiej Kultury Prawnej UWr, natomiast w latach 2020–2021 wiceprezes Koła Naukowego Postępowania Administracyjnego UWr. Prywatnie pasjonat starożytności, podróży oraz sportów rakietowych.

Cyprian Herl – PhD student at Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław. His research interests focus on public procurement law, construction law and public-private partnership. In the years 2020-2022 a member of the Council of the Faculty of Law, Administration and Economics at the University of Wrocław. Participant of many nationwide scientific conferences and author of scientific publications in online journals and nationwide legal magazines. In 2019-2021, vice-president of the Scientific Circle of European Legal Culture of the University of Wrocław, and in 2020-2021, vice-president of the Scientific Circle of Administrative Procedure of the University of Wrocław. Privately, he is passionate about antiquity, traveling and rocket sports.