



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

# RAPORT

## SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH A ROZWÓJ KONKURENCJI W GOSPODARCE



Warszawa, wrzesień 2013 r.



Spis treści:

<b>Słownik najważniejszych pojęć i skrótów .....</b>	<b>5</b>
<b>Wstęp.....</b>	<b>7</b>
<b>Rozdział 1. Otoczenie regulacyjne systemu zamówień publicznych w Polsce .....</b>	<b>11</b>
1.1. Cele regulacji w zakresie zakupów publicznych.....	11
1.2. Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych.....	12
1.3. Prawo zamówień publicznych w Polsce .....	16
1.4. Rola Prezesa UZP .....	21
1.5. Rola Prezesa KIO i sądów.....	22
1.6. Rola innych organów: UOKiK, CBA, Prokuratura, ABW .....	22
1.7. Projekty zmian regulacji w zakresie zamówień publicznych.....	24
1.8. Wpływ nowelizacji ustawy oik na możliwości ścigania zμών przetargowych.....	28
1.9. Rola OECD w usprawnianiu funkcjonowania systemów zamówień publicznych .....	30
<b>Rozdział 2. Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w Polsce i UE .....</b>	<b>35</b>
2.1. Zamówienia publiczne w liczbach .....	35
2.2. Konkurencyjność przetargów.....	41
2.3. Efektywność systemu zamówień publicznych.....	48
2.4. Rola funduszy europejskich i kontrola zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej .....	51
2.5. Rola zamówień publicznych w systemie kontroli pomocy publicznej .....	55
<b>Rozdział 3. Ograniczenia konkurencji w systemie zamówień publicznych w Polsce .....</b>	<b>59</b>
3.1. Nieuczciwa konkurencja .....	59
3.2. Bariery w dostępie do przetargów.....	65
3.3. Zmowy horyzontalne .....	69
3.4. Zmowy pionowe i faworyzowanie wykonawców.....	74
3.5. Decyzje Prezesa UOKiK stwierdzające zmony przetargowe.....	75
3.6. Tworzenie konsorcjów .....	79

3.7. Pomoc publiczna w przetargach.....	82
<b>Rozdział 4. Propozycje dalszych działań w celu zwiększenia konkurencyjności i efektywności przetargów publicznych.....</b>	<b>85</b>
4.1. Działania mające na celu likwidację barier w dostępie do przetargów dla przedsiębiorców.....	85
4.2. Inicjatywy przeciwdziałające powstawaniu i usprawniające wykrywanie zμών przetargowych .	89
4.3. Działania zwiększające efektywność systemu zamówień publicznych .....	102
<b>Podsumowanie.....</b>	<b>105</b>
<b>Aneksy:</b>	
Aneks 1. Lista podstawowych unijnych aktów prawnych regulujących system zamówień publicznych.....	111
Aneks 2. Kraje stosujące oświadczenia o niezależnym przygotowaniu ofert (CIBD).....	113
Aneks 3. Reguły dotyczące przejrzystości procedury przetargowej w krajach UE.....	115
Aneks 4. Przykłady krajów, w których wykonawcy uczestniczący w zмовach są wykluczani z przyszłych postępowań.....	117
Aneks 5. Lista sektorów, w których wykryto zмовy przetargowe w więcej niż jednym kraju.....	119

## **Słownik najważniejszych pojęć i skrótów**

**BZP** – (skrót od Biuletyn Zamówień Publicznych) biuletyn wydawany przez Prezesa UZP, w którym publikowane są ogłoszenia o zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych.

**Dyrektywa klasyczna** – Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

**OECD** – (skrót od ang. Organization for Economic Co-operation and Development) Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju.

**Progi unijne** – graniczne wartości zamówień (bez podatku VAT), powyżej których podmioty zobowiązane są do przestrzegania zapisów dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

**TED** – (skrót od ang. Tenders Electronic Daily) suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, w którym publikowane są ogłoszenia o zamówieniach o wartości powyżej progów unijnych.

**Ustawa okik** – ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

**Ustawa Pzp** – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

**Wykonawca** – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenia zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

**Zamawiający** – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy Pzp.

## *Wstęp*

Współczesne gospodarki krajów europejskich charakteryzują się znaczącym udziałem wydatków sektora publicznego w produkcie krajowym brutto. Istotna część tych wydatków realizowana jest w postaci bezpośrednich lub pośrednich zakupów dóbr, usług lub prac budowlanych. Jednocześnie wiele przedsiębiorstw, w całości lub części, opiera swoją działalność na realizacji zadań wykonywanych na rzecz sektora publicznego. Aby zoptymalizować wydatki publiczne, jak również zapewnić przedsiębiorcom równy dostęp do rynków opierających się na zamówieniach publicznych, społeczeństwa reprezentowane poprzez władze ustawodawcze zbudowały system regulacji, w oparciu o które odbywają się zakupy realizowane ze środków publicznych. Właściwy kształt tych regulacji oraz otoczenia instytucjonalnego, łącznie zwanych systemem zamówień publicznych, stanowi jedno z podstawowych wyzwań stojących przed organami władz państwowych.

Kwestia optymalnej konstrukcji systemu zamówień publicznych jest nadzwyczaj skomplikowana. Cechy idealnego postępowania związanego z zamówieniami publicznymi, czyli takiego które umożliwi wzięcie w nim udziału przez wiele podmiotów gospodarczych, nie generuje wysokich kosztów dla organizatora, gwarantuje wybór oferty taniej, ale jednocześnie zapewniającej odpowiednią jakość realizacji zamówienia a będącego przy tym jawnym i przejrzystym, nie są zazwyczaj poddawane w wątpliwość. Regulacje mające zapewnić optymalizację jednej z tych cech mogą jednak przeciwdziałać uzyskaniu innych pożądanых cech. Przepisy gwarantujące minimalizację ceny jaką organizator zapłaci za kupowane dobro mogą powodować wzrost kosztów przeprowadzenia procedury przetargowej oraz zwiększyć czas, jaki będzie potrzebny na jej zakończenie. Z drugiej strony przetarg przeprowadzony zbyt szybko i zbyt tanio może w niewystarczającym stopniu zapewniać dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom, zwłaszcza należącym do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw. Dodatkowo przejrzystość i jawność procedur gwarantując równe traktowanie wszystkich zainteresowanych podmiotów, może jednocześnie ułatwiać wykonawcom podjęcie współpracy polegającej na zawieraniu niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję, czyli tak zwanych zmów przetargowych.

Powyższe konflikty sprawiają, że prawo zamówień publicznych podlega ciągłym zmianom, a organizatorzy przetargów, podmioty biorące w nich udział jak również instytucje związane z systemem zamówień permanentnie poszukują nowych sposobów jego udoskonalenia. O ile jednak przyjąć można, iż każdy z tych podmiotów ma na celu propagowanie regulacji minimalizujących konflikty na linii konkurencja – efektywność postępowania oraz konkurencja – przejrzystość procedur, szczegóły tych propozycji mogą się od siebie istotnie różnić w kierunkach wywoływanych zmian. Dla spójnego wdrażania polityki konkurencji i osiągnięcia celów prawa zamówień publicznych, jak również dla podnoszenia dobrobytu społecznego konieczne jest znalezienie złotego środka pomiędzy poszczególnymi cechami, jakie w powszechnej opinii powinny charakteryzować zamówienia publiczne.

Publikując niniejszy raport, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pragnie włączyć się w prace nad optymalizacją systemu zamówień publicznych. Chce wskazać, jakie są najistotniejsze, dostrzegane przez organ antymonopolowy, problemy w obszarze regulacji i funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Ponadto raport ma na celu przedstawienie propozycji rozwiązania tych problemów, zarówno na gruncie zmian legislacyjnych, jak poprzez konkretne działania w ramach obecnie obowiązujących regulacji. Po trzecie, raport ma zwrócić uwagę uczestników systemu na problemy widoczne z perspektywy organu ochrony konkurencji, zachęcić ich do zmiany zachowań na korzystniejsze z punktu widzenia rozwoju konkurencji. Powstanie raportu koresponduje również z zadaniami przyjętymi przez Prezesa UOKiK w dokumencie „Polityka Konkurencji na lata 2011-2013”<sup>1</sup>.

Niniejsze opracowanie składa się z czterech rozdziałów. Pierwszy z nich przedstawia cele tworzenia regulacji w zakresie zakupów publicznych a następnie omawia otoczenie prawne systemu zamówień w Polsce. Wskazano w nim jakie uregulowania wynikają z przepisów unijnych, a jakie przyjęte zostały na poziomie kraju. Ponadto wskazano na najważniejsze organy

---

<sup>1</sup> „Polityka Konkurencji na lata 2011-2013” przyjęta została przez rząd RP w maju 2011 r. Jeden z zawartych w niej priorytetów dotyczył intensyfikacji działań w celu eliminacji zmów przetargowych (Poziom I. Obszar A. Priorytet 1.).

państwa, które odpowiedzialne są za nadzorowanie poprawności funkcjonowania systemu zamówień publicznych oraz wskazano jakie obowiązki na nich spoczywają.

Kolejny rozdział dotyczy funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce. Opisana została w nim wielkość i struktura zamówień w Polsce w porównaniu do innych krajów członkowskich UE. Wskazano w nim również jak można mierzyć konkurencyjność i efektywność systemu zamówień oraz dokonano względnej oceny tych cech w porównaniu do zamówień w innych krajach członkowskich. W rozdziale tym wskazano również na znaczenie środków pochodzących z funduszy unijnych w systemie zamówień publicznych w Polsce z jednoczesną analizą wpływu kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE realizowanych przez Prezesa UZP na jakość procedur przetargowych. Rozdział drugi zakończony został wskazaniem związków pomiędzy systemem zamówień publicznych a kontrolą pomocy publicznej.

Trzeci rozdział zawiera opis problemów związanych z funkcjonowaniem konkurencji w systemie zamówień publicznych. Wskazano w nim na najistotniejsze, z punktu widzenia Prezesa UOKiK, zagrożenia, jakie mogą się pojawić przy organizacji przetargów oraz zaprezentowano dotychczasowe orzecznictwo Prezesa UOKiK w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję w zamówieniach publicznych. Ponadto przedstawiono stanowisko organu antymonopolowego wobec najbardziej kontrowersyjnych kwestii związanych z organizacją systemu zamówień publicznych.

Ostatnia część raportu zawiera przygotowane przez Prezesa UOKiK propozycje dalszych działań mających na celu zwiększenie konkurencyjności i efektywności systemu zamówień publicznych. Propozycje te pogrupowane zostały według efektu, jaki ich wprowadzenie miałyby przynieść, w trzy kategorie: likwidujące bariery dostępu do przetargów, zwiększające efektywność przeprowadzania przetargów oraz zmniejszające możliwość pojawienia się praktyk ograniczających konkurencję.

Niniejszy raport traktować należy nie jako krytykę obecnie funkcjonujących rozwiązań ale jako głos organu ochrony konkurencji w dyskusji na temat efektywności polskiego systemu

zamówień publicznych. Zaprezentowane spojrzenie skupia się tym samym głównie na kwestiach wspierania rozwoju konkurencji i ochrony rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami. Należy zakładać, że jedynie pogłębiona dyskusja nad systemem zamówień publicznych, uwzględniająca głosy wszystkich zainteresowanych i szerokie spektrum punktów widzenia, może skutkować poprawą funkcjonowania tego systemu.

## **Rozdział 1. Otoczenie regulacyjne systemu zamówień publicznych w Polsce**

Na początku opracowania przybliżone zostaną przyczyny regulowania organizacji zamówień publicznych oraz podstawowe regulacje determinujące sposób funkcjonowania systemu zamówień publicznych, zarówno na poziomie unijnym jak i krajowym. Ponadto omówione zostaną procedowane obecnie propozycje zmian prawa dotyczącego zamówień publicznych.

### **1.1. Cele regulacji w zakresie zakupów publicznych**

Podstawowym celem regulacji obszaru zamówień publicznych jest zapewnienie efektywności ekonomicznej przy realizowaniu zakupów wykorzystujących środki publiczne. Efektywność ta w szerokim znaczeniu oznacza, iż dokonywane zakupy powinny spełniać w możliwie najlepszy sposób przyjęte kryteria jakościowe, a jednocześnie wielkość środków jakie należy na nie poświęcić nie powinna być większa niż jest to niezbędne do spełniania tych kryteriów (najlepszy stosunek wartości do ceny). Uzyskanie efektywności ekonomicznej nie jest problemem jeśli zakupy dokonywane są przez przedsiębiorców lub gospodarstwa domowe. Wynika to z tożsamości podmiotu dokonującego zakupu z podmiotem na rzecz którego zakup jest dokonywany, który w warunkach poprawnie funkcjonującej konkurencji będzie podejmował optymalne dla siebie decyzje. Aby zakupy dokonywane przez władze publiczne były ekonomicznie efektywne rozwiązać należy dwa podstawowe problemy: zapewnić konkurencję oraz uniknąć zagrożeń związanych z rozdzieleniem podmiotu (agenta) dokonującego zakupu i właściciela środków, za które zakup jest dokonywany. Wymienione wyżej problemy rozwiązywane są współcześnie poprzez prawne uregulowania systemu zamówień publicznych.

Pierwsze z wyzwań stojących przed regulacjami systemu zamówień publicznych jest zbieżne z głównymi celami polityki konkurencji, którymi oprócz ochrony konkurencji są tworzenie warunków umożliwiających jej pojawienie się oraz wspieranie jej rozwoju. Konkurencja umożliwia osiągnięcie efektywności ekonomicznej w warunkach gospodarki rynkowej. Zamawiający dokonują zazwyczaj zakupów towarów i usług takich samych lub podobnych jak prywatni nabywcy. Jeśli więc w sektorze prywatnym konkurencja funkcjonuje poprawnie,

zaistnieje także możliwość pojawienia się jej przy zakupach dokonywanych z pieniędzy publicznych.

Wobec powyższego potrzeba tworzenia skomplikowanych i sztywnych regulacji w stosunku do zakupów publicznych wynika przede wszystkim z odmiennych od zakupów prywatnych źródeł finansowania. Zakupy publiczne dokonywane są w oparciu o środki publiczne, czyli w praktyce za środki uzyskane od społeczeństwa w formie podatków (dotyczy to zarówno środków krajowych, jak i środków unijnych, przy wydawaniu których korzysta się z podatków płaconych także w innych krajach członkowskich). Zamawiający, wykonujący czynności na rzecz podatników, nie mają z nimi bezpośredniego kontaktu, działają więc w zupełnie odmiennych warunkach niż nabywcy prywatni, którzy wydatkują środki własne lub osoby, która sprawuje nad nimi bezpośrednią kontrolę. Może to w konsekwencji rodzić silniejsze, niż w przypadku nabywców prywatnych, pokusy i możliwości nadużyć, których przejawem mogą być na przykład zwykle zaniedbania, faworyzowanie lokalnych lub znajomych przedsiębiorców, a nawet twarda korupcja. Przedstawionemu w ten sposób problemowi nadzorcy-agenta (ang. *principal-agent problem*) zaradzić można jedynie dzięki zastosowaniu szczególnego reżimu regulacyjnego.

## **1.2 Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych**

Podstawę prawną funkcjonowania systemu zamówień publicznych stanowią rozwiązania przyjęte na poziomie unijnym, które, w przypadku Polski, od połowy lat dziewięćdziesiątych były stopniowo przenoszone na grunt prawa krajowego. Najważniejszymi<sup>2</sup> aktami prawnymi w tym zakresie są Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej także: Dyrektywa klasyczna) oraz Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (dalej także: Dyrektywa sektorowa).

---

<sup>2</sup> Szersza lista podstawowych unijnych aktów prawnych dotyczących zamówień publicznych przedstawiona została w aneksie 1.

Należy mieć także na uwadze zapisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej także TFUE), który choć nie zawiera wprost uregulowań dotyczących systemu zamówień publicznych, to jednak wyznacza pewne podstawowe zasady, którym on podlega. W szczególności znaczenie mają tu przepisy dotyczące prawa gospodarczego Unii Europejskiej, w tym swobody przepływu towarów.

Ważnym zadaniem postawionym przed systemem uregulowań unijnych była potrzeba zwiększenia konkurencji, dostępności oraz otwartości systemu w ujęciu transgranicznym. Oznacza to w praktyce zwiększenie udziału wykonawców z innych krajów w ramach poszczególnych krajowych systemów zamówień publicznych. Osiągnięcie tak zdefiniowanego celu nie byłoby możliwe bez nałożenia na instytucje zamawiające szczegółowych obowiązków oraz zasad jakim muszą podlegać zamówienia publiczne. Dla przybliżenia założeń funkcjonowania zamówień publicznych na poziomie unijnym, szczególnie istotne jest odniesienie się do postanowień dyrektyw klasycznej i sektorowej<sup>3</sup>. Udzielenie zamówień publicznych odbywa się, jak już wspomniano wyżej, z poszanowaniem zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które z nich się wywodzą, takich jak zasada jawności, równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Ponadto udzielanie zamówień powinno odbywać się na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniając zgodność z ww. zasadami oraz gwarantując ocenę ofert w warunkach efektywnej konkurencji.

Podmioty objęte przepisami omawianych dyrektyw, to instytucje zamawiające, do których należy zaliczyć: państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego i ich związki. Chcąc podać przykłady takich instytucji, można wymienić: organy władzy publicznej, w tym organy administracji państwowej, uczelnie publiczne, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej itp. Jednocześnie wymienione podmioty zobowiązane są do przestrzegania zapisów dyrektyw w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia (bez podatku VAT) jest

---

<sup>3</sup> Dyrektywa klasyczna reguluje zakupy w zakresie robót budowlanych, dostaw i usług ogółem na różnych rynkach produktowych, natomiast dyrektywa sektorowa reguluje zakupy w sektorach regulowanych, tj. gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

równa lub wyższa od przyjętych wartości tzw. progów unijnych<sup>4</sup>. Ich wysokość jest zależna od klasyfikacji instytucji zamawiającej oraz rynku, na którym składane jest zamówienie. Najniższy próg wynosi 130 000 euro i dotyczy zamówień podmiotów z sektora finansów publicznych w zakresie dostaw i usług. Natomiast najwyższy próg 5 000 000 euro, dotyczy robót budowlanych i jest niezmienny niezależnie od rodzaju instytucji zamawiającej<sup>5</sup>.

Wartość progów unijnych wyrażona w euro jest taka sama dla wszystkich krajów członkowskich<sup>6</sup>. Dla zamówień publicznych poniżej tych progów zastosowanie mają uregulowania krajowe. W Polsce podstawowym aktem prawnym regulującym funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, a więc również wysokość progów, jest ustawa Prawo zamówień publicznych<sup>7</sup> (dalej ustawa Pzp) wraz z aktami wykonawczymi.

Wracając do uregulowań obowiązujących na poziomie unijnym, należy zauważyć, iż ustawodawca przewidział stosowanie następujących procedur udzielenia zamówień publicznych<sup>8</sup>:

---

<sup>4</sup> Wartości progów na poziomie unijnym są zapisane w dyrektywach. W Polsce Prezes Rady Ministrów co dwa lata określa w drodze rozporządzenia wysokość progów unijnych od poziomu których zastosowanie mają przepisy prawa unijnego (art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), co stanowi wdrożenie przepisów dyrektyw na grunt prawa krajowego. Aktualnie obowiązują progi unijne określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649).

<sup>5</sup> Obowiązujące aktualnie progi unijne wynoszą:

- dla zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych oraz podsektora samorządowego), a także dla zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej:
  - 130 000 euro – dla dostaw lub usług,
  - 5 000 000 euro – dla robót budowlanych;
- dla pozostałych zamawiających z wyjątkiem zamawiających sektorowych:
  - 200 000 euro – dla dostaw lub usług,
  - 5 000 000 euro – dla robót budowlanych;
- dla zamawiających sektorowych:
  - 400 000 euro – dla dostaw lub usług,
  - 5 000 000 euro – dla robót budowlanych.

<sup>6</sup> Informacja na temat równowartości ww. progów w walutach krajowych została opublikowana w komunikacie Komisji Europejskiej (Komunikat Komisji – Równowartość progów określonych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 3 grudnia 2011 r.).

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

<sup>8</sup> Ponadto możliwe jest zastosowanie: umowy ramowej, dynamicznego systemu zakupów oraz konkursu. Nie stanowią one, jednak co do zasady, odrębnych procedur, gdyż wymagane jest poprzedzenie ich wcześniejszym

- procedura otwarta, w której każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę;
- procedura ograniczona, w której o udział może ubiegać się każdy wykonawca, po czym tylko zaproszeni przez instytucję zamawiającą wykonawcy mogą złożyć swoje oferty;
- procedura negocjacyjna, w której instytucja zamawiająca konsultuje się z wybranymi przez siebie wykonawcami, po czym prowadzi negocjacje warunków udzielenia zamówienia z jednym lub więcej wykonawcami;
- dialog konkurencyjny, w której o udział może ubiegać się każdy wykonawca oraz w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi i na tej podstawie wybrania kandydatów zapraszanych do składania ofert<sup>9</sup>.

Procedura otwarta oraz ograniczona są procedurami podstawowymi, które mogą być stosowane w każdym przypadku. Odmiennie, procedury negocjacyjna oraz dialogu konkurencyjnego, mogą zostać wykorzystane tylko w ściśle określonych przypadkach (dotyczy to w szczególności zamówień skomplikowanych, czy też braku rozstrzygnięcia zamówienia po uprzednim wykorzystaniu procedur podstawowych). Przyjęcie takiego podziału wynika z faktu, iż procedury podstawowe zostały uznane za gwarantujące zachowanie zasad pełnej konkurencji na rynku, na którym przeprowadzane jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a dwa kolejne tryby, jako mogące mieć negatywny wpływ na konkurencję, stąd wprowadzone ograniczenia w ich stosowaniu.

Ponadto w dyrektywach szczegółowo zostały uregulowane także pozostałe kwestie związane z przebiegiem procesu udzielenia zamówień publicznych, w tym m.in. reguły dotyczące ofert i przejrzystości.

---

przeprowadzeniem procedury przetargowej (w przypadku konkursu procedura przeprowadzana jest po jego rozstrzygnięciu). Wyjątek stanowi konkurs, który w określonych przypadkach może stanowić odrębną procedurę.

<sup>9</sup> Procedura dialogu konkurencyjnego nie została przewidziana dla zamówień sektorowych. Jednocześnie jest to procedura, której stosowanie przewidziano tylko w przypadku szczególnie złożonych zamówień.

### 1.3 Prawo zamówień publicznych w Polsce

Poniżej zostaną przybliżone uregulowania krajowe, których treść i zakres w znacznej mierze jest wynikiem wdrożenia do porządku krajowego, omawianych wyżej aktów prawa unijnego. Jak już wspomniano, zamówienia publiczne o wartości poniżej progów unijnych podlegają przepisom ustawy Pzp, w której uregulowane zostały następujące zagadnienia:

- zasady i tryb udzielania zamówień publicznych,
- umowy w sprawach zamówień publicznych,
- działanie organów właściwych w zakresie zamówień publicznych, w tym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Rady Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej,
- kontrola udzielania zamówień publicznych,
- środki ochrony prawnej,
- odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Przepisy ustawy Pzp dotyczą przede wszystkim zamówień publicznych powyżej progu 14 000 euro udzielanych przez jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a także związki tych podmiotów<sup>10</sup>. Oddzielną grupę stanowią tzw. zamówienia sektorowe, do przeprowadzania których zobowiązane są podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W przypadku zamówień sektorowych zamawiający jest zobowiązany do stosowania ustawy Pzp wyłącznie w przypadku, gdy zamówienie dotyczy wykonywania działalności sektorowej oraz gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza wysokość progów unijnych. Zamawiający

---

<sup>10</sup> Sektor finansów publicznych tworzą przede wszystkim: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

Warto w tym miejscu wyjaśnić, iż NFZ stosuje przepisy ustawy Pzp tylko w odniesieniu do zamówień na własne potrzeby, natomiast usługi na rzecz świadczeniobiorców zamawia w oparciu o odrębne przepisy (Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2004 Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.)

mają możliwość udzielania zamówienia zarówno samodzielnie jak i wspólnie z innymi zamawiającymi.

W ustawie Pzp uregulowano także warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczą one:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- posiadania wiedzy i doświadczenia;
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Podobnie jak w omawianych wcześniej dyrektywach, także w ustawie Pzp wskazane zostały reguły, jakim podlegać powinien system zamówień publicznych i które obejmują zasady: równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnej uznawalności, proporcjonalności, przejrzystości, obiektywności oraz jawności. W ogólnym założeniu zasady funkcjonowania systemu zamówień publicznych są tożsame na poziomie unijnym i krajowym. Warto jednak zwrócić uwagę na zakres obowiązywania zasady jawności w polskim systemie. Podstawowym działaniem gwarantującym przestrzeganie zasady jawności, jest zapewnienie publicznego ogłoszenia o zamówieniu, co jest niezależne od przyjętego trybu udzielenia zamówienia. Zakres informacji, jaki zamawiający ujawnia podczas otwarcia ofert, obejmuje: nazwę (firmę) oraz adresy wykonawców, ceny, terminy wykonania zamówienia, okresy gwarancji i warunki płatności zawarte we wszystkich złożonych ofertach. Należy zwrócić uwagę, iż nie jest to rozwiązanie standardowe, biorąc pod uwagę uregulowania obowiązujące w innych państwach członkowskich, w których ujawnia się znacznie mniejszą ilość informacji. W Polsce odstępstwo od zasady jawności dotyczy m.in. nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zachowania poufności, co do informacji technicznych i handlowych uzyskanych od wykonawców w drodze negocjacji oraz dialogu konkurencyjnego, a w przypadku zamówienia obejmującego informacje niejawne, ograniczenia dostępu do informacji jedynie dla osób posiadających odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa.

Zamawiający zostali zobowiązani do przestrzegania ww. zasad na każdym etapie procedury udzielenia zamówienia publicznego (od przygotowania zamówienia, przez jego przeprowadzenie, do zawarcia umowy udzielenia zamówienia). Naruszeniem powyżej wskazanych zasad może być takie przygotowanie przez zamawiającego opisu zamówienia, że uniemożliwia ono udział w postępowaniu wszystkich zainteresowanych wykonawców poza jednym, dla którego jest szczególnie korzystny.

Istotnym przepisem, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, jest zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Zakaz ten dotyczy zarówno takiego podziału, w wyniku którego niestosuje się przepisów ustawy Pzp tj. podział na zamówienia poniżej wartości 14 000 euro, jak i podziału na zamówienia poniżej progów unijnych, umożliwiającym stosowanie mniej rygorystycznych procedur.

Ustawodawca przewidział, iż podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych, podobnie jak w przypadku regulacji unijnych, są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Ponownie zamawiający może zastosować je w każdym przypadku, co oznacza, iż nie przewidziano dla tych trybów konieczności wystąpienia jakichkolwiek dodatkowych okoliczności.

Ponadto w ustawie Pzp uregulowano także alternatywne tryby udzielania zamówień publicznych. Tryby te jednak mogą być stosowane tylko i wyłącznie w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Możliwość ich zastosowania jest uzależniona od wartości udzielanego zamówienia oraz charakteru produktu/usługi będącego przedmiotem zamówienia. Warto odnotować, iż dla zamówień publicznych o wartości poniżej progów unijnych (tzw. zamówienia podprogowe) oraz dla wszystkich zamówień sektorowych, ustawodawca zrównał tryb negocjacji z ogłoszeniem z podstawowymi trybami tj. przetargiem nieograniczonym i przetargiem ograniczonym<sup>11</sup>. W ustawie Pzp przewidziano alternatywne tryby udzielania zamówień w postaci:

---

<sup>11</sup> Jednocześnie w żadnym przypadku nie uznaje się za oddzielne tryby zamówień publicznych: konkursu, dynamicznego systemu zakupów oraz umowy ramowej.

- negocjacji z ogłoszeniem, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert;
- dialogu konkurencyjnego, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert;
- negocjacji bez ogłoszenia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert;
- zamówienia z wolnej ręki, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą;
- zapytania o cenę, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert oraz
- licytacji elektronicznej, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego łączenia się z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

Standardowy przebieg procedury o udzielenie zamówienia rozpoczyna się opublikowaniem przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze. W przypadku zamówień podprogowych o wartości równej lub wyższej od 14 000 euro informacje o zamówieniu muszą być publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej także BZP), a w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczających progi unijne w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (ang. Tenders Electronic Daily – dalej także TED). Ponadto w przepisach przewidziano możliwość publikowania ogłoszeń o planowanych zamówieniach publicznych, co jest działaniem zgodnym z zasadą jawności i stanowi podstawę do skrócenia terminów składania ofert przez zamawiającego.

Niezwykle istotnym elementem ogłoszenia jest opis przedmiotu zamówienia, który powinien zostać wykonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń. Jednocześnie nie jest dozwolony taki opis przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać równy dostęp wszystkim potencjalnym wykonawcom. Wykonawcy, po zapoznaniu się z przygotowanym przez zamawiającego opisem przedmiotu, nie mogą mieć wątpliwości co i w jakim zakresie jest przedmiotem zamówienia.

Podstawowym dokumentem w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest **specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej także siwz)**. Zamawiający jest zobowiązany przygotować siwz dla każdego trybu, z wyjątkiem zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej. W przetargu nieograniczonym zamawiający udostępnia ponadto siwz na swojej stronie internetowej przez okres od dnia publikacji ogłoszenia w oficjalnym publikatorze do upływu terminu składania ofert. W pozostałych trybach, tj. w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym i negocjacjach bez ogłoszenia, zapytaniu o cenę, zamawiający przekazuje siwz wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Kolejnym etapem w procesie o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty, co następuje po zapoznaniu się z zawartością ofert złożonych przez wykonawców, przy czym każdy z wykonawców może złożyć tylko jedną ofertę a treść złożonej oferty musi odpowiadać wymaganiom opisanym w siwz<sup>12</sup>. Jednocześnie z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert, czyli terminu następującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert. Otwarcie ofert jest jawne, a przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jak już wspomniano wcześniej, podczas otwarcia ofert, podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Następnie oferty są badane i oceniane. Na tym etapie zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert lub uzupełnienia ewentualnych braków. Niezłożenie przez wykonawców żądanych wyjaśnień i dokumentów skutkuje odrzuceniem oferty. Na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę. Procedura o udzielenie zamówienia publicznego

---

<sup>12</sup> Przepis ten nie dotyczy licytacji elektronicznej oraz zamówienia z wolnej ręki, w których nie dochodzi do składania oferty.

kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ustawie Pzp przewidziane zostały środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Więcej informacji na ten temat zamieszczono w dalszej części rozdziału.

#### **1.4. Rola Prezesa UZP**

Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP), przy czym Urząd Zamówień Publicznych (UZP) jest jednostką budżetową powołaną do obsługi Prezesa UZP. W ustawie Pzp przewidziano szereg szczegółowych zadań dla Prezesa UZP. W ogólnym ujęciu został on zobowiązany do dbania o przejrzystość procesu udzielania zamówień publicznych, zapewniając przedsiębiorcom niedyskryminujący dostęp do nich.

Do zadań Prezesa UZP należy między innymi wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych, w którym zamieszczane są ogłoszenia przewidziane ustawą, w tym o udzielenie zamówień publicznych poniżej progów unijnych. Ponadto Prezes UZP opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej roczne sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce.

W celu realizacji powierzonych mu zadań, Prezes UZP został uprawniony do przeprowadzania działań kontrolnych. Może on przeprowadzić kontrolę zarówno przed zawarciem umowy z wykonawcą (kontrola uprzednia) jak i w okresie 4 lat od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia (kontrola następcza). W kompetencji Prezesa UZP mieści się także przeprowadzenie kontroli doraźnej, która może być wszczęta z urzędu lub na wniosek w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Od wyniku przeprowadzonej kontroli zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń. Jeśli nie zostaną one uwzględnione, Prezes UZP przekazuje zgłoszone zastrzeżenia Krajowej Izbie Odwoławczej, która wydaje opinię wiążącą dla Prezesa UZP. W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp, Prezes UZP może nałożyć na zamawiającego karę

pieniężną, której wysokość jest uzależniona od wartości skarżonego zamówienia. Prezes UZP może także wystąpić do sądu o unieważnienie kwestionowanej umowy w całości lub części.

### **1.5 Rola Prezesa KIO i sądów**

W wyniku zmian wprowadzonych do ustawy Pzp w 2007 r. została powołana Krajowa Izba Odwoławcza (KIO), która jest sądem specjalnym w rozumieniu 267 TFUE właściwym do rozpatrywania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W skład KIO może wchodzić nie więcej niż 100 członków spełniających wymagania przewidziane w ustawie Pzp<sup>13</sup>. KIO, oprócz rozpatrywania odwołań, wypełnia swoje ustawowe zadania także poprzez rozpatrywanie:

- zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa UZP oraz
- wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Członkowie KIO przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa.

Do Prezesa KIO mogą być wnoszone odwołania od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W kolejnej instancji stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, przysługuje skarga na orzeczenie KIO, składana do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego.

### **1.6 Rola innych organów: UOKiK, CBA, Prokuratura, ABW**

Ważną rolę w ochronie konkurencji w systemie zamówień publicznych pełni Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK). Zadania organu antymonopolowego dotyczą oceny działań, podejmowanych zarówno przez zamawiających jak

---

<sup>13</sup> Krajowa Izba Odwoławcza zastąpiła 363 arbitrów z listy prowadzonej przez Prezesa UZP, powoływanych każdorazowo do rozpoznania konkretnej sprawy.

i wykonawców, pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>14</sup> (dalej także: ustawa okik). Prezes UOKiK został powołany do ochrony konkurencji i konsumentów na wszystkich rynkach poprzez przeciwdziałanie nadużywaniu przez przedsiębiorców pozycji dominującej, jak i zawierania niedozwolonych prawem porozumień antykonkurencyjnych. W przypadku zamówień publicznych ma to szczególne znaczenie, ponieważ nadużycia po pierwsze prowadzą do zaburzeń konkurencji na rynkach, na których zamawiający składa zamówienie, a po drugie wskutek podejmowanych przez przedsiębiorców działań antykonkurencyjnych środki publiczne wydatkowane są nieefektywnie, co przynosi szkody gospodarce oraz konsumentom. Specyfika działań Prezesa UOKiK w obszarze zamówień publicznych zostanie omówiona szerzej w rozdziale 3.

Kolejnym organem centralnej administracji rządowej zaangażowanym w prawidłowe funkcjonowanie sektora zamówień publicznych jest Centralne Biuro Antykorupcyjne (CBA). CBA zostało powołane w 2006 r. do zwalczania korupcji w życiu publicznym i gospodarczym, w szczególności w instytucjach państwowych i samorządowych, a także do zwalczania działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa. Do zadań CBA należy między innymi przeprowadzanie czynności kontrolnych, polegających na badaniu i kontroli określonych przepisami prawa procedur w przedmiocie udzielania zamówień publicznych. W swoich działaniach CBA zajmuje się przede wszystkim badaniem czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dochodzi do zakazanych prawem porozumień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, gdzie występuje stosunkowo duże prawdopodobieństwo przekazania przez wykonawcę korzyści majątkowych osobie odpowiedzialnej za przeprowadzenie procesu zamówienia. Właśnie w celu przeciwdziałania m.in. takim praktykom w 2010 roku CBA przygotowało i opublikowało „Rekomendacje postępowania antykorupcyjnych przy stosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych”. Dokument ten ma na celu przybliżenie procesu udzielania zamówień publicznych oraz wspieranie kierowników jednostek zamawiających w prowadzeniu postępowań dotyczących zamówień publicznych. Omówione w nim zostały często pojawiające się nieprawidłowości oraz sposoby zapobiegania im.

---

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

Wykrywaniem i zwalczaniem nieprawidłowości w przetargach publicznych, zwłaszcza w zakresie zjawisk korupcyjnych, zajmują się także inne instytucje. W szczególności Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego prowadzi działalność w zakresie ścigania korupcji urzędników zajmujących wyższe stanowiska w administracji publicznej w związku z przetargami oraz zwalcza zmowy przetargowe przynoszące znaczne straty Skarbowi Państwa. W realizację projektu tarczy antykorupcyjnej, funkcjonującego w latach 2008-2011, obejmującego zasięgiem niektóre przetargi o wartości powyżej 20 mln zł, zaangażowane były również inne służby, takie jak Agencja Wywiadu i Służba Kontrwywiadu Wojskowego<sup>15</sup>. Zwalczaniem zmów przetargowych, jako działalności kryminalnej, zajmują się również wydziały do walki z przestępczością gospodarczą Policji we współpracy z Prokuraturą.

Aby zwiększyć koordynację działań mających na celu wykrywanie i zwalczaniu zakłóceń w przetargach publicznych oraz rozwinąć wymianę doświadczeń w tym zakresie różnych zaangażowanych w te działania podmiotów. Prezes UOKiK rozpoczął współpracę z takimi instytucjami jak ABW, CBA, KIO, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Prokuratura i Policja. W szczególności współpraca ta przybrała formę szkoleń organizowanych przez Prezesa UOKiK. Od listopada 2012 roku zorganizowanych zostało 9 szkoleń, warsztatów lub prelekcji, w których pracownicy UOKiK przedstawiali problematykę zwalczania zmów przetargowych instrumentami prawa ochrony konkurencji. W ramach wskazanych wyżej wystąpień omawiany był zakres zakazu zmów przetargowych, sankcje grożące za takie praktyki i aktualne orzecznictwo organu antymonopolowego, a także instrumenty zwalczania zmów przetargowych, sposoby identyfikowania zmów przetargowych oraz metody przeciwdziałania takim antykonkurencyjnym praktykom.

### **1.7. Projekty zmian regulacji w zakresie zamówień publicznych**

Ponieważ aktualnie obowiązujące regulacje nie spełniają w pełni postawionych przed nimi zadań, w ostatnich latach trwała ożywiona dyskusja nad zmianami, jakim powinny zostać

---

<sup>15</sup> Celem projektu „tarcza antykorupcyjna” jest stworzenie mechanizmów zapobiegawczych, które mają zmniejszyć zagrożenie korupcją w obszarach prywatyzacji majątku Skarbu Państwa (osłoną antykorupcyjną objęto wybrane spółki Skarbu Państwa przewidziane w planie prywatyzacji na lata 2008-2011) oraz zamówień publicznych o szacunkowej wartości powyżej 20 mln zł, realizowanych w ramach 10 ministerstw.

poddane regulacje unijne w odniesieniu do zamówień publicznych. Potrzeba ta potwierdzona jest analizami prowadzonymi przez Komisję Europejską, orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także uwagami przekazywanymi przez uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zarówno po stronie zamawiających jak i wykonawców.

W związku z tym w grudniu 2011 r. Komisja Europejska przedstawiła projekty zmian dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, będących częścią pakietu, mającego za zadanie modernizację systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej. W skład pakietu weszły:

- Wniosek dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM(2011)896);
- Wniosek dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (COM(2011)895);
- Wniosek dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji (COM(2011)897).

Zaproponowane w projektach dyrektyw zmiany przepisów stanowią jedno z 12 działań priorytetowych określonych w „Akcje o jednolitym rynku” przyjętym przez Komisję Europejską w kwietniu 2011 r. Wskazano w nim, iż konieczne jest stworzenie ram prawnych, które umożliwią:

- przyjęcie zrównoważonej polityki wspierającej popyt na dobra i usługi przyjazne dla środowiska, odpowiedzialne społecznie i innowacyjne,
- zaoferowanie prostszych i bardziej elastycznych procedur instytucjom zamawiającym,
- zapewnienie łatwiejszego dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorstwom.

Mając na uwadze powyższe, Komisja Europejska zawarła w ww. dokumentach następujące postulaty:

- uproszczenia i uelastycznienia zasad i procedur rządzących zamówieniami (m.in. wprowadzenie możliwości korzystania z instrumentu negocjacji, czy też rozszerzenie wykorzystania narzędzi elektronicznych jako środka komunikacji w obszarze zamówień publicznych);

- ułatwienia dostępu do zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorstwom (m.in. zredukowanie obciążeń oraz wprowadzenie zachęt do dzielenia zamówień na części);
- ułatwienia możliwie najlepszego wykorzystania zamówień publicznych w kategoriach jakościowych (m.in. pełniejsze uwzględnienie kryteriów społecznych i związanych z ochroną środowiska);
- ulepszenia istniejących gwarancji służących zapobieganiu konfliktom interesów, faworyzowaniu oraz korupcji, w celu zagwarantowania uczciwości procedur;
- wyznaczenia przez każde państwo członkowskie jednego krajowego organu odpowiedzialnego za nadzór nad zamówieniami publicznymi oraz ich realizację i kontrolę, zapewniając lepsze stosowanie przepisów na szczeblu lokalnym.

Aktualny stan prac nad modernizacją systemu zamówień publicznych, będący rezultatem spotkań Grupy Roboczej ds. Zamówień Publicznych oraz posiedzeń Rady ds. Konkurencyjności, przedstawiony został w kompromisowym tekście prezydencji z dnia 30 listopada 2012 r. (2011/0438(COD)). Poniżej zaprezentowane zostały wybrane rozwiązania w nim zaproponowane:

- wprowadzenie obowiązku w pełni elektronicznej komunikacji tj. komunikacji za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczenie do udziału i przekazywaniem ofert;
- ograniczenie wykorzystania procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu wyłącznie do szczególnie wyjątkowych okoliczności, co jest uzasadnione niekorzystnym wpływem takiego trybu na konkurencję;
- zwiększenie elastyczności wykorzystania procedury udzielania zamówień zakładającej możliwość negocjacji;
- uproszczenie przepisów regulujących dynamiczne systemy zakupów, aby umożliwić instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości oferowanych przez ten instrument;
- uelastycznienie zasad podziału zamówienia na części w celu zwiększenia aktywności na rynkach związanych z zamówieniami publicznymi małych i średnich przedsiębiorstw;
- wprowadzenie możliwości wykluczania wykonawców, którzy zawarli z mową przetargową;

- wprowadzenie obowiązku przygotowywania przez zamawiających indywidualnych sprawozdań z każdego udzielonego zamówienia i ich raportowania do odpowiednich organów.

Krajowe regulacje systemu zamówień publicznych podlegają niezwykle dynamicznym zmianom. Ustawa Pzp była nowelizowana wielokrotnie w ciągu ostatnich dwóch lat. Również w czasie opracowywania niniejszego raportu, trwały intensywne prace nad różnorodnymi zmianami legislacyjnymi, mającymi na celu usprawnienie funkcjonowania zamówień publicznych w Polsce, wprowadzenie poprawek w implementacji obowiązujących dyrektyw unijnych lub przygotowanie do implementacji nowych dyrektyw. Z ważniejszych nowelizacji przygotowanych przez rząd RP, według stanu na lipiec 2013 r., wymienić należy:

- projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (dot. podwykonawstwa),
- projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej także: projekt założeń),
- projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (dot. progu bagatelności) – tzw. nowelizacja wydzielona.

Nad pierwszą z wymienionych wyżej nowelizacji pracuje obecnie Sejm RP (druk sejmowy nr 1179). Projekt ustawy reguluje szczegółowo zasady zawierania umów o podwykonawstwo w realizacji zamówień publicznych. Ustawa określa również zasady bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy przez zamawiającego.

Nieaktualny już projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy Pzp skierowany do konsultacji społecznych we wrześniu 2012 r. zawierał między innymi propozycję podwyższenia progu bagatelności (progu wartości zamówienia, poniżej której zamawiający nie mają obowiązku stosowania przepisów ustawy) z obecnych 14 tys. euro do 20 tys. euro wyłącznie w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, które nie są współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Zmiana ta została wydzielona z projektu założeń jako pilna i skierowana do prac legislacyjnych jako projekt ustawy (w międzyczasie zrezygnowano ze stosowania ograniczeń w oparciu o fakt współfinansowania ze środków unijnych). Został on przyjęty przez Radę

Ministrów na posiedzeniu w dniu 9 lipca 2013 roku. Na obecnym etapie prac zawiera on przepisy skutkujące:

- podniesieniem progu bagatelności do 30 tys. euro;
- rozszerzeniem przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki w zakresie zamówień na cele badawcze;
- wprowadzeniem możliwości unieważnienia postępowania w zakresie badań i rozwoju w związku z nieprzyznaniem środków na jego sfinansowanie;
- rezygnacją z progu wartościowego dla zamówień uzupełniających;
- zwolnieniem zamawiającego z obowiązku żądania od artystów twórców złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
- doprecyzowaniem przepisów dotyczących wyłączenia stosowania przepisów Pzp w zakresie badań i rozwoju.

Pozostałe zmiany proponowane w projekcie nowelizacji ustawy, w tym uwagi o charakterze systemowym, będą procedowane wraz z pozostałymi propozycjami zawartymi w projekcie założeń (w kwietniu 2013 roku powstał nowy tekst projektu założeń). W celu ułatwienia osiągnięcia kompromisu, Komitet Stały Rady Ministrów powołał międzyresortowy zespół pod przewodnictwem Przewodniczącego Komitetu.

#### **1.8. Wpływ nowelizacji ustawy okik na możliwości ścigania zmów przetargowych**

W dniu 23 lipca 2013 r. Rada Ministrów przyjęła projekt nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prace nad nowelizacją ustawy okik miały przede wszystkim na celu wdrożenie rozwiązań wzmacniających polski system ochrony konkurencji i konsumentów, wpływających na większą skuteczność obecnie obowiązujących regulacji (szczególnie w zakresie zwalczania karteli, będących najpoważniejszymi naruszeniami konkurencji) oraz uproszczających i skracających procedury, zwłaszcza w zakresie kontroli koncentracji, jak

również eliminujących wątpliwości interpretacyjne wynikłe w toku stosowania aktualnie funkcjonujących przepisów<sup>16</sup>.

Omawiana nowelizacja wprowadza istotne zmiany mogące mieć wpływ na skuteczność zwalczania zmów przetargowych. Na szczególną uwagę zasługują dwie kwestie:

- przedłużenie okresu przedawnienia w sprawach praktyk ograniczających konkurencję do 5 lat (zmiana art. 93 ustawy okik),
- wprowadzenie instytucji dobrowolnego poddania się karze (dodanie art. 89a ustawy okik).

Podstawowe znaczenie dla wykrywania zmów przetargowych ma przedłużenie okresu przedawnienia w sprawach praktyk ograniczających konkurencję do 5 lat. Obowiązujący aktualnie roczny okres przedawnienia jest zbyt krótki ze względu na charakter tych praktyk, ich istotny wpływ na konkurencję, w tym także sytuację konsumentów, długotrwałość skutków oraz znaczne korzyści, jakie bezprawnie osiągają stosujący je przedsiębiorcy. Należy także zwrócić uwagę, iż zdarzają się sytuacje w których UOKiK otrzymuje sygnały o podejrzeniu zaistnienia zmów, ale nie może podjąć działań na gruncie swoich przepisów z uwagi na upływ terminu przedawnienia.

Celem istnienia instytucji dobrowolnego poddania się karze (ang. *settlements*) jest natomiast przede wszystkim uproszczenie i przyśpieszenie postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w tym w sprawach zmów przetargowych. Dobrowolne poddanie się karze w postępowaniu antymonopolowym jest nieobligatoryjnym środkiem, który może zastosować organ antymonopolowy w związku z wykryciem naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Instytucja ta przewiduje możliwość zapoznania się przez uczestnika postępowania, któremu zarzucane jest naruszenie, z wymiarem kary, która w związku z tym naruszeniem zostanie na niego nałożona w późniejszej decyzji, oceną prawną sprawy dokonaną przez Prezesa UOKiK i planowanym rozstrzygnięciem. Na podstawie tych danych

---

<sup>16</sup> Wprowadzenie zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi także realizację „Polityki konkurencji na lata 2011-13”. Dokument ten wskazuje m.in. na określone zadania legislacyjne, których przygotowanie należy do kompetencji Prezesa UOKiK, a których wypełnienie będzie niezbędne dla należytego zrealizowania priorytetów polskiej polityki konkurencji w najbliższych latach.

przedsiębiorca będzie mógł dobrowolnie poddać się karze, dzięki czemu możliwe będzie uzyskanie przez niego obniżenia jej wysokości.

W omawianej nowelizacji pojawiają się również zmiany mające na celu zwiększenie skuteczności programu (polityki) tzw. pobłażania (ang. *leniency*), który jest ważnym narzędziem w procesie zwalczania porozumień antykonkurencyjnych i potencjalnie mógłby również być pomocny w wykrywaniu i zwalczaniu zmów przetargowych. Program ten polega na zagwarantowaniu przedsiębiorcy, że nie zostanie ukarany za naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, w zamian za ujawnienie przezeń organom antymonopolowym informacji na temat tego naruszenia oraz podjęcie współpracy z tymi organami w celu usunięcia naruszeń dokonanych przez innych przedsiębiorców. W obecnym stanie prawnym program leniency nie ma większego znaczenia dla zwalczania zmów przetargowych. Złożenie wniosku leniency nie zwalnia bowiem od odpowiedzialności karnej za zмовы przetargowe, wobec czego przedsiębiorcy nie są skłonni składać takich wniosków.

### **1.9. Rola OECD w usprawnianiu funkcjonowania systemów zamówień publicznych**

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. Organization for Economic Cooperation and Development, dalej także: OECD), której Polska jest członkiem od 1996 r., zrzesza 34 kraje rozwinięte i demokratyczne. Zadaniem organizacji jest wspieranie państw członkowskich w rozwoju gospodarczym i osiągnięciu najwyższej stopy życiowej ich obywateli poprzez wypracowywanie i propagowanie wspólnych zasad działania, w ramach umów międzynarodowych oraz różnego rodzaju wytycznych i kodeksów dobrych praktyk głównie w dziedzinie regulacji gospodarczej. W ramach OECD funkcjonuje 250 różnego rodzaju międzynarodowych komitetów, grup roboczych i zespołów eksperckich, które wypracowują kompromisowe standardy, modele i wytyczne w obszarze polityki gospodarczej i społecznej.

Jednym z ważnych tematów, któremu poświęcone są między innymi prace Komitetu ds. Konkurencji (Competition Committee) oraz Globalnego Forum ds. Nadzoru (Global Forum on Governance) OECD jest poprawa funkcjonowania krajowych systemów zamówień publicznych. Temat ten podlegał analizie OECD z wielu perspektyw: efektywności kosztowej systemu,

otwartości na handel zagraniczny, zwalczania korupcji oraz zwalczania horyzontalnych zmów przetargowych. W samym tylko obszarze zwalczania zmów przetargowych, OECD wypracowała w ciągu ostatnich kilku lat imponujący zbiór dokumentów. Najważniejszymi z punktu widzenia ochrony konkurencji publikacjami są<sup>17</sup>:

- „Public Procurement: The Role of Competition Authorities in Promoting Competition”, OECD Roundtables (2007) – raport oparty o wkłady krajów członkowskich i pozaczłonkowskich OECD zawierający teoretyczne propozycje rozwiązań systemowych oraz sposobów wykrywania i zwalczania zmów przez organy ochrony konkurencji, wraz z praktycznymi przykładami działań organów ochrony konkurencji w tym obszarze;
- „Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych”, OECD (2009) – dostępne również w języku polskim – praktyczny przewodnik dla zamawiających w formie broszury zawierający praktyczne wskazówki dotyczące odpowiedniego przygotowania przetargu oraz sposobów wykrywania zmów w przetargach;
- „Collusion and Corruption in Public Procurement”, OECD Roundtables (2010) – raport oparty o wkłady krajów członkowskich i pozaczłonkowskich OECD zawierający informacje o problemach z korupcją i znowami występującymi w tych krajach oraz praktycznych sposobach zapobiegania tym problemom;
- „Competition and Procurement: Key Findings”, OECD Competition Committee (2011) – zawierający wyciąg z publikacji wymienionych powyżej oraz innych ważniejszych dokumentów OECD dotyczących konkurencji w zamówieniach publicznych.

Spośród powyższych publikacji Komitetu ds. Konkurencji OECD, najwyżej oceniane i najczęściej wykorzystywane w celach szkoleniowych przez kraje członkowskie

---

<sup>17</sup> Z punktu widzenia zapobiegania korupcji oraz optymalizacji efektywności systemu zamówień publicznych, cennym źródłem informacji o systemach zamówień publicznych w innych krajach są następujące dokumenty:

- „Government at a Glance: Results of Surveys on Procurement and Conflict of Interest”, OECD Public Governance Committee (2010) – raport zawierający m.in. informacje dotyczące reguł przejrzystości procedur przetargowych w krajach OECD;
- „Public Procurement in EU Member States – The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives”, Sigma Papers No. 45, OECD Publishing (2010) – raport zawierający informacje o sposobach uregulowania w prawie krajowym obszarów nieuregulowanych dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych.

i pozacłonkowskie są „Wytyczne dotyczące zamów przetargowych”<sup>18</sup>. Pozostałe publikacje wykorzystywane są często w pracach nad reformą krajowych regulacji dotyczących zamówień publicznych. Lista krajów, które w 2012 r. deklarowały, iż wykorzystują jedną lub więcej z powyższych publikacji w celach legislacyjnych, w promowaniu konkurencji, w zwalczaniu zamów przetargowych lub celach szkoleniowych obejmuje: Łotwę, Litwę, Rosję, Uzbekistan, Kanadę, Chile, Indie, Japonię, Meksyk, Rumunię, Estonię, Indonezję, Izrael, Nową Zelandię, Norwegię, Słowenię, RPA, Hiszpanię, Szwajcarię, Australię, Brazylię, Węgry, Mongolię, Polskę, Taiwan, Ukrainę.

Warto wspomnieć, że 17 lipca 2012 r. Rada OECD przyjęła oficjalny tekst „Rekomendacji dotyczącej zwalczania zamów w przetargach publicznych”<sup>19</sup>. Poniżej przedstawiamy główne tezy tego dokumentu:

1. Kraje członkowskie powinny dokonać przeglądu regulacji dotyczących zamówień publicznych w celu oceny ich wpływu na prawdopodobieństwo powstawania zamów między wykonawcami.
2. Kraje powinny zadbać o to, aby przetargi były przygotowywane w sposób promujący efektywną konkurencję, ograniczający ryzyko wystąpienia zamów i zapewniający wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W tym celu urzędnicy odpowiedzialni za funkcjonowanie systemu na wszystkich szczeblach administracji powinni:
  - a. Legitymować się dobrą znajomością zasad funkcjonowania oraz produktów dostępnych na rynkach, na których dokonują zakupów.
  - b. Promować konkurencję poprzez maksymalizację liczby wykonawców.
  - c. Określać zasady przetargu tak, aby zminimalizować możliwość komunikacji między wykonawcami, zarówno przed jak i w trakcie postępowania przetargowego.

---

<sup>18</sup> „Use of the Competition Committee's Work Products 2010”, OECD, DAF/COMP/WD(2011)18 oraz „Evaluation of the Competition Division’s Work in 2012”, OECD, DAF/COMP/WD(2013)21.

<sup>19</sup> „Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement”, OECD Council, 17 lipca 2012r., C(2012)115. Załącznikiem do rekomendacji są wymienione wyżej „Wytyczne dotyczące zwalczania zamów przetargowych”.

- d. Dobierać kryteria wyboru ofert tak, aby poprawić intensywność i efektywność konkurencji w trakcie przetargu oraz aby zapewnić, że wykonawcy nie stracą zainteresowania udziałem w kolejnych przetargach.
  - e. Wzmacniać wysiłki związane ze zwalczaniem zmów przetargowych poprzez zachęcanie do wykorzystywania procedur elektronicznych oraz zbieranie danych o wynikach przetargów w celu analizy zachowań wykonawców.
  - f. Wymaganie od wszystkich wykonawców podpisywania oświadczeń o niezależnym ustaleniu oferty.
  - g. Zawieranie w ogłoszeniach o zamówieniu ostrzeżeń o sankcjach karnych i administracyjnych grożących za uczestnictwo w zмовie przetargowej oraz za składanie niezgodnych z prawdą oświadczeń o niezależnym ustaleniu oferty.
3. Kraje członkowskie powinny zadbać, aby urzędnicy odpowiedzialni za funkcjonowanie systemu na wszystkich szczeblach administracji byli świadomi oznak, podejrzanych zachowań dotyczących składania ofert, które mogą wskazywać na zawarcie zмовy, tak, aby podejrzana działalność była łatwiej wykrywana i badana przez odpowiednie organy władzy publicznej. Kraje powinny w szczególności zachęcać organy ochrony konkurencji do:
- a. Współpracy z urzędami zamówień publicznych w zakresie tworzenia drukowanych i elektronicznych materiałów na temat wykrywania manipulacji i zmów oraz ich dystrybuowania wśród zamawiających.
  - b. Wspierania urzędów zamówień publicznych w programach szkoleniowych dla zamawiających na temat wykrywania manipulacji i zmów.
  - c. Ustanowienia stałej współpracy z urzędami zamówień publicznych tak, aby w przypadkach, gdy zawiodą standardowe mechanizmy prewencyjne, jednostki te powiadamiały urzędy ochrony konkurencji i inne odpowiednie organy o podejrzeniu zмовy i będą miały pewność, że odpowiednie kroki w sprawie zostaną podjęte.
  - d. Kraje członkowskie powinny również rozważyć stworzenie odpowiednich bodźców dla urzędników organizujących przetargi do aktywnego zapobiegania i wykrywania zmów przetargowych, np. poprzez włączenie zapobiegania

i wykrywania zmów do zakresu ich zadań służbowych lub wynagradzanie ich wysiłków w tym zakresie.

4. Kraje członkowskie powinny zachęcać zamawiających na wszystkich szczeblach administracji do stosowania „Wytycznych dotyczących zwalczania zmów przetargowych”, stanowiących załącznik do Rekomendacji;
5. Kraje członkowskie powinny stworzyć narzędzia do oceny, szacowania i monitorowania wpływu regulacji dotyczących zamówień publicznych na konkurencję.

Prace OECD i publikacje dotyczące zwalczania zmów przetargowych przyczyniły się w dużym stopniu do zwiększenia efektywności wykrywania zmów przetargowych i reform systemów zamówień publicznych w wielu krajach, np. w Meksyku.

## **Rozdział 2. Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w Polsce i UE**

### **2.1. Zamówienia publiczne w liczbach**

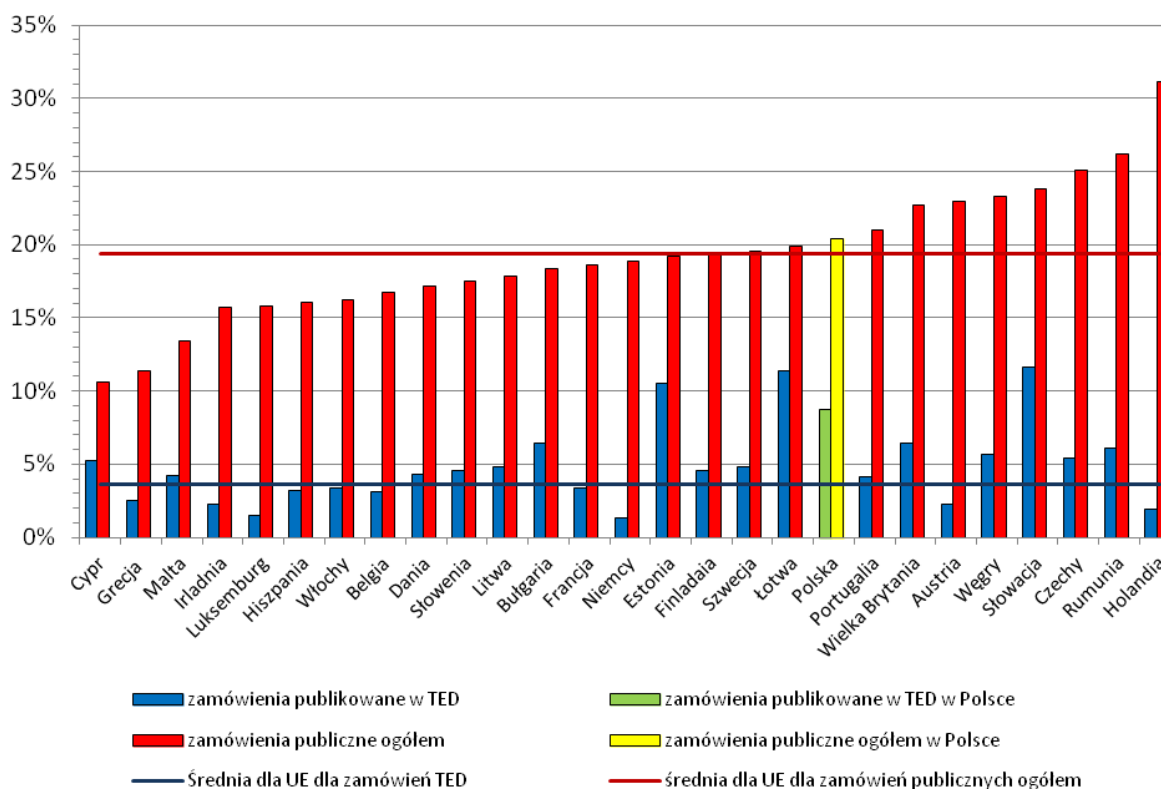
Zamówienia publiczne odgrywają istotną rolę w gospodarkach narodowych zarówno Polski jak i innych krajów członkowskich UE. Wartość zamówień publicznych<sup>20</sup> zrealizowanych w 2010 r. w Unii Europejskiej wyniosła 2 381 mld euro, co stanowiło 19,35% unijnego PKB. Współczynnik ten różnił się w poszczególnych krajach od 10,59% dla Cypru po 31,15% w Holandii. W Polsce poziom wielkości kwot wydatkowanych w formie zamówień publicznych w stosunku do PKB przekroczył nieznacznie średnią unijną i wyniósł 20,42%<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> W metadanych Eurostatu zamówienia publiczne definiowane są jako suma zamówień sektorowych oraz danych z systemu ESA 95 dla agregatów P2 (konsumpcja pośrednia), P51 (nakłady brutto na środki trwałe) oraz D6311\_D63121\_D63131PAY (transfery socjalne w naturze związane z wydatkami na produkty dostarczane gospodarstwom domowym poprzez producentów działających w warunkach rynkowych np. zakupy artykułów spożywczych dla osób ubogich) dla sektora S.13 (sektor publiczny ogółem) z tabeli 2 (główne agregaty sektora publicznego) systemu raportowania ESA 95.

<sup>21</sup> Dane pochodzące z <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>, data pobrania 27.08.2013 r. Ze względu na opisaną w przypisie powyżej metodologię różnią się one istotnie od danych prezentowanych w zestawieniach UZP. Na przykład dla roku 2010 Prezes UZP oszacował udział zamówień publicznych w krajowym PKB na 11,8%. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku, Warszawa 2011, s. 18.

Wykres 2.1. Wartość zamówień publicznych przetargów powyżej progów unijnych i przetargów publicznych w stosunku do PKB w 2010 roku



Źródło: Opracowanie na podstawie danych z <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>, data pobrania 27.08.2013 r.

Jak to zostało opisane w rozdziale 1. część zamówień publicznych o wartości zamówienia powyżej progów unijnych ogłaszana jest w TED i podlega specjalnym procedurom. Udział tych przetargów w łącznej wielkości przetargów różni się znacząco w poszczególnych krajach członkowskich. W 2010 roku w UE wartość zamówień ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym wyniosła 443 mld euro, co stanowiło 18,60% wartości wszystkich zamówień, czyli zamówienia powyżej progów unijnych miały wysokość odpowiadającą 3,60% unijnego PKB. Przetargi przeprowadzane według procedur unijnych o największej w stosunku do krajowego PKB wartości były organizowane na Słowacji (11,60%) i Estonii (11,50%). Względnie najmniejszą wartość miały one w Niemczech (1,30%) i Luksemburgu (1,50%). W Polsce na zamówienia publiczne realizowane z wykorzystaniem procedur unijnych wydano w 2010 roku środki odpowiadające 8,70% krajowego PKB, czyli ponad dwukrotnie więcej niż wynosi średnia unijna.

Polscy zamawiający opublikowali w 2012 roku 203 837 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, z tego w Biuletynie Zamówień Publicznych 179 334, a w Dzienniku Urzędowym UE – 24 503. Wartość zamówień publicznych ogłaszanych w oficjalnych publikatorach w roku 2012 przez polskich zamawiających oszacowano na kwotę ok. 132,7 mld zł<sup>22</sup> (w tym 94,4 mld zł powyżej progów unijnych). Oznacza to, że w roku 2012 była ona niższa w porównaniu do roku 2011 o prawie 8% (w 2011 była ona oszacowana na 144,1 mld zł). Wartość tych zamówień stanowiła ok. 8,32% produktu krajowego brutto z roku 2012. Na podstawie sprawozdań o udzielonych zamówieniach za rok 2012 przyjąć można, że zamawiających udzielających zamówień na podstawie procedur określonych w ustawie Pzp w roku 2012 było 14 232.

Zamówienia publiczne podzielić można według ich trzech głównych cech:

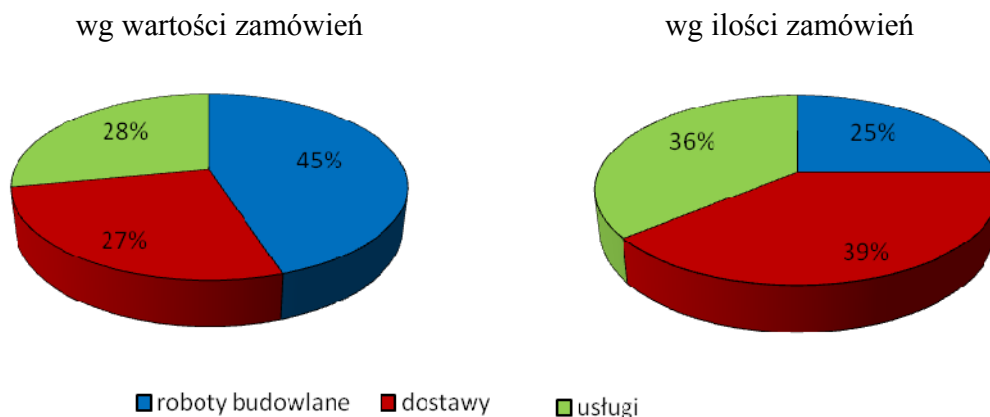
- przedmiotu zamówienia;
- rodzaju zamawiającego;
- trybu zamówienia.

Pod względem przedmiotu zamówienia wyróżniamy zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz usługi. Według wartości zamówień najistotniejszą część stanowią roboty budowlane. Wartość zakontraktowanych środków na roboty budowlane stanowiła w 2012 roku 45% ogólnej kwoty udzielonych zamówień. Zamówienia na usługi stanowiły 28% ogólnej wartości udzielonych zamówień, zaś na dostawy 27%. Według ilości zamówień, w 2012 roku przeważały kontrakty na dostawy – 39% ogólnej liczby udzielonych zamówień, zaś zbliżona była liczba zamówień na usługi – 36%. Liczba postępowań na roboty budowlane w 2012 roku stanowiła tylko 25% wszystkich postępowań.

---

<sup>22</sup> Oszacowanie to, podobnie jak dalsze opiera się na sprawozdaniach przekazywanych przez zamawiających do UZP. Obowiązek przekazywania rocznych sprawozdań nie dotyczy jednak zamawiających objętych zakresem podmiotowym ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy w danym roku sprawozdawczym nie udzielili zamówień o wartości przekraczającej dolny próg określony w ustawie, tzn. 14.000 euro. Wartość udzielonych zamówień jak i liczba potencjalnych zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest zatem z pewnością większa. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku, Warszawa 2013, s. 24.

Wykres 2.2. Struktura zamówień publicznych w Polsce w 2012 roku pod względem przedmiotu zamówienia

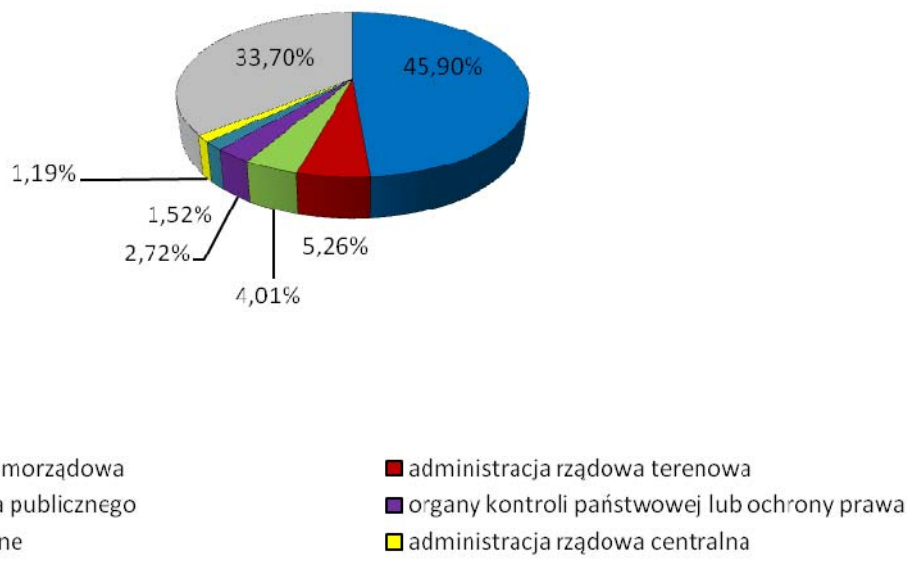


Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

Największą grupę zamawiających (z wyłączeniem przetargów sektorowych) stanowiła w 2012 roku administracja samorządowa (45,90% łącznej liczby zamawiających). Kolejne pod względem liczebności grupy to: samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (5,70%)<sup>23</sup> oraz administracja rządowa terenowa (5,26%). Około 4,01% ogólnej liczby zamawiających to podmioty prawa publicznego, 2,72% – organy kontroli państwowej lub ochrony prawa, sądy lub trybunały, zaś około 1,52% zamawiających stanowiły uczelnie publiczne. Ponadto 1,19% zamawiających określiło się jako administracja rządowa centralna, zaledwie ok. 0,07% – instytucje ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, a pozostałe 33,63% zamawiających określiło się jako inne podmioty.

<sup>23</sup> Dane nie uwzględniają konkursów ofert i rokowań przeprowadzanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

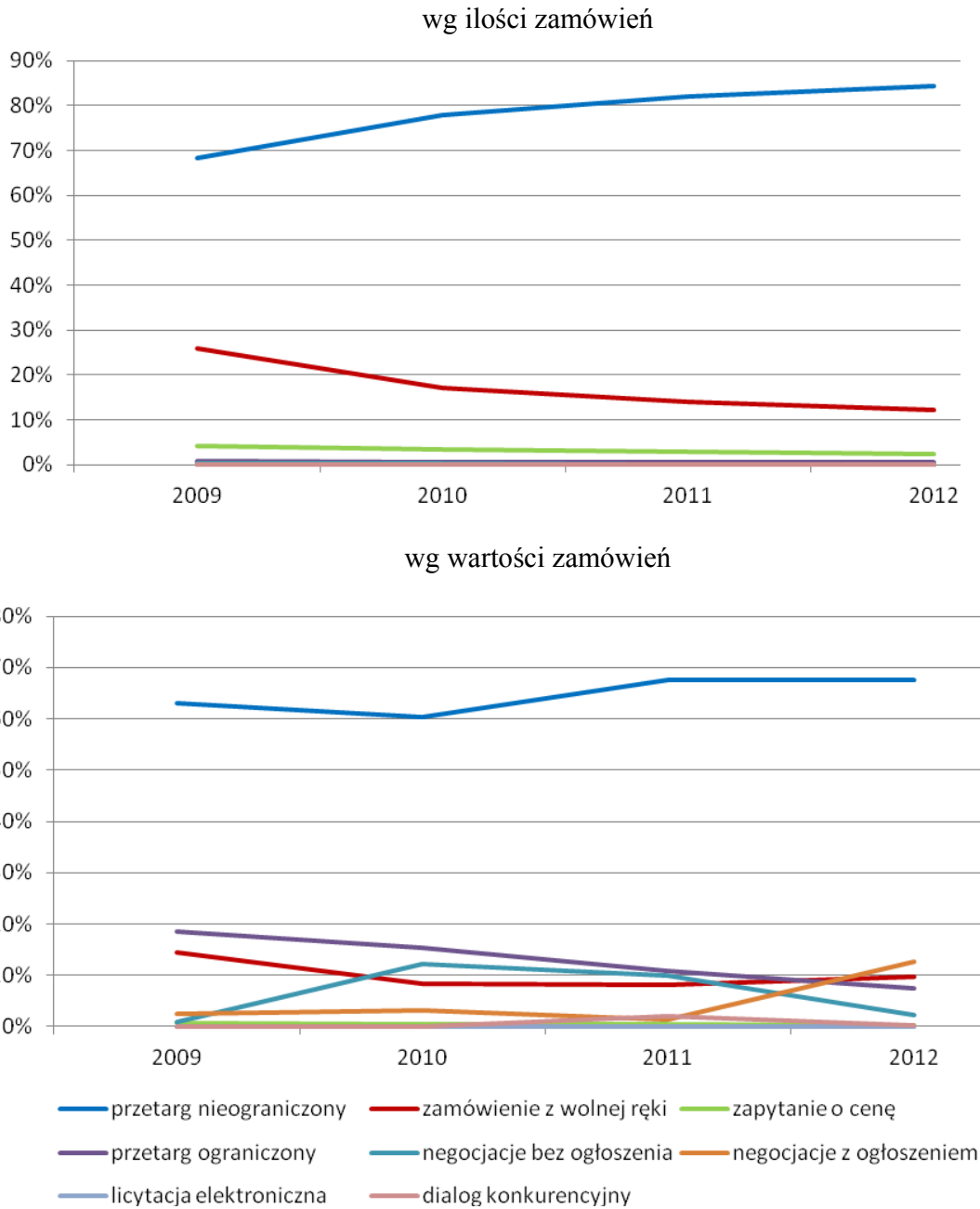
Wykres 2.3. Struktura zamówień publicznych w Polsce w 2012 roku pod względem rodzaju zamawiającego



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

W roku 2012 w Polsce zamówienia publiczne realizowane były najczęściej z wykorzystaniem trybu przetargu nieograniczonego. Odsetek liczby zamówień realizowanych z zastosowaniem tego trybu wzrósł w ostatnich czterech latach z 68,28% w 2009 roku do 84,43%. Także pod względem wartości zamówień widoczna jest zdecydowana przewaga przetargów nieograniczonych w ramach których wydano w latach 2009-2012 od 60% do 68% środków. Drugim najczęściej stosowanym trybem jest zamówienie z wolnej ręki. Tryb ten jest jednakże coraz rzadziej wykorzystywany, a jego udział w łącznej liczbie zamówień zmalał z 25,98% w 2009 roku do 12,26% w roku 2012. Skala posługiwania się tym trybem zmniejszyła się w ostatnich czterech latach także w ujęciu wartościowym z 14,42% do 9,62%. Pozostałe istotne tryby z jakich korzystano w latach 2009-2012 to: zapytanie o cenę (względnie duża ilość ale o niskich wartościach) oraz przetarg ograniczony, negocjacje bez ogłoszenia i z ogłoszeniem (niewielka ilość, ale wysokie wartości). Marginalne znaczenie tak pod względem ilości jak i wartości zamówień posiadały tryby licytacji elektronicznej i dialogu konkurencyjnego.

Wykres 2.4. Struktura zamówień publicznych w latach 2009-2012 roku pod względem trybu zamówienia



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

## **2.2. Konkurencyjność przetargów**

Przed omówieniem problemów związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych w Polsce, należy określić jaki jest obecny poziom konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w postępowaniach związanych z zamówieniami publicznymi. Ramy regulacyjne stworzone przez dyrektywy nie są sztywne i pozwalają dopasować szczegółowe krajowe rozwiązania regulacyjne do narodowej specyfiki systemu zamówień publicznych. Tym samym trafność przyjętych w Polsce krajowych rozwiązań należy rozpatrywać, między innymi, przez pryzmat osiągnięcia w zakupach opartych o system zamówień publicznych efektywnej konkurencji w porównaniu do innych krajów członkowskich.

Ocena stanu konkurencji na rynkach jest zawsze skomplikowana. W przypadku systemu zamówień publicznych oceny te dodatkowo utrudnia fakt, że dotyczą one bardzo wielu odrębnych i często zróżnicowanych rynków produktowych i geograficznych, na których zakupy dokonywane w systemie zamówień publicznych są często tylko jednym ze źródeł popytu. Poszczególne rynki mogą diametralnie różnić się stanem konkurencji. Próba łącznej oceny „średniego” poziomu intensywności konkurencji na tych rynkach musi niestety odbywać się w oparciu o uogólnienia i proste wskaźniki, które nie mogą być idealnymi miernikami intensywności konkurencji.

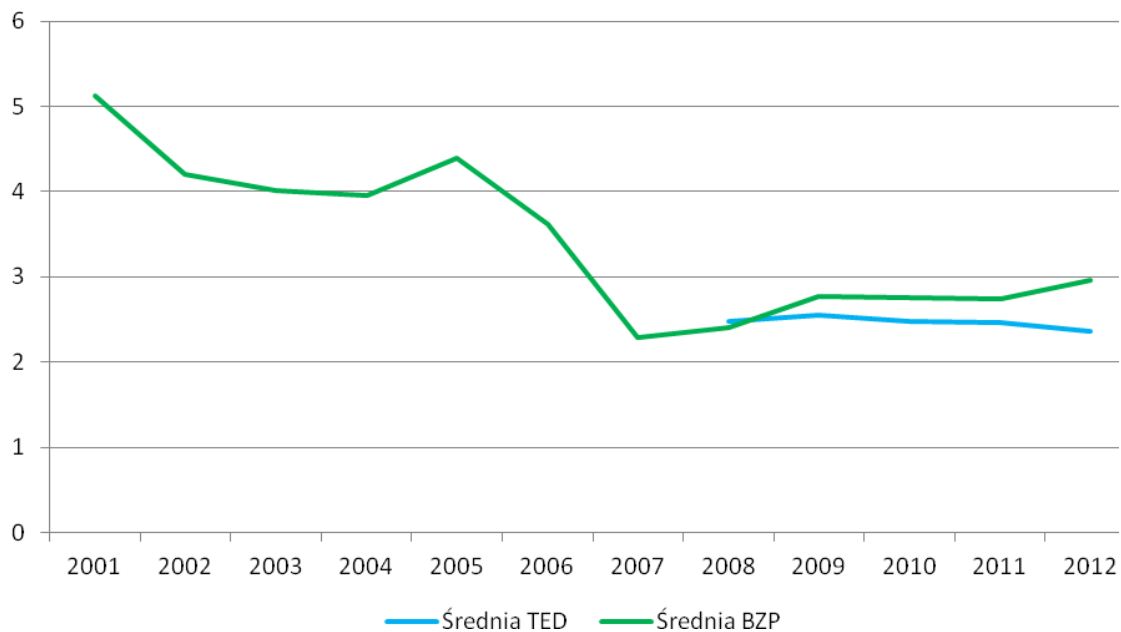
### **Liczba ofert**

Podstawowym wskaźnikiem intensywności konkurencji jest liczba ofert wpływających w przetargach. Jest to wskaźnik stosunkowo mało kontrowersyjny. O ile w przypadku konkurencji na rynkach nie opierających się na zamówieniach publicznych, duża liczba firm na nich działających nie musi świadczyć o wysokim poziomie konkurencji, to w przypadku rynków ściśle związanych z przetargami literatura z dziedziny organizacji rynku potwierdza, że większa liczba ofert złożonych w przetargu jest co do zasady korzystniejsza dla kupującego.

Od 2007 r. średnia liczba ofert wpływających w przetargach kształtuje się na poziomie 2,41-2,96 dla postępowań ogłaszanych w BZP i 2,36-2,55 dla postępowań powyżej progów unijnych.

W tych latach w ponad 40% przetargów składano tylko jedną ofertę, co świadczy o niskim poziomie konkurencji.

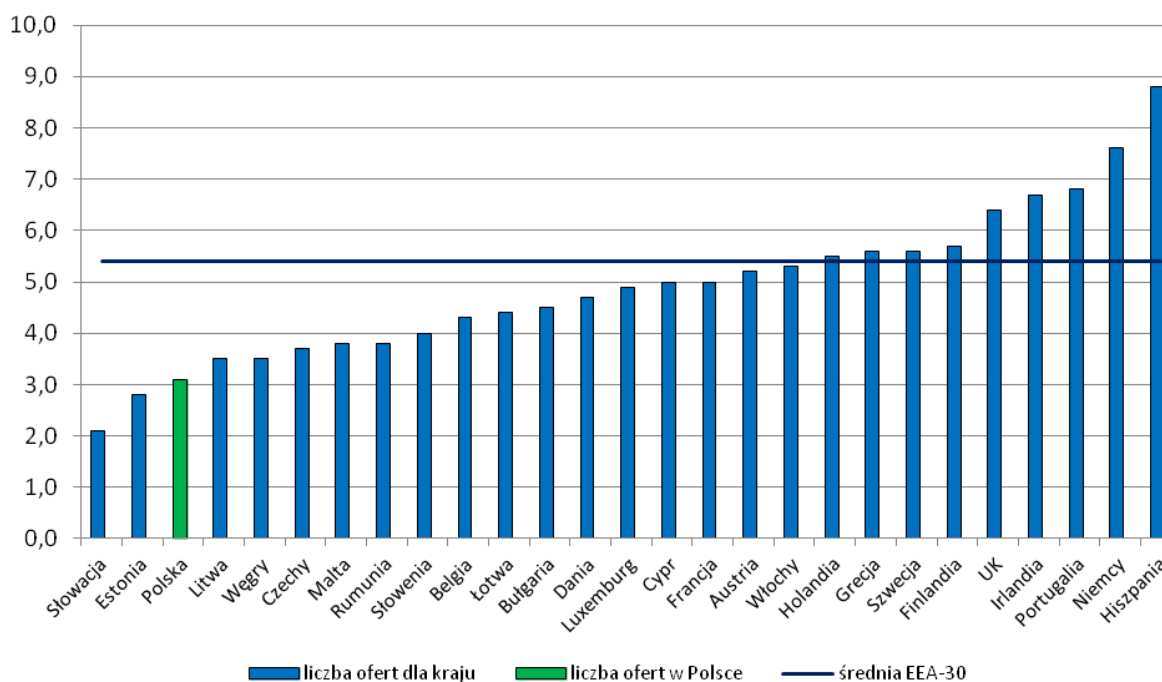
Wykres 2.5. Średnia roczna liczba ofert wpływających w przetargach organizowanych przez polskich zamawiających



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

Wskaźnik ten nie wypada korzystnie w porównaniu z innymi krajami UE. Jak pokazuje wykres 2.6., Polska znajduje się na trzecim miejscu od końca w UE pod względem średniej liczby ofert w przetargach.

Wykres 2.6. Średnia liczba ofert w przetargach powyżej progów unijnych, średnia z lat 2006-2010

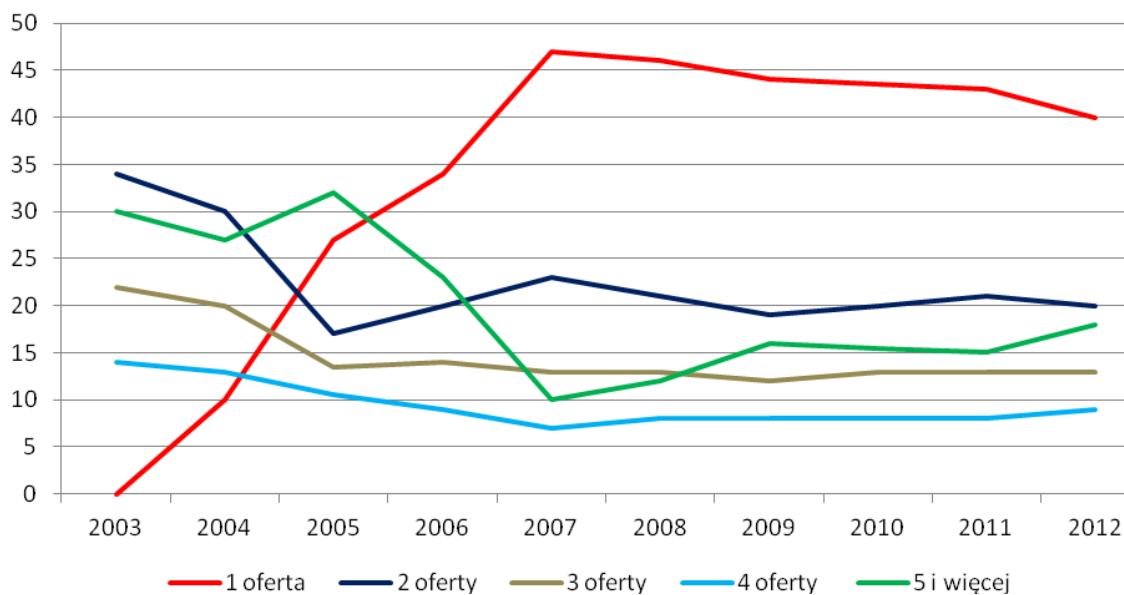


Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Raporcie ewaluacyjnym KE”.

Interesującym jest fakt, że najniższe miejsca w rankingu zajmują kraje byłego bloku socjalistycznego. Warto zauważyć, że są to jednak gospodarki dużo mniejsze od polskiej, gdzie wskaźniki koncentracji na rynkach krajowych są naturalnie wyższe. Potencjał gospodarczy Polski (siódma gospodarka w UE) jest porównywalny z wieloma krajami znajdującymi się w czołówce rankingu.

Jak widać na wykresie 2.5., wskaźnik ogólnej przeciętnej liczby ofert składanych w przetargach po wejściu Polski do UE uległ dość drastycznemu spadkowi - średnia liczba ofert spadła z poziomu 5,13 (wartości zbliżonej do średniej europejskiej) w roku 2001 do 2,96 w roku 2012. Bardziej szczegółowe dane, dotyczące rozkładu liczby ofert znajdują się na wykresie 2.7.

Wykres 2.7. Odsetek przetargów z 1, 2, 3, 4 oraz 5 lub więcej ofertami niepodlegającymi odrzuceniu



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

Głównego źródła gwałtownego spadku przeciętnej liczby ofert w przetargach zaobserwowanego w latach 2005-2007 można by się doszukiwać w zmianach regulacyjnych. W latach 2003-2005 doszło do istotnej zmiany w Pzp. Do roku 2003 przetargi nieograniczone, w których złożono tylko jedną ważną ofertę były obligatoryjnie unieważniane i musiały być powtarzane. Od 30 marca 2004 roku nie ma obowiązku unieważniania takich przetargów.

Na wykresie 2.7. pokazano jak w latach 2003-2012 zmieniał się odsetek przetargów z 1, 2, 3, 4 oraz 5 lub więcej ofertami niepodlegającymi odrzuceniu. Jak widać, między rokiem 2003 a 2007 nastąpił wzrost z poziomu 0 do ok. 47% odsetka przetargów z jedną ważną ofertą. Wspomnianej zmianie regulacyjnej towarzyszyły pewne „anomalie”. Zaobserwować można, że wzrost odsetka postępowań z 1 ofertą w 2005 w stosunku do 2004 roku wyniósł 17 pkt. procentowych. Towarzyszył mu również gwałtowny spadek odsetka postępowań z dwiema ofertami w tym okresie o 13 pkt. proc. Spadek dotyczył w dużo mniejszym stopniu przetargów z trzema i czterema ofertami, a odsetek przetargów najbardziej konkurencyjnych (5 i więcej ofert) wzrósł w tym okresie o 5 pkt. proc. Anomalia w postaci „przemiany” przetargów z dwiema ofertami

w przetargi z jedną ofertą mogła być skutkiem rezygnacji w 2005 roku ze stosowania mechanizmu ofert kurtuazyjnych (zabezpieczających), o których piszemy szerzej w rozdziale 3 w podrozdziale dotyczącym zmów horyzontalnych. Wydaje się, że przepis obowiązujący przed 2004 r., wymagający dwóch ofert dla rozstrzygnięcia przetargu mógł mieć skutek odwrotny do zamierzonego. Zachęcał bowiem nie do konkurowania, ale do współpracy pomiędzy wykonawcami jak również między zamawiającym a wykonawcami w zakresie składania ofert kurtuazyjnych.

Warto jednak zauważyć, że mimo widocznego na wykresie 2.7. wzrostu odsetka przetargów z jedną ofertą, średnia liczba ofert w przetargach utrzymywała się w latach 2003-2005 na poziomie powyżej 4 (por. wykres 2.5.). Dopiero po 2005 r. nastąpił gwałtowny spadek przeciętnej liczby uczestników przetargu do obecnie obserwowanych poziomów. W sprawozdaniu UZP za rok 2007 odnotowano, że spadek ten był skutkiem wzrostu popularności konsorcjów<sup>24</sup>. Część przedsiębiorców, którzy konkurowali ze sobą w przetargach w latach poprzednich, postanowiła składać wspólne oferty w ramach konsorcjów lub zrezygnowała z uczestnictwa w niektórych przetargach.

Wykres 2.7. pokazuje również pojawiającą się po 2007 roku pozytywną tendencję w obszarze konkurencyjności przetargów. Odsetek przetargów, w których złożono tylko jedną ofertę spada powoli ale systematycznie – z poziomu 47% w roku 2007 do 40% w roku 2012, co skutkuje również wzrostem średniej liczby ofert. Z wykresu 2.5. wynika natomiast, że tendencja ta dotyczy niestety tylko przetargów poniżej progów UE.

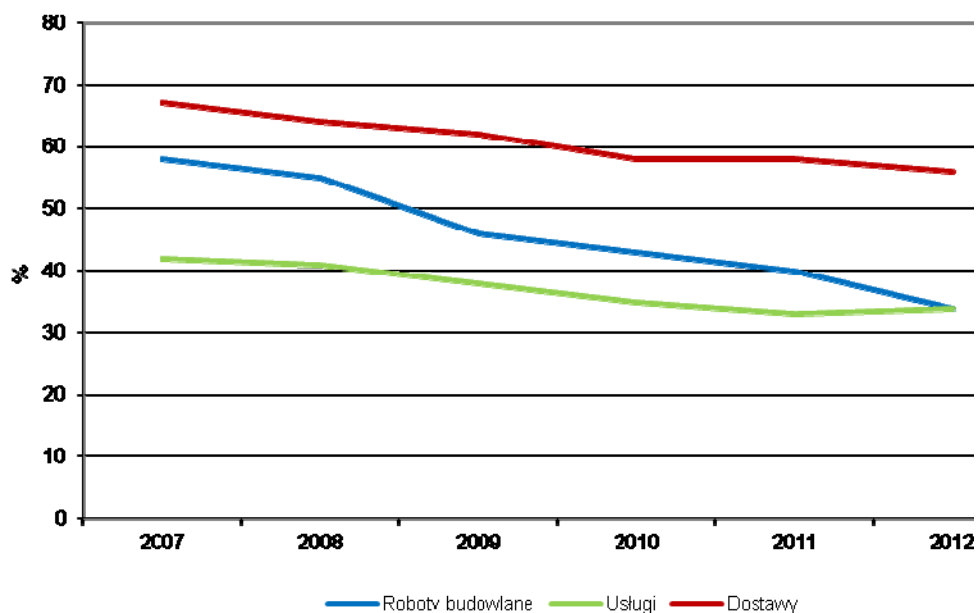
---

<sup>24</sup> Str. 63-64 „Sprawozdania Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w roku 2007 roku” – „Pewien wpływ na spadek przeciętnej liczby ofert składanych w jednym postępowaniu może mieć coraz większa liczba postępowań, w których dochodzi do składania ofert wspólnych przez dwóch lub więcej wykonawców. Niezależnie jednak od tego jest to zjawisko niepokojące. Zauważyć przy tym należy, że dane dotyczące średniej liczby ofert składanych w postępowaniach w roku 2007 nie mogą być wprost porównywane ani też odnoszone do analogicznych danych odnoszących się do lat poprzednich. Zmiana przepisów dokonana w roku 2006 ograniczyła obowiązek publikacji ogłoszeń w Biuletynie jedynie do postępowań o wartości od 60.000 euro do progów unijnych natomiast nowelizacja ustawy z roku 2007 objęła obowiązkiem publikacji ogłoszeń w Biuletynie postępowania o wartości od 14.000 euro do progów unijnych”.

## Dyspersja cen

Innym wskaźnikiem, mogącym służyć ocenie stopnia konkurencji w przetargach jest rozpiętość cen w ofertach (różnica między maksymalną a minimalną ceną oferowaną w przetargu). Większa rozpiętość cen świadczy o ich większym zróżnicowaniu, czyli dyspersji. Zróżnicowanie cen może się przekładać na oszczędności dla zamawiającego. Małe zróżnicowanie wskazuje, że wybór oferty w trybie niekonkurencyjnym (np. z wolnej ręki) prawdopodobnie przyniósłby podobny wynik co postępowanie przeprowadzone w trybie konkurencyjnym. Dane prezentowane w Sprawozdaniach Prezesa UZP dla przetargów poniżej progów UE wskazują, iż największa rozpiętość cen występuje w kategorii usługi i roboty budowlane, niższa w dostawach. Jako pozytywny ocenić należy zatem widoczny wzrost rozpiętości cen w latach 2007-2012, szczególnie w robotach budowlanych, zilustrowany na wykresie 2.8. poniżej. Przedstawia on odsetek przetargów, w których rozpiętość cenowa ofert była stosunkowo niska (30%). Jak widać, odsetek takich przetargów systematycznie spada.

Wykres 2.8. Odsetek przetargów z niską rozpiętością cen (do 30%) w Polsce w latach 2007-2012



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

## **Stosowane tryby**

Najbardziej otwarte i konkurencyjne spośród dopuszczonych przez Pzp są tryby podstawowe, czyli przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Najmniej konkurencyjnym trybem jest zamówienie z wolnej ręki. W odniesieniu do rodzaju stosowanych trybów zamówień, można zaobserwować pozytywne tendencje, zarówno w zamówieniach poniżej jak i powyżej progów UE. Jak to zostało przedstawione na wykresie 2.4., w ostatnich czterech latach w Polsce systematycznie wzrastał odsetek przetargów nieograniczonych, a malała popularność zamówień z wolnej ręki.

## **Szacunkowe oszczędności**

Najlepszym wskaźnikiem konkurencyjności przetargów byłby miernik odnoszący się do rzeczywistych oszczędności, jakie one przynoszą. Niestety, skonstruowanie poprawnego wskaźnika, mierzącego faktyczne oszczędności wynikające z zastosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w prawie zamówień publicznych jest w praktyce niemożliwe. Ceny osiągnięte w trybach konkurencyjnych należałoby porównać z cenami osiąganymi w zamówieniach takich samych towarów i usług zamawianych w trybach niekonkurencyjnych (lub w ogóle bez zastosowania jakichkolwiek procedur ustawowych). Można pokusić się o przyjęcie założenia, że wartość szacunkowa zamówienia odpowiada cenie, którą zamawiający mógłby uzyskać nie stosując procedur przetargowych. Na wartość szacunkową zamówienia wpływają jednak w zbyt dużym stopniu doświadczenia organizatorów przetargów – czyli ceny osiągnięte we wcześniejszych przetargach. Na określenie wartości szacunkowej mogą ponadto wpływać względy strategiczne. Może być ona np. zaniżana, w celu umożliwienia łatwej rezygnacji z podpisania umowy (co jest dopuszczalne, gdy oferowane ceny przekroczą wartość szacunkową) czy też w celu uniknięcia publikacji w TED<sup>25</sup>. Dodatkowy problem metodologiczny stwarza fakt, że wartość szacunkowa przetargu, publikowana w BZP i TED nie zawiera podatku VAT, a cena oferty zwycięskiej zawiera podatek. Różnica między szacunkową wartością przetargu a ostateczną ceną nie uwzględnia ponadto różnic w jakości towarów i usług.

---

<sup>25</sup> Procedura, zgodnie z którą ogłoszenia umieszcza się w TED trwa dłużej niż procedura, gdy ogłoszenia umieszczane są w BZP.

Powyższe względy sprawiają, że wskaźnik ten nie ma w praktyce wysokiej wartości informacyjnej i nie jest regularnie publikowany w Sprawozdaniach UZP<sup>26</sup>.

### **2.3. Efektywność systemu zamówień publicznych**

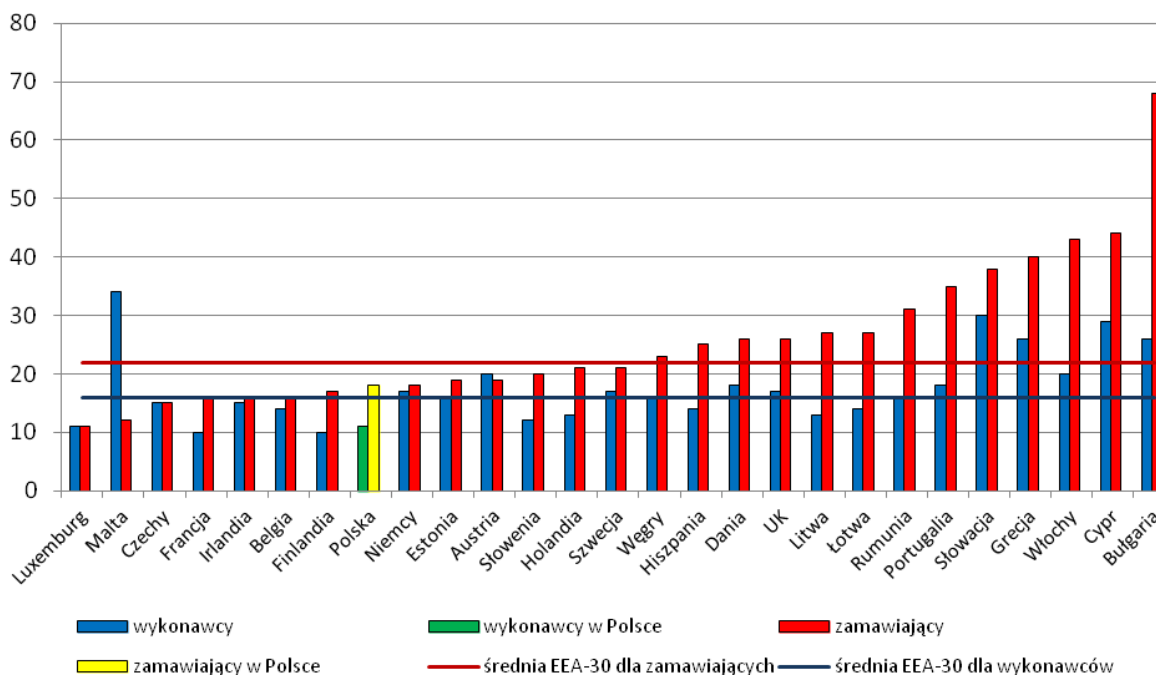
Bezpośrednie wskazanie całkowitych kosztów oraz zysków wynikających z funkcjonowania systemu zamówień publicznych nie jest możliwe. Wynika to z faktu, że ponoszone są one zarówno przez zamawiających jak i wykonawców, od których trudno byłoby pozyskać informacje o wysokości tych kosztów. Ponadto koszty związane z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych ponoszone są także przez wykonawców, którym nie zostało udzielone zamówienie publiczne. Ocena efektywności funkcjonowania systemu zamówień publicznych wymaga zatem zaangażowania pewnych wskaźników pośrednich.

Efektywność może być oceniana na podstawie **kosztu procedury** mierzonego ilością osobodni efektywnie wykorzystanych dla przeprowadzenia procedury zamówienia publicznego, oddzielnie dla organu zamawiającego (administracji) oraz dla wykonawców. Wskaźnik ten obrazuje efektywne zaangażowanie czasu (liczonego w dniach) przez pracowników administracji jak i wykonawców w procedurę zamówienia publicznego. W tym przypadku średnia dla wszystkich krajów członkowskich wynosi w ujęciu łącznym (zamawiający oraz wykonawcy) 38 dni (przeciętnie 22 dni dla organów zamawiających i 16 dni dla wykonawców). Biorąc pod uwagę dane zaprezentowane na wykresie 2.9., Polska osiąga w tym zakresie zadowalający wynik tj. przeciętnie 18 dni w przypadku organu zamawiającego oraz 11 dni w przypadku wykonawców. W obu przypadkach koszt liczony przeciętnym efektywnym czasem poświęconym na procedurę zamówienia publicznego jest niższy niż średnia dla wszystkich krajów członkowskich.

---

<sup>26</sup> Komisja Europejska szacowała w 2009 r., że różnica między planowanymi wydatkami na zakup a ceną uzyskaną w przetargach powyżej progów unijnych wynosi średnio 6-8%. Analiza Komisji wykazała istotną dodatnią korelację między liczbą ofert złożonych w przetargu a oszczędnościami uzyskanymi przez zamawiających (rozumianymi jako różnica między szacunkową wartością zamówienia a uzyskaną ceną).

Wykres 2.9. Osobodni niezbędne dla przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego (dla organów zamawiających oraz wykonawców)

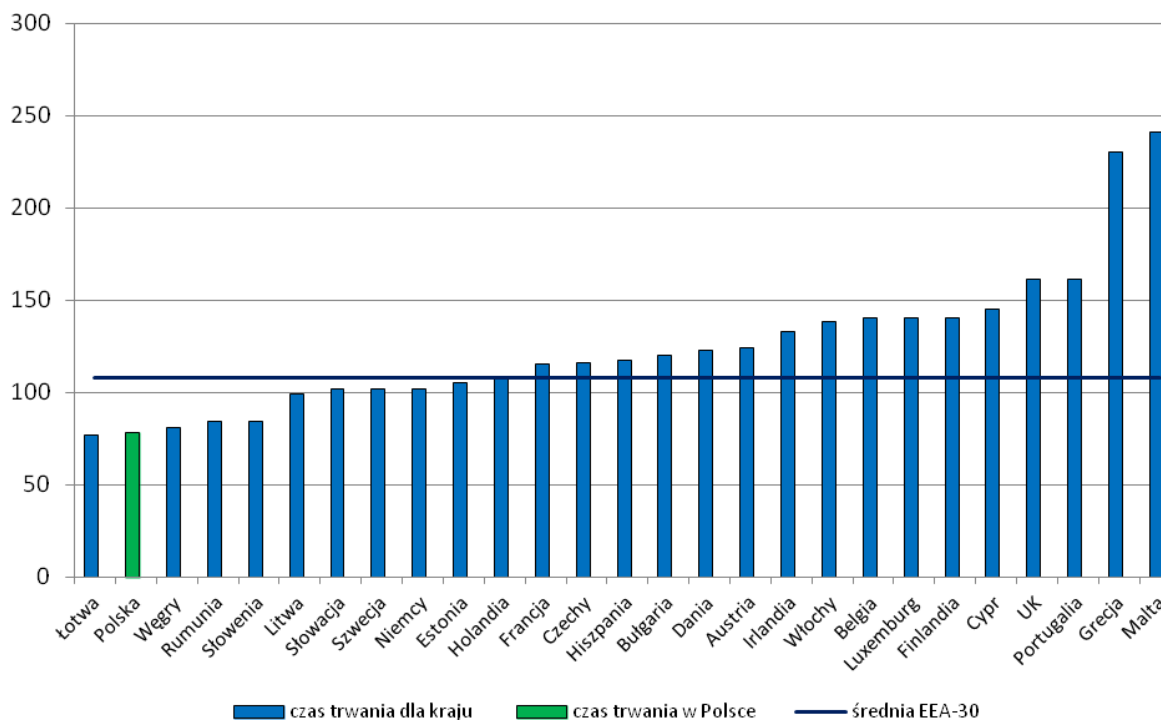


Źródło: Opracowanie własne na podstawie „Raportu Ewaluacyjnego Komisji Europejskiej”.

Następnie można przeanalizować **standardowy czas trwania kompletnej procedury** o udzielenie zamówienia publicznego (powyżej progu unijnego), dane na ten temat prezentuje wykres 2.10. Polska jest jednym z krajów o przeciętnie najkrótszej procedurze o udzielenie zamówienia. Wynik ten należy rozpatrzeć wraz z informacją o najczęściej stosowanych procedurach, jako że, co do zasady, procedury nieograniczone są realizowane w znacznie krótszym czasie w stosunku do procedur ograniczonych. Jak zauważa Komisja Europejska w swoim Raporcie ewaluacyjnym<sup>27</sup>, kraje preferujące dwuetapowe procedury charakteryzuje zdecydowanie dłuższy przeciętny czas trwania kompletnej procedury zamówienia publicznego (należą do nich Wielka Brytania, Dania, Irlandia, Włochy i Luksemburg).

<sup>27</sup> „Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation”, Commission Staff Working Paper, Komisja Europejska, 2011; [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/er853\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf).

Wykres 2.10. Standardowy czas trwania procedury o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej progów unijnych w poszczególnych krajach w latach 2006-2010 (w dniach)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie „Raportu Ewaluacyjnego Komisji Europejskiej”.

Można również rozpatrywać czas trwania procedur odwoławczych w poszczególnych krajach UE, co także ma bezpośredni wpływ na ocenę efektywności funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Na marginesie można dodać, iż nie we wszystkich krajach członkowskich w taki sam sposób uregulowano procedurę odwoławczą, w szczególności w niektórych krajach jej przebieg jest uzależniony od wartości udzielanego zamówienia (Niemcy, Irlandia, Wielka Brytania, gdzie procedura odwoławcza ma zastosowanie tylko do zamówień powyżej progów unijnych), czy też organu udzielającego zamówienie publiczne.

Nawiązując do przedstawionych wskaźników warto także przyrzeć się zmianom w czasie ich wartości dla krajowego systemu zamówień publicznych. Poniżej przedstawione one zostaną zarówno dla zamówień o wartości powyżej jak i poniżej progów unijnych. Zgodnie z danymi prezentowanymi w sprawozdaniach Prezesa UZP od 2007 r. przeciętny czas trwania kompletnej procedury o udzielenie zamówienia publicznego nieprzekraczającego progów unijnych został skrócony z 40 do 31 dni. Wynosił on w 2007 r. – 40 dni, w 2008 r. – 36 dni, w 2009 r. – 37 dni,

w 2010 r. – 33 dni, w 2011 r. – 31 dni i w 2012 r. – 31 dni. Czas trwania procedur o udzielenie zamówienia powyżej progów unijnych, również zmniejszył się w latach 2008-2012 (2008 r. – 93 dni, 2009 r. – 98 dni, 2010 r. – 100 dni, 2011 r. – 81 dni i 2012 r. – 86 dni).

Zgodnie z informacją przedstawioną w sprawozdaniach Prezesa UZP, w ostatnich latach dochodziło w Polsce do istotnych zmian czasu trwania procedur odwoławczych. W 2012 roku KIO rozpatrzyła 85% odwołań w ustawowo przewidzianym terminie tj. w ciągu 15 dni od dnia wniesienia odwołania. Pomimo, iż wynik za 2012 r. jest nieco mniej korzystny w stosunku do 2011 r. (91%), to należy zauważyć, że jeszcze w 2010 r. odsetek terminowo rozpatrzonych odwołań wynosił jedynie 53%.

#### **2.4. Rola funduszy europejskich i kontrola zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej**

Na funkcjonowanie i zakres systemu zamówień publicznych w Polsce oddziałuje w znaczącym stopniu system wydatkowania środków z funduszy unijnych. Obecnie obowiązująca perspektywa finansowa na lata 2007-2013 przewiduje wydatkowanie środków z pięciu funduszy: Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS), Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz trzech inicjatyw Jaspers, Jessica i Jeremie. Pochodzące z nich środki dystrybuowane są w oparciu o programy operacyjne – 8 programów krajowych i 16 regionalnych programów operacyjnych. Kwoty zarezerwowane na realizację tych programów w latach 2007-2013 wyniosły łącznie około 108 mld euro czyli około 461 mld zł<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Obliczone według średniego kursu NBP z dnia 13 czerwca 2013 wynoszącego 4,2685 pln za 1 euro.

Tabela 2.1. Wielkość środków zarezerwowanych na realizację programów operacyjnych w perspektywie finansowej 2007-2013

Nazwa Programu Operacyjnego	Kwota środków zarezerwowanych na realizację Programu [mld euro]
Infrastruktura i Środowisko	37,70
Regionalne Programy Operacyjne	18,33
Program Rozwoju Obszarów Wiejskich	17,20
Kapitał Ludzki	11,77
Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka	10,19
Europejska Współpraca Terytorialna	8,50
Rozwój Polski Wschodniej	2,81
Zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich	0,90
Pomoc Techniczna	0,61

Źródło: [www.funduszeuropejskie.gov.pl/OrganizacjaFunduszyEuropejskich/Strony/NSS.aspx](http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/OrganizacjaFunduszyEuropejskich/Strony/NSS.aspx).

Wszyscy beneficjenci realizujący projekty dofinansowane ze środków funduszy europejskich są zobowiązani do stosowania przepisów ustawy Pzp w przypadku wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 3<sup>29</sup> tejże ustawy. Powoduje to, iż olbrzymia część środków przekazywanych w ramach dofinansowania z programów europejskich wydawana jest następnie przez beneficjentów w drodze przetargów publicznych. W latach 2012-2013 w samym Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko pięćdziesięciu największych beneficjentów wydało bądź planuje wydać w drodze przetargów ponad 16 mld zł.

<sup>29</sup> Artykuł ten wskazuje podmioty zobligowane do stosowania Pzp. Szersze informacje w tym zakresie znajdują się w podrozdziale 1.3.

Zamówienia współfinansowane ze środków Unii Europejskiej podlegają obligatoryjnej uprzedniej kontroli Prezesa UZP, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych<sup>30</sup>. Obligatoryjne kontrole uprzednie przeprowadzane są przed zawarciem umowy z wykonawcą.

Kontrole doraźne Prezesa UZP, o których szerzej mowa w podrozdziale 1.4., wszczynane są obligatoryjnie na wniosek Instytucji Zarządzających programami UE, jeżeli z uzasadnienia wniosku instytucji wynika, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik<sup>31</sup>.

Prezes UZP w 2012 r. zakończył 188 kontroli uprzednich obligatoryjnych przy łącznej (czyli obejmującej zarówno kontrole postępowań związanych jak i niezwiązanych z wydatkowaniem środków z funduszy unijnych) liczbie 364 przeprowadzonych kontroli. Całkowita wartość szacunkowa zamówień objętych uprzednią kontrolą obligatoryjną wyniosła około 39,6 mld zł, czyli około 97% łącznej wartości zamówień publicznych skontrolowanych przez Prezesa UZP i około 30% wartości zamówień publicznych w Polsce. Warto jednocześnie dodać, iż łączna wartość zamówień objętych kontrolą obligatoryjną Prezesa UZP była w 2011 r. o około 35 mld zł większa niż w roku 2012.

Najwięcej zamówień objętych kontrolą uprzednią było współfinansowanych ze środków UE w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko – 135 postępowań (72% skontrolowanych postępowań współfinansowanych ze środków UE). Ponadto kontrolą objęto 26 postępowań w ramach PO Rozwój Polski Wschodniej (14%), 15 postępowań (8%) w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych, 10 postępowań (5%) dofinansowanych w ramach PO Innowacyjna Gospodarka oraz pojedyncze postępowania w ramach dwóch innych programów operacyjnych. O wynikach każdej obligatoryjnej kontroli uprzedniej informowana była właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> art. 169 ust. 2 ustawy Pzp.

<sup>31</sup> art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

<sup>32</sup> Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 roku, Warszawa 2012, s. 51.

W 143 obligatoryjnych kontrolach uprzednich (76%) nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych. W 26 kontrolach uprzednich obligatoryjnych (14%) stwierdzono naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast w 18 kontrolach – naruszenia, których usunięcie było niezbędne dla zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (10%) oraz w jednym przypadku – zalecenie unieważnienia postępowania.

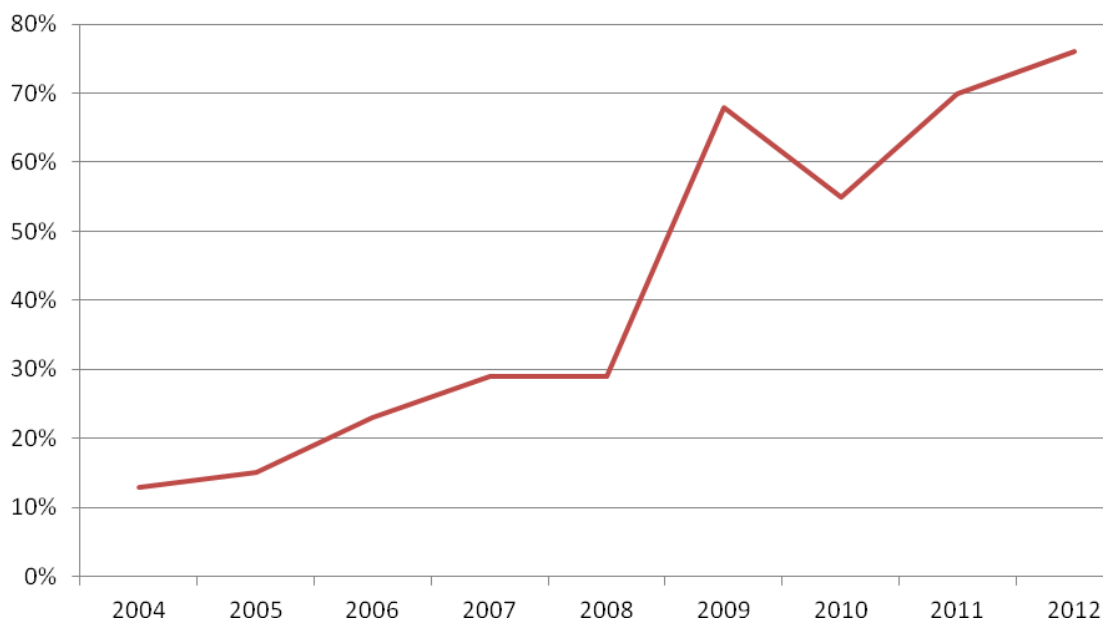
Stwierdzone w toku obligatoryjnych kontroli uprzednich naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania dotyczyły najczęściej: niepełnej treści ogłoszeń o zamówieniu, żądania od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, zaniechania wezwania wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albo zaniechania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji dokonania zmiany siwz.

Zalecenia usunięcia stwierdzonych naruszeń dotyczyły głównie czynności oceny ofert w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i poprawiania omyłek nie powodujących istotnej zmiany w treści oferty. Zalecenie unieważnienia postępowania zostało wydane ze względu na zaniechanie przez kontrolowanego zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców, którzy pozostając w porozumieniu złożyli oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji (w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zastrzeżenia zamawiającego) oraz – w tym samym postępowaniu – ze względu na wadliwy sposób oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w wyniku czego do etapu składania ofert nie został zaproszony jeden z wykonawców. Wszystkie wydane przez Prezesa UZP zalecenia usunięcia naruszeń zostały przez zamawiających wykonane.

Pozytywne efekty obligatoryjnych kontroli uprzednich zauważyć można na podstawie zmiany odsetka kontrolowanych zamówień, w których nie wykryto naruszeń. Odkąd obligatoryjne kontrole prowadzone są przez Prezesa UZP, czyli od roku 2004, odsetek kontroli w których nie wykryto naruszeń ustawy Pzp wzrósł o 63 punkty proc. W roku 2004 zaledwie 13% kontroli nie zakończyła się stwierdzeniem naruszeń. W kolejnych latach, zwłaszcza po roku 2008 odsetek ten

znacząco wzrósł i w latach 2009-2012 większość skontrolowanych postępowań zostało przeprowadzonych poprawnie.

Wykres 2.12. Odsetek obligatoryjnych kontroli uprzednich, w których nie wykryto naruszeń ustawy Pzp, w latach 2004-2012



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych umieszczonych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku”.

## 2.5. Rola zamówień publicznych w systemie kontroli pomocy publicznej

Jak to zostało opisane w rozdziale 1 udzielanie zamówień publicznych w państwach członkowskich Unii Europejskiej podlega poszanowaniu zasad TFUE, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada transparentności. Oznacza to również, iż udzielanie zamówień publicznych nie może być automatycznie wyłączone spod reguł dotyczących pomocy publicznej. Zgodnie bowiem z art. 107 ust. 1 TFUE, „z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie

niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”. W związku z tym zamówienie publiczne będzie stanowiło pomoc publiczną w sytuacji, gdy spełnione zostaną łącznie cztery następujące przesłanki:

- finansowane jest ono przez państwo lub ze źródeł państwowych (publicznych);
- powoduje uzyskanie korzyści przez przedsiębiorcę;
- ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określonego lub określonych przedsiębiorców albo produkcję określonych towarów);
- grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Zamówienia publiczne, co do zasady, są finansowane ze środków państwowych. Ponadto większość zamówień publicznych można bezpośrednio lub pośrednio przyporządkować do instytucji publicznych utożsamianych z państwem w rozumieniu artykułu 107 ust. 1 TFUE. Udzielenie zamówienia publicznego spełnia również przesłankę selektywności, bowiem może uprzywilejowywać określonego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, iż system zamówień publicznych jest otwarty dla przedsiębiorców z innych państw członkowskich, przesłanka odnosząca się do groźby zakłócenia lub zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE również będzie spełniona. Kluczowe znaczenie z punktu widzenia możliwości występowania pomocy publicznej w kontekście zamówień publicznych ma przesłanka odnosząca się do korzyści ekonomicznej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów europejskich oraz praktyką decyzyjną Komisji Europejskiej, pomoc publiczna wystąpi wówczas, gdy przedsiębiorca uzyskuje korzyść, której nie uzyskałby w normalnych warunkach rynkowych. W związku z tym, w celu oceny możliwości występowania pomocy publicznej, niezbędne jest przeanalizowanie, czy warunki udzielenia zamówienia publicznego odpowiadają warunkom transakcji rynkowej, tj. wykazanie, czy będący w analogicznej sytuacji podmiot rynkowy zdecydowałby się na zawarcie analogicznej transakcji. Test inwestora rynkowego (ang. *market economy investor principle*) w tym kontekście nie odnosi się jednak do działań inwestycyjnych podmiotu publicznego, czy też do działań zmierzających do odzyskania należnych wierzytelności, a do działań polegających

na zakupie dóbr i usług po możliwie najniższej cenie, ewentualnie wyborze najbardziej korzystnej ekonomicznie i jakościowo oferty.

W kontekście przepisów o pomocy publicznej, co do zasady, uważa się, iż wykorzystanie konkurencyjnych, przejrzystych i niedyskryminacyjnych przetargów publicznych jest wystarczające w celu wykazania, iż wybrany w takiej procedurze podmiot nie uzyska nadmiernych, tj. ponad warunki rynkowe, korzyści ekonomicznych. Wykorzystanie konkurencyjnych procedur przetargowych z jednej strony umożliwia otwarty i niedyskryminacyjny dostęp do systemu zamówień publicznych dla wszystkich podmiotów na równych zasadach, z drugiej natomiast umożliwia efektywne wydatkowanie środków publicznych. Ta zasada została m.in. wskazana w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 30 maja 2007 r. w sprawie N 46/2007<sup>33</sup>. W decyzji tej Komisja Europejska wskazała, iż udzielenie zamówienia publicznego nie powoduje uzyskania przez przedsiębiorcę korzyści ekonomicznej, której nie uzyskałby na rynku w sytuacji, gdy:

- udzielenie zamówienia jest transakcją handlową, która polega na zakupie usług (ewentualnie dóbr) w celu zaspokojenia wyraźnie określonych potrzeb sektora publicznego;
- procedura udzielania zamówienia publicznego jest zgodna z dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, a ustanowione kryteria mają na celu wybór najkorzystniejszej cenowo oferty – dotyczy to m.in. odpowiedniej publikacji informacji o planowanym zamówieniu publicznym, sformułowania i dostosowania specyfikacji przetargowej do charakteru zawieranej transakcji, a także wprowadzenia innych warunków, które zmierzają do zapewnienia efektywności kosztowej i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy pamiętać, iż sformułowanie specyfikacji przetargowej w nieuzasadniony sposób premiuje jedno z kilku równorzędnych rozwiązań, bądź też wprowadzając dodatkowe warunki, które nie są uzasadnione charakterem danego zamówienia, nie tylko może naruszać prawo zamówień publicznych, ale prowadzić do wyboru podmiotu,

---

<sup>33</sup> State Aid N 46/2007 – United Kingdom Welsh Public Sector Network Scheme C(2007) 2212 final. Podobne stanowisko została zaprezentowane również w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 21 października 2008 r. w sprawie inwestycji gminy Rotterdam w kompleks Ahoy (środek pomocy C 4/08 (ex N 97/07, ex CP 91/07)) C(2008) 6018 (pkt. 64).

który nie zostałby wybrany, gdyby nie odpowiednie działanie podmiotów publicznych. W konsekwencji zwycięzca takiego przetargu może być uznany za beneficjenta bezprawnej pomocy publicznej.

Podsumowując, należy zauważyć, iż zamówienia publiczne mają przede wszystkim na celu najbardziej efektywne wykorzystanie funduszy publicznych. Jednocześnie tego rodzaju gwarancja zakupów po najlepszej cenie stanowi środek zapewniający spójność między polityką Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych, a zasadami pomocy państwa, ponieważ zabezpiecza przed przyznawaniem wykonawcom nieuzasadnionych korzyści poprzez udzielanie zamówień publicznych<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Podobne wnioski zostały przedstawione w dokumencie pn. „Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień” (KOM(2011) 15 wersja ostateczna), Bruksela, dnia 27.1.2011 r.

### **Rozdział 3. Ograniczenia konkurencji w systemie zamówień publicznych w Polsce**

W niniejszym rozdziale raportu omówione zostaną najistotniejsze problemy związane z zamówieniami publicznymi w Polsce stanowiące największe bariery i zagrożenia dla rozwoju i funkcjonowania efektywnej konkurencji. Przedstawione zostaną źródła tych zagrożeń oraz mechanizmy nimi kierujące. Jako pierwsze omówione będą zachowania jednostronne – nieuczciwa konkurencja oraz tworzenie barier w dostępie do zamówień. Następnie opisane zostaną antykonkurencyjne zachowania kolektywne, czyli wertykalne i horyzontalne zmony przetargowe. Przedstawione zostaną również czynniki utrudniające zwalczanie niedozwolonych porozumień przetargowych przez Prezesa UOKiK oraz kwestie związane z ryzykiem występowania pomocy publicznej w przetargach. Zrozumienie istoty różnorodnych problemów związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych stanowi punkt wyjścia do konstrukcji propozycji ukierunkowanych na ich zwalczanie.

#### **3.1. Nieuczciwa konkurencja**

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeśli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>35</sup> (dalej także: ustawa znk) zabrania stosowania praktyk rynkowych, które stanowią przejaw niezdrowej konkurencji, czyli takich, które są niezgodne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Spośród długiego katalogu takich praktyk, wymienionych w ustawie znk, w kontekście przetargów publicznych najczęściej wskazuje się na zjawisko oferowania towarów i usług po cenach rażąco niskich oraz na problem składania więcej niż jednej oferty przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Do czynów nieuczciwej konkurencji zalicza się czasem również zmony przetargowe, które zostaną omówione w odrębnych podrozdziałach.

---

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2003 r. Nr153 poz 1503 ze zm.).

## Rażąco niska cena

Problem ceny rażąco niskiej jest jednym z najczęściej poruszanych w dyskusjach na temat prawa i praktyki zamówień publicznych. Zamawiający i wykonawcy skarżą się, iż niektórzy wykonawcy oferują ceny na nierealistycznym poziomie, a następnie wymuszają dodatkowe płatności, realizują kontrakt nierzetelnie, z naruszeniem prawa (np. zatrudniając pracowników nielegalnie) lub w ogóle się z niego nie wywiązują. Proponowana przez nich cena jest ustalona w oderwaniu od rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, ma na celu jedynie uzyskanie kontraktu. Choć wykonawcy tacy często znani są ze swej nierzetelności, zamawiający w praktyce nie mogą wykluczyć ich z udziału w przetargu<sup>36</sup>.

Należy zauważyć, że choć zakaz stosowania ceny rażąco niskiej występuje zarówno w ustawie Pzp jak i w prawie antymonopolowym, to rozumienie tego pojęcia w każdym z tych aktów prawnych jest nieco odmienne. Z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, praktyka narzucania rażąco niskiej ceny w celu wyeliminowania konkurentów może naruszać art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy oik, który mówi o wszystkich tzw. praktykach wykluczeniowych, polegających na „przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”<sup>37</sup>. Z punktu widzenia prawa antymonopolowego, stosowanie ceny rażąco niskiej może stanowić naruszenie tylko wtedy, gdy cena ta jest stosowana przez dominanta (firmę dysponującą istotną siłą na danym rynku właściwym) i ma potencjał wyeliminowania konkurenta równie efektywnego, co dominant. Do naruszenia dochodzi zatem, gdy przedsiębiorca dominujący, zaniżając cenę, ponosi pewną stratę (najczęściej na innym rynku, na którym nie posiada jeszcze siły rynkowej, ale chce poprawić swoją pozycję na nim) a działania tego nie da się wytłumaczyć inaczej niż chęcią wyeliminowania efektywnych konkurentów<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Przepis zawarty w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest w praktyce przepisem martwym. Wykaz nierzetelnych wykonawców, prowadzony przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, według stanu na dzień 25 lipca 2013 r. zawierał dane tylko czterech przedsiębiorców.

<sup>37</sup> Ponadto art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy oik zabrania nadużywania pozycji dominującej na rynku poprzez „bezpośrednie lub pośrednie narzucanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”. Ujęte w tym artykule pojęcie „ceny rażąco niskiej” odnosi się do przypadku tzw. praktyki eksploatacyjnej. Cena rażąco niska jest tu zatem narzucana przez nabywcę towarów i jest odpowiednikiem ceny nadmiernie wygórowanej stosowanej przez sprzedawcę. Pojęcie to jest zatem całkowicie rozbieżne z pojęciem ceny rażąco niskiej z Pzp.

<sup>38</sup> Zbliżona definicja ceny rażąco niskiej znajduje się w ustawie znk, gdzie w art. 15 ust 1 zapisano, że czynem nieuczciwej konkurencji jest „utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez [...]”

Przykładami takich praktyk są drapieżnictwo cenowe<sup>39</sup> i ściskanie marży<sup>40</sup>. Z uwagi na wysoki standard dowodowy, szczególnie w zakresie posiadania pozycji dominującej oraz wykazania potencjału do eliminacji równie efektywnych konkurentów za pomocą zaniżonych cen, do uznania praktyk tego rodzaju za niezgodne z prawem antymonopolowym dochodzi bardzo rzadko. Spośród nielicznych decyzji Prezesa UOKiK stwierdzających stosowanie drapieżnictwa cenowego, żadna nie dotyczyła zamówień publicznych. Na podstawie doświadczeń UOKiK i innych organów antymonopolowych w zakresie ścigania przypadków stosowania cen rażąco niskich w celu ograniczania konkurencji można wysnuć wniosek, że do sygnałów o stosowaniu rażąco niskiej ceny przez przedsiębiorców należy podchodzić ostrożnie, tak, aby nie dochodziło do eliminowania z przetargów rzetelnych i efektywnych kosztowo wykonawców. Obniżanie cen jest bowiem istotą gry konkurencyjnej i z reguły przynosi korzyści zamawiającemu.

Ustawa Pzp zawiera nieco mniej precyzyjne pojęcie ceny rażąco niskiej. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 tej ustawy, zamawiający musi odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że ceną rażąco niską w rozumieniu tych przepisów jest cena „nierealna”, która nie odpowiada rzeczywistym kosztom wytworzenia towaru lub świadczenia usługi. Takie rozumienie wydaje się szersze niż w prawie antymonopolowym i w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie tylko nie wymaga bowiem badania pozycji rynkowej przedsiębiorcy stosującego podejrzaną niską cenę, ale również nie wymaga określenia czy cena na danym poziomie ma na celu lub ma potencjał wyeliminowania efektywnego konkurenta. Brak dobrze zdefiniowanych testów, określających przy jakim poziomie cenę można uznać za rażąco niską na podstawie przepisów ustawy Pzp, znacznie utrudnia ich stosowanie. Obecnie prowadzone są prace legislacyjne, zarówno na

---

sprzedż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;”. Przepis ten odnosi się do szerszego grona przedsiębiorców, niż przepis art. 9 ustawy okik (nielegalność działania nie jest uzależniona od posiadania przez podmiot szczególnej pozycji na rynku), ale podobnie wymaga badania, czy celem praktyki była eliminacja innego przedsiębiorcy oraz czy cena jest niższa od kosztu.

<sup>39</sup> Praktyka polegająca na oferowaniu przez dominanta towarów lub usług po cenach istotnie zaniżonych (zazwyczaj poniżej kosztów) w zamiarze eliminacji konkurentów z rynku oraz stosownego podwyższenia cen w późniejszym czasie.

<sup>40</sup> Praktyka polegająca na ustalaniu przez podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku hurtowym, który jednocześnie działa na rynku detalicznym, wysokich cen hurtowych przy jednoczesnym stosowaniu względnie niskich cen na rynku detalicznym. W efekcie różnica pomiędzy cenami hurtową i detaliczną jest niewystarczająca, aby inny, nie mniej efektywny, podmiot konkurujący z ww. dominantem na rynku detalicznym mógł osiągnąć normalny zysk, podczas gdy ten drugi rekompensuje sobie straty lub zaniżone zyski w detalu wysokimi marżami w hurcie.

poziomie krajowym, jak i unijnym, mające uelastyczyć przepisy i zwiększyć skłonność zamawiających do weryfikowania ofert wyglądających na rażąco niskie.

### **Składanie więcej niż jednej oferty**

Czynem nieuczciwej konkurencji jest złożenie więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę. Przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie zabrania takiego działania. Podmiot, który złożył dwie oferty mógłby bowiem manipulować wynikami przetargu, decydując się na wycofanie ofert najkorzystniejszych w przypadku, gdy dwa najwyższe miejsca w rankingu zajmą oferty złożone przez niego. Podobne konsekwencje może mieć sytuacja, gdy odrębne oferty składają podmioty, które są traktowane jak niezależni wykonawcy na gruncie ustawy Pzp (np. przez dwie odrębne spółki prawa handlowego), ale należą do tej samej grupy kapitałowej.

Do 20 lutego 2013 r., dnia w którym weszła w życie nowelizacja Pzp z 12 października 2012 r., przepisy Pzp nie ograniczały możliwości złożenia odrębnych ofert w przetargu przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej<sup>41</sup>. Obecnie – stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy - takie zachowanie to podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania, chyba że oferenci wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nieograniczona, przed nowelizacją Pzp, możliwość składania w tym samym postępowaniu odrębnych ofert pozwalała przedsiębiorcom powiązanim (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Wzajemne ścisłe powiązania pomiędzy takimi przedsiębiorcami ułatwiają bowiem wymianę informacji dotyczących cen czy innych warunków udziału w przetargu. Praktyka taka skutkuje wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do istniejącego stanu konkurencji, gdyż konkurencja między powiązаныmi uczestnikami przetargu staje się pozorna oraz daje im możliwość uzyskania zamówienia na korzystniejszych dla siebie warunkach niż w przypadku niezakłóconej konkurencji. Jak wynika z zawiadomień otrzymywanych przez Prezesa UOKiK oraz

---

<sup>41</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy UOKiK przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

z orzecznictwa KIO, powiązane spółki posiadające informacje o swoich ofertach i działaniach planowanych w postępowaniu, często mogły manipulować w opisany powyżej sposób wynikiem przetargu.

Prezes UOKiK wielokrotnie otrzymywał zawiadomienia wskazujące na uzgadnianie ofert lub wymianę informacji związanych z przetargiem przez powiązanych ze sobą przedsiębiorców. Jednakże kierując się wypracowaną w unijnym i przyjętą w polskim orzecznictwie koncepcją „jednego organizmu gospodarczego” (ang. *single economic unit*) organ antymonopolowy, w większości sygnalizowanych mu spraw, nie mógł podjąć działań przewidzianych w ustawie okik. Zgodnie bowiem z unijnymi i polskimi przepisami prawa konkurencji dla stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję konieczne jest udowodnienie dokonania uzgodnień pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem<sup>42</sup> odrębne z prawnego punktu widzenia podmioty np. dwie spółki mogą – przy spełnieniu określonych przesłanek – zostać uznane za jeden organizm gospodarczy, co skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia zawarcia przez takie podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję. Tego rodzaju struktura organizacyjna może składać się z szeregu formalnie odrębnych podmiotów, jeżeli wskutek swoich powiązań w praktyce rynkowej wspólnie realizują tożsamy cel gospodarczy zachowując się jednolicie w taki sposób, że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie rolę konkurentów. Istnienie powiązań kapitałowych lub faktycznych między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej, które skutkują brakiem rzeczywistej swobody określania postępowania przedsiębiorcy na rynku powoduje, że mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym<sup>43</sup>. W takiej sytuacji postawienie zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest możliwe. W konsekwencji uznaje się, że wymiana informacji np. o cenach czy warunkach składanych w przetargu ofert przez powiązanych przedsiębiorców stanowiących jeden organizm gospodarczy nie może zostać

---

<sup>42</sup> W UE np. wyrok TSUE z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95, *Viho* (Zb. Orz. 1996, s. I-5457), pkt 51. W Polsce: decyzje Prezesa UOKiK z: 14.03.2007 r. nr DOK-34/07; 8.12.2009 r. nr DOK-8/2009; 31.12.2010 r. nr DOK 11/2010 dostępne na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl) oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z 3.06.1998 r., sygn. akt XVII Ama 7/98, LEX nr 56492, wyrok Sądu Antymonopolowego z 17.01.1996 r., sygn. akt XVII Amr 54/95, Wokanda 1997/4/52, wyrok Sądu Antymonopolowego z 2.12.1998 r., sygn. akt XVII Ama 59/98, Wokanda 2000/3/53, wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.05.1998 r., sygn. akt XVII Ama 4/98, Wokanda 1999/6/53.

<sup>43</sup> Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, ss. 130-133 i 154-155.

uznana za zmwę przetargowę sprzeczną z art. 6 ustawy okik<sup>44</sup>. Jednocześnie warto podkreślić, że powiązania kapitałowe pomiędzy przedsiębiorcami mogą nie przesądzać same w sobie o istnieniu jednego organizmu gospodarczego. Zarazem należy zaznaczyć, iż w sytuacji gdy poza powiązanymi przedsiębiorcami, uczestnikiem zmwoty są także inni, niepowiązani, oferenci, nie ma przeszkód do stawiania zarzutu zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia<sup>45</sup>.

Z tego względu, próbę rozwiązania omawianego problemu podjęto na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych, we wskazanej nowelizacji Pzp. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z wprowadzoną zmianą, fakt złożenia odrębnych ofert przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej, nie pociąga za sobą automatycznie skutku wykluczenia z przetargu. Jednak na powiązanych wykonawcach spoczywa wówczas ciężar dowodu, że powiązania te nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

UOKiK pozytywnie ocenia zmianę przepisów w tym zakresie, ponieważ jej rezultatem może być skutecznie zniechęcenie przedsiębiorców do wykorzystywania struktur korporacyjnych w celu składania ofert, które nie były przygotowane niezależnie. Nowe przepisy spotkały się z krytyką dużych korporacji, dla których przygotowanie listy podmiotów należących do grupy kapitałowej stanowi rzekomo nadmierny ciężar. UOKiK stoi na stanowisku, iż przyjęte rozwiązania są niezbędne i proporcjonalne. Proponowana przez przedsiębiorców korekta przepisów, polegająca na rezygnacji z obowiązku składania listy i zastąpienie go obowiązkiem składania oświadczeń po zapoznaniu się z listą podmiotów, które złożyły oferty w przetargu, nie zmniejszy obciążenia po stronie przedsiębiorców. Przed złożeniem oświadczenia o braku powiązań z wykonawcami startującymi w danym przetargu, przedsiębiorca musiałby bowiem dysponować wiedzą na temat podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, a więc takim samym zakresem informacji, jaki jest potrzebny do stworzenia listy o której mowa w art. 26 ust 2d ustawy Pzp.

---

<sup>44</sup> Szerzej na temat podejścia do składania więcej niż jednej oferty przez członków grupy kapitałowej: A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*. iKAR 2012 (4)1, s. 44-56, <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/04/pdf/44.pdf>.

<sup>45</sup> Por. decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 nr DOK-12/2011, pkt 94.

Szczególną formą składania więcej niż jednej oferty są praktyki nadużywania przepisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczących korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Podmioty nadużywające tego przepisu użyczają swój potencjał kilku wykonawcom, składającym oddzielne oferty, w stopniu, który w praktyce oznacza wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez danego przedsiębiorcę. Dodatkowo przedsiębiorca ten może także złożyć ofertę we własnym imieniu. W opisanej sytuacji, obojętnie który z wykonawców korzystających z potencjału danego przedsiębiorcy wygrałby przetarg, zamówienie realizowane będzie przez tego samego przedsiębiorcę. Oznacza to, że faktycznie przedsiębiorca ten składa, często przez podstawionych wykonawców, kilka ofert i jest w stanie swobodnie manipulować wynikami przetargu.

### **3.2. Bariery w dostępie do przetargów**

Fenomenu niskiej przeciętnej liczby ofert składanych w przetargach, opisanego w podrozdziale 2.2., nie da się wytłumaczyć małą liczbą potencjalnych wykonawców, czy niewystarczającą przejrzystością procedur przetargowych. Gospodarki podobnej wielkości jak polska są w stanie przyciągnąć przeciętnie większą liczbę konkurentów do postępowań przetargowych. Niskie zainteresowanie przetargami w Polsce nie jest również skutkiem braku odpowiedniej informacji o przetargach. Postępowania o wartości powyżej progów unijnych organizowane przez polskich zamawiających są bowiem ogłaszane w tym samym serwisie (suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej), co postępowania organizowane w innych krajach. W niniejszej części raportu stawiamy kilka hipotez dotyczących źródeł tego problemu i podejmujemy próbę ich weryfikacji.

#### **Krótki termin na złożenie oferty**

Szybkość przeprowadzania postępowań jest z pewnością pozytywną stroną polskiego systemu zamówień publicznych. Należy jednak zauważyć, że szybkość procedur może natomiast wynikać między innymi z krótkich terminów na złożenie oferty. Zbyt krótki odstęp czasu między ogłoszeniem zamówienia a terminem złożenia ofert może natomiast skutecznie utrudniać złożenie oferty zwłaszcza małym i średnim przedsiębiorcom oraz tym, którzy nie mają doświadczenia w realizowaniu zamówień publicznych. Zarówno Dyrektywa klasyczna jak

i ustawa Pzp stanowią, że zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Terminy minimalne dla trybów podstawowych wynoszą 52 dni (lub 36 pod warunkiem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego) dla zamówień powyżej progów unijnych oraz 7 lub 14 dni dla zamówień poniżej tych progów. Biorąc pod uwagę, że przeciętny czas trwania przetargu w Polsce, od daty jego ogłoszenia do podpisania umowy, wyniósł w 2012 r. 86 dni dla zamówień powyżej progów UE i 31 dni dla zamówień poniżej tych progów, można wnioskować, że wyznaczanie minimalnych terminów jest raczej regułą niż wyjątkiem i w praktyce terminy na złożenie ofert nie są odpowiednio dostosowywane do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

### **Wymagania stawiane wykonawcom**

Niska liczba ofert wpływających w przetargu może być efektem zbyt wysokich wymagań stawianych wykonawcom. Wymogi dotyczące doświadczenia, potencjału kadrowego i finansowego są w stanie skutecznie ograniczyć liczbę firm mogących potencjalnie uczestniczyć w przetargu. Wysokie wymagania dotyczące doświadczenia i potencjału sprawiają, że wykonawcy uciekają się do „handlu referencjami”, czyli kupowania oświadczeń o użyczeniu potencjału, który nie jest później wykorzystywany do realizacji zamówienia. Pewien poziom wymagań formalnych jest oczywiście konieczny, choćby ze względu na utrudnienie możliwości wykorzystywania podstawionych firm do manipulowania wynikami przetargu. Przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wymaga jednak, aby wymogi te były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. O tym, że obniżenie wymagań stawianych wykonawcom może spowodować istotny wzrost liczby ofert składanych w przetargach świadczyć może przykład Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, która po 2008 r. dzięki zliberalizowaniu zasad udziału w przetargach otworzyła dostęp do nich dla 130 nowych podmiotów<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Zobacz: Wojciech Surmacz, Violetta Krasnowska-Salustowicz, „Polska droga ustawiona”, Forbes, 26 luty 2013, dostępny na <http://www.forbes.pl/polska-drogo-ustawiona,artykuly,139860,1,1.html>

## **Opis przedmiotu zamówienia**

Mała liczba ofert wpływających w przetargu może świadczyć o tym, że przedmiot zamówienia został w siwz opisany zbyt precyzyjnie. Przy zbyt drobiazgowym określeniu przedmiotu zamówienia może się bowiem okazać, że tylko jeden wykonawca dysponuje produktem spełniającym warunki zamówienia. Nawet jeśli takich produktów/usług jest więcej, podmioty mające je w ofercie mogą nie być w stanie konkurować z podmiotem, którego oferta pasuje najlepiej do opisu i decydują się na rezygnację z uczestnictwa w przetargu.

Warto zaznaczyć, że określanie warunków przetargu (warunków dla wykonawców, opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny), które w nieuzasadniony sposób skutkuje wykluczeniem niektórych wykonawców z przetargu, może naruszać zapisy ustawy okik. Przepis art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy okik zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Jeśli zamawiający jest przedsiębiorcą, który na rynku właściwym, w ramach którego organizuje zamówienie, posiada pozycję dominującą (a więc jest w stanie nadużywać siły rynkowej), to określanie warunków przetargu w sposób, który eliminuje efektywnych konkurentów może skutkować stwierdzeniem przez Prezesa UOKiK naruszenia powyższego przepisu i nałożeniem kary na zamawiającego. Jako przykład podać można decyzję Prezesa UOKiK nr RWA – 9/2009 z 10 lipca 2009 r., w której za antykonkurencyjną uznano praktykę polegającą na nieprawidłowym stosowaniu przez NFZ kryterium „ciągłości” w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych (prowadzonych na podstawie ustawy z dn. 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). Na podstawie tego kryterium przyznawane były punkty wykonawcom, którzy w chwili zawierania umowy już współpracowali z NFZ. NFZ stał na stanowisku, iż kryterium „ciągłość” umożliwia zachowanie ciągłości leczenia przez pacjenta u tego samego świadczeniodawcy, a więc jego stosowanie jest korzystne dla ubezpieczonych. Fundusz nie potrafił jednak podać żadnych merytorycznych argumentów za przypisywaniem wysokiej wagi temu parametrowi w przypadku ratownictwa medycznego, transportu sanitarnego i leczenia uzdrowiskowego. Prezes UOKiK stwierdził zatem w uzasadnieniu decyzji, że w przypadku tych rodzajów świadczeń „NFZ zmierzał do tego, aby dla własnej wygody, zmniejszyć ryzyko tego,

iż w kolejnym okresie kontraktowania świadczeń będzie musiał współpracować z innym (nowym) podmiotem”.

### **Cena jako jedyne kryterium**

W 90% przetargów przeprowadzanych w trybach konkurencyjnych w Polsce, cena jest jedynym kryterium wyboru oferty. Stosowanie tego pojedynczego kryterium może wpływać niekorzystnie na konkurencyjność przetargów. Są ku temu dwa powody. Pierwszy to problem tworzenia bariery dostępu do przetargu. Na rynkach niezwiązanych z zamówieniami publicznymi, cena jest tylko jednym z wielu parametrów jakimi konkurują przedsiębiorcy. Jakość, termin dostaw, gwarancja – wszystkie te czynniki biorą pod uwagę zamawiający z sektora niepublicznego przy wyborze danego produktu lub usługi. Również przeciętny konsument nie kieruje się w swoich wyborach wyłącznie ceną. Stosowanie jedynie kryterium ceny nie pozwala efektywnie konkurować przedsiębiorcom, którzy nie są w stanie wygrać rywalizacji cenowej, ale mogącym zaoferować produkt ogólnie najkorzystniejszy z punktu widzenia zamawiającego i podatnika przy uwzględnieniu wszystkich jego cech. Stosowanie wyłącznie kryterium ceny może być ekwiwalentem, ale może też towarzyszyć opisanemu powyżej problemowi zbyt sztywnego opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto wybór oferty jedynie w oparciu o kryterium najniższej ceny ułatwia osiągnięcie porozumienia między członkami kartelu, a więc sprzyja funkcjonowaniu zmów przetargowych, które szczegółowo omawiamy w kolejnych podrozdziałach. W przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty opiera się o jedno kryterium, przedsiębiorcom zamawiającym się dużo łatwiej dojść do porozumienia, niż w przypadku, gdy uzgodnieniu muszą podlegać również inne parametry oferty. Gdy uzgodnienia dotyczą większej liczby kryteriów, zamawiającemu łatwiej jest wykryć znowę, co dodatkowo zniechęca wykonawców do zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

Warto zauważyć, że ogromna popularność praktyki ograniczania kryteriów wyboru wyłącznie do ceny jest specyfiką polskiego systemu zamówień publicznych. Spośród zamówień powyżej progów UE, w całej Europie jedynie ok. 30% przetargów rozstrzyganych jest w oparciu tylko o

to kryterium. W niektórych krajach odsetek przetargów, w których wybierana jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie (czyli w oparciu o więcej niż jedno kryterium) dochodzi do 90%.

### 3.3. Zmowy horyzontalne

Najbardziej szkodliwe z punktu widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujące w przetargach to porozumienia (zmowy) horyzontalne czyli zawierane pomiędzy konkurentami, nazywane też ustawianiem ofert (ang. *bid-rigging*). Mogą się one różnić co do formy zawarcia porozumienia, przedmiotu porozumienia, czy też wykorzystywanego mechanizmu. Zawsze jednak doprowadzają do wspólnego ustalenia przez niezależnych wykonawców przynajmniej części istotnych aspektów składanych ofert lub zachowania w przetargu, zaś ich celem jest ograniczenie konkurencji ze szkodą dla zamawiającego. Poniżej omawiamy podstawowe rodzaje zmów oraz symptomy, mogące świadczyć o ich istnieniu.

Pod względem przedmiotu zmowy, porozumienia horyzontalne można podzielić na dotyczące warunków ofert (m. in. ceny) oraz dotyczące zachowania, zarówno przed założeniem ofert jak i w trakcie trwania przetargu. Zmowy przetargowe mogą być uznane za naruszenia prawa konkurencji już nawet ze względu na swój cel, tzn. nawet jeśli stronom nie uda się wpłynąć na wynik przetargu<sup>47</sup>. Nielegalne jest uzgodnienie choćby jednego z elementów umowy, jeśli ogranicza to konkurencję. Umówienie się w kwestii udziału w przetargu oraz postępowania w nim (niepoprawianie ofert, niewnoszenie odwołań) również może ograniczać konkurencję<sup>48</sup>.

Zmowa horyzontalna może przybrać formę pisemną (np. antykonkurencyjne postanowienia w umowie konsorcjum lub umowie podwykonawstwa), najczęściej jednak porozumienia zawierane są w formie ustnej lub za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Formą zmowy może być również sama wymiana informacji na temat szczegółów ofert lub planowanego zachowania podczas przetargu.

---

<sup>47</sup> Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08.

<sup>48</sup> Wyrok SA w W-wie z dnia 13 października 2009 r., VI A Ca 6/09 „przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania np. ceny lub tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się”

Zmowy przetargowe mogą wykorzystywać różne metody podziału zysków pomiędzy uczestników porozumienia (ang. *sharing the spoils*). Mogą one przybierać trzy podstawowe formy:

- wypłaty gotówki,
- podziału rynku,
- rotacji ofert.

Najprostszym sposobem dzielenia się zyskami z zawartego porozumienia horyzontalnego jest **wypłata gotówki**. Przedsiębiorca, który wygrał przetarg, wypłaca uczestnikom porozumienia środki pieniężne w zamian za fikcyjne lub faktyczne usługi lub dostawy, faktyczne lub fikcyjne podwykonawstwo albo dodatkowe umowy, przykładowo dotyczące dostaw.

Podział zysku może również odbywać się poprzez **podział rynków**. Polega on na systemowym ustaleniu, iż dani konkurenci nie będą składać ofert określonym klientom (podział podmiotowy), lub nie będą uczestniczyć w przetargach w obrębie określonych obszarów geograficznych (podział geograficzny) albo dotyczących określonej kategorii przedmiotu zamówienia (podział przedmiotowy). O funkcjonowaniu tego typu porozumienia świadczyć może na przykład fakt, iż mimo obecności na wielu rynkach geograficznych (np. w zakresie sprzedaży innych rodzajów towarów i usług), przedsiębiorcy zawężają swoją aktywność w przetargach do określonych rozłącznych obszarów geograficznych.

Opis umowy o podziale rynku znaleźć można w decyzji Komisji Europejskiej *Gas Insulated Switchgear*, C-38.899. Porozumienie to obejmowało 10 przedsiębiorców z Japonii i Europy, dostawców rozdzielnic z izolacją gazową. Koordynowali oni przyznawanie projektów na całym świecie z wyjątkiem USA i Kanady (wybór wykonawcy projektu najczęściej odbywał się w przetargu). Kartel miał złożoną strukturę:

- istniało porozumienie, zgodnie z którym japońskie przedsiębiorstwa miały nie prowadzić sprzedaży w Europie, a europejskie przedsiębiorstwa miały nie sprzedawać na terytorium Japonii;

- projekty poza terytorium określonych krajów europejskich i Japonii były dzielone na podstawie globalnych kontyngentów;
- w oparciu o porozumienie europejskie przedsiębiorstwa omawiały między sobą projekty dotyczące krajów europejskich;
- pewne kraje europejskie zostały określone jako „kraje macierzyste” i przypisane producentom pochodzącym z danego kraju.

**Rotacja ofert** (ang. *bid rotation*) to szczególna forma podziału rynku w wymiarze czasowym. W przypadku tego mechanizmu ustalenia dotyczą kolejności wygrywania przetargów przez przedsiębiorców. Najczęściej wykonawcy umawiają się, że będą wygrywać kolejno ogłaszane przetargi na zmianę, czyli rotacyjnie. O występowaniu tego mechanizmu świadczyć może fakt, iż istnieje grupa przedsiębiorców, którzy wygrywają podobne przetargi w przewidywalnej kolejności.

W decyzji Prezesa UOKiK nr RKT-25/2011 opisany został przypadek zмовы wykorzystującej mechanizm rotacji ofert. W wyniku uzgodnienia szczegółów ofert i zachowań podejmowanych w toku przetargu na wykonywanie znaków drogowych poziomych i pionowych oraz ich konserwację, dwoje przedsiębiorców wpływało na wyniki co najmniej 19 postępowań o zamówienia publiczne organizowanych przez zarządców dróg gminnych, powiatowych i wojewódzkich w różnych częściach Polski. Schemat działania zakładał naprzemienne składanie korzystniejszej oferty.

Aby uzyskać pożądany przez uczestników porozumienia efekt, stosowane są różne mechanizmy funkcjonowania porozumienia przetargowego. Można wyróżnić trzy podstawowe rodzaje takich mechanizmów:

- oferty kurtuazyjne,
- ograniczanie ofert,
- rozstawianie i wycofywanie ofert.

**Oferty kurtuazyjne** (ang. *cover bidding, complementary bidding*), zwane również ofertami podkładowymi polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie

celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma za zadanie uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu, czy wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie niska. Zawiera ona często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez nabywcę lub błędy formalne. Oferta taka często przewyższa szacunkową wartość zamówienia. O stosowaniu takiego mechanizmu świadczyć może fakt, iż jeden z wykonawców często składa oferty w cenie, która wygląda na wygórowaną.

Przykład zastosowania ofert kurtuazyjnych zawiera decyzja Prezesa UOKiK nr RWR-12/2003. W opisanej w decyzji sytuacji doszło do uzgodnienia parametrów składanych ofert przez dwie spółki biorące udział w przetargu na prowadzenie zorganizowanej kontroli biletowej w pojazdach komunikacji zbiorowej na terenie Wrocławia. W przetargu dopuszczono możliwość składania ofert częściowych na każdy z trzech, wyodrębnionych przez zamawiającego, obszarów kontroli biletowej. W obszarze I i III najkorzystniejsze oferty złożyła spółka A, a w obszarze II – spółka B. Oferty zwycięskie spółki A oraz oferta zwycięska spółki B zawierały dokładnie taką samą cenę i pozostałe parametry. To samo dotyczyło ofert „przegrywających” obu spółek. Strony porozumienia w „przegrywających” obszarach złożyły oferty podkładowe, tak by mogły podzielić się zamówieniem w proporcji 2/3 dla spółki A i 1/3 dla spółki B. Warto pamiętać, że przed rokiem 2004 postępowanie musiało być unieważnione, gdy w przetargu wpłynęły mniej niż 2 ważne oferty. Jak wyjaśniono w rozdziale 2, taki wymóg zachęcał do stosowania mechanizmu ofert kurtuazyjnych, szczególnie w postępowaniach, które wcześniej unieważniano ze względu na niewpłynięcie co najmniej dwóch ofert.

**Ograniczanie ofert** jest niejako odwrotnością mechanizmu ofert kurtuazyjnych. W tym przypadku strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem zrezygnuje z udziału w nim. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty. Mechanizm ten jest czasem metodą realizacji szerszego celu podziału rynku (pod względem geograficznym, przedmiotowym lub podmiotowym). O stosowaniu tego mechanizmu świadczyć może fakt, że przedsiębiorcy zainteresowani przetargiem i/lub pobierający dokumentację nie składają ofert lub składają oferty niekompletne, które nie są uzupełniane.

Jak można zauważyć, powyższe rodzaje mechanizmów mogą być czasami łączone, powstawać mogą ich nowe warianty. Istnieją również inne mechanizmy. Na przykład, w przetargu ograniczonym, członkowie kartelu mogą w pierwszym etapie wzajemnie użyć sobie potencjału. Dzięki temu członkowie kartelu uzyskują maksymalne oceny i zapewniają sobie grupowo awans do drugiego etapu, eliminując z niego outsiderów. W drugim etapie członkowie porozumienia mogą zastosować np. mechanizm ograniczania ofert aby podzielić między siebie części przetargu.

**Rozstawianie i wycofywanie ofert** to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączonym z ograniczaniem. Może być skutecznie wykorzystywany przez grupy przedsiębiorców nawet, jeśli zмова nie obejmuje wszystkich potencjalnych uczestników przetargu, czyli nawet wtedy, gdy poza uczestnikami zmony na rynku działają „outsiderzy”, których nie udaje się lub nie opłaca zaangażować w zmovę. W pierwszym etapie następuje uzgodnienie treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane” – oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmony składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie jeśli 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”<sup>49</sup>. Analogicznie, jeśli oferty członków kartelu zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty.

Przypadek stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert stwierdzono w decyzji Prezesa UOKiK nr RPZ-20/2005. Dwaj przedsiębiorcy, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia na czyszczenie ulic w rejonie Poznania-Wilda dokonali uzgodnienia nie tylko cenowych warunków składanych ofert, ale również swojego zachowania w toku przetargu. Wezwany przez organizatora przetargu do uzupełnienia tych braków wykonawca, składający najkorzystniejszą ofertę, nie dostarczył odpowiedniego oświadczenia. Doprowadziło to do wyboru przez zamawiającego oferty drugiej w kolejności, która była o 75% wyższa od oferty najkorzystniejszej.

---

<sup>49</sup> Formalnie wycofanie oferty wprost zwykle nie jest możliwe, gdyż na tym etapie obowiązuje okres związania ofertą. Wykonawcy najczęściej uciekają się do nieuzupełniania brakującej dokumentacji (zaświadczeń, oświadczeń) lub nieuzupełniania błędów w ofercie, w wyniku czego wykonawca zostaje wykluczony lub jego oferta jest odrzucona.

Szczególne niebezpieczeństwo wynikające z stosowania mechanizmu rozstawiania i wycofywania ofert polega na tym, że zamawiającemu zwykle dość trudno jest wykryć i udowodnić istnienie takiej zmywy w przypadku, gdy oferta najkorzystniejsza lub oferta druga w kolejności została złożona przez outsidera. Nie dochodzi bowiem wówczas do wycofywania ofert przez członków kartelu. Dużo łatwiej natomiast wykryć taką zmywę jeśli dochodzi do wycofania ofert. Ma to miejsce wtedy, gdy najkorzystniejszą ofertą pozostającą po wycofaniu oferty przez członka kartelu, jest ta złożona przez innego członka kartelu.

### **3.4. Zmowy pionowe i faworyzowanie wykonawców**

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy oikik, zakazane są porozumienia polegające 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”. Nielegalne są zatem nie tylko horyzontalne zmywy przetargowe, omówione w podrozdziale 3.3, ale również zmywy pionowe, czyli zawierane między zamawiającym a wykonawcą. Zmywy takie zaliczono do grupy najbardziej szkodliwych dla konkurencji naruszeń, które nie korzystają z wyłączenia spod zakazu na podstawie kryterium bagatelności porozumienia. Skutkiem takiego porozumienia jest przyznanie szczególnie korzystnych warunków jednemu lub grupie uczestników przetargu. Może również dochodzić do ujawnienia szczegółów siwz przed jego opublikowaniem lub ujawnienia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Również ujawnienie tożsamości innych podmiotów wyrażających zainteresowanie udziałem w przetargu może mieć antykonkurencyjny skutek.

Antykonkurencyjne porozumienia na linii zamawiający-wykonawca mogą mieć podłoże korupcyjne. Jednak z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, fakt wystąpienia korupcji nie ma większego wpływu na ocenę naruszenia. Przekazanie korzyści majątkowej zamawiającemu może natomiast być jednym z dowodów na zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Warto również przypomnieć, że w stosunku do niektórych zamawiających, a mianowicie tych, którzy posiadają na rynku pozycję dominującą, Prezes UOKiK może

stwierdzać naruszenie nawet wówczas, gdy jednostronnie (bez porozumienia z wykonawcą) ograniczają konkurencję w ramach organizowanego przez siebie przetargu.

Zmowy wertykalne są nadzwyczaj trudne do wykrycia i udowodnienia. Szczególnie duże problemy stwarza udowodnienie zawarcia takiej umowy na podstawie poszlak – zamawiający zwykle stosunkowo łatwo potrafi wskazać racjonalne wytłumaczenie swoich działań. Dodatkową przeszkodą jest często fakt, iż podmiot organizujący przetarg często nie ma statusu przedsiębiorcy w odniesieniu do rynku, na którym dochodzi do umowy. Ponadto UOKiK nie dysponuje możliwością stosowania technik operacyjnych, co w zasadzie uniemożliwia ściganie tego typu umów na podstawie dowodów bezpośrednich. Ciężar zwalczania tego typu umów spoczywać musi na innych służbach wyposażonych w narzędzia odpowiednie do ich ścigania, takich jak CBA.

Warto wspomnieć, że w toku postępowania przetargowego, zamawiający może również uzyskać informacje o istnieniu porozumień wertykalnych nie będących umowami przetargowymi, czyli o takich, których sam nie jest stroną. Porozumienia takie nie muszą mieć bezpośredniego związku z postępowaniem przetargowym, jednak mogą wpływać na warunki konkurencji w przetargu. Jeśli np. potencjalni dostawcy tłumaczą, iż nie mogą złożyć oferty konkurencyjnej ze względu na restrykcje zawarte w porozumieniach dystrybucyjnych (na mocy których producent kontroluje minimalną cenę odsprzedaży lub zastrzega wyłączność terytorialną konkretnym dystrybutorom), to każdy tego typu przypadek podlega zgłoszeniu do Prezesa UOKiK, który jest kompetentny w sprawach oceny wpływu takich porozumień na konkurencję.

### **3.5. Decyzje Prezesa UOKiK stwierdzające umowy przetargowe**

Przeciwdziałanie opisanym w powyższych podrozdziałach umowom to jedno z zadań Prezesa UOKiK. Od wejścia w życie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>50</sup> do 30 sierpnia 2013 r. Prezes UOKiK wydał 15 decyzji stwierdzających zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję w postaci tzw. umowy przetargowej:

---

<sup>50</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 122 poz. 1319). Ustawę tę zastąpiono później przez obecnie obowiązującą ustawę okik. W obowiązującej ustawie okik przepisy dotyczące porozumień ograniczających konkurencję znajdują się w art. 6 ust. 1 pkt 7.

- 1) decyzja z 31 grudnia 2012 r. dotycząca odbioru i transportu odpadów komunalnych (RLU-38/2012);
- 2) decyzja z 9 października 2012 r. dotycząca dostaw mąki oraz produktów mącznych dla podmiotów instytucjonalnych (RWR-31/2012);
- 3) decyzja z 9 października 2012 r. dotycząca sprzedaży sprzętu komputerowego (RPZ-28/2012);
- 4) decyzja z 21 grudnia 2011 r. dotycząca wykonywania usług leśnych (RBG-27/2011);
- 5) decyzja z 6 września 2011 r. dotycząca oznakowań drogowych (RKT-25/2011);
- 6) decyzja z 27 lipca 2011 r. dotycząca dowozu uczniów do placówek oświatowych (RKR-24/2011);
- 7) decyzja z 24 grudnia 2010 r. dotycząca utrzymania czystości w budynkach (RPZ-31/2010);
- 8) decyzja z 4 października 2010 r. dotycząca dostawy pieczętek automatycznych dla klientów instytucjonalnych (RWR-24/2010);
- 9) decyzja z 28 sierpnia 2009 r. dotycząca dostawy produktów warzywnych dla podmiotów instytucjonalnych (RPZ-12/2009);
- 10) decyzja z 10 czerwca 2008 r. dotycząca utrzymania zieleni komunalnej (RLU-21/2008);
- 11) decyzja z 16 lipca 2007 r. dotycząca kompleksowego wyposażenie obiektów (RKT-22/2007);
- 12) decyzja z 21 września 2005 r. dotycząca usług oczyszczania placów i ulic (RPZ-28/2005);
- 13) decyzja z 4 sierpnia 2005 r. dotycząca usług żeglugi rzecznej pasażerskiej (RLU-21/2005);
- 14) decyzja z 21 lipca 2005 r. dotycząca usługi oczyszczania placów i ulic (RPZ-20/2005);
- 15) decyzja z 2 lipca 2003 r. dotycząca usług wykonywania kontroli biletów w pojazdach komunikacji zbiorowej (RWR-12/2003).

Obecnie Prezes UOKiK prowadzi 13 postępowań antymonopolowych w sprawach związanych z podejrzeniem zawarcia z umowy przetargowej.

W znakomitej większości spraw rozpatrywanych do tej pory przez Prezesa UOKiK można zaobserwować ten sam mechanizm zmowy rozstawiania i wycofywania ofert – a mianowicie w sytuacji, gdy oferty złożone przez wykonawców będących w porozumieniu są kolejno najkorzystniejszymi ofertami, przedsiębiorca zajmujący pierwsze miejsce rezygnuje z podpisania umowy bądź też nie uzupełnia braków formalnych ofert, co w konsekwencji prowadzi do wyboru przez zamawiającego oferty kolejnego ze zmagających się wykonawców, która jest droższa.

Przykładowo, w decyzji nr RPZ-28/2012 Prezes UOKiK stwierdził zмовę pomiędzy dwoma dostawcami sprzętu komputerowego, tj. Instytutem Edukacji Komputerowej oraz ALPLAST, którzy brali udział w przetargu organizowanym przez Poznańskie Centrum Świadczeń. Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, że Instytut Edukacji Komputerowej celowo odstąpił od zawarcia umowy, przez co zwycięzcą przetargu został ALPLAST, którego oferta była droższa.

Podobny sposób manipulowania wynikiem przetargu został stwierdzony w decyzji nr RWR-31/2012. Przeprowadzone przez Prezesa UOKiK postępowanie wykazało, że dwóch przedsiębiorców prowadzących piekarnie ustalało swoje oferty w co najmniej sześciu przetargach dotyczących dostaw m.in. chleba i mąki do jednostek penitencjarnych, oświatowych i służby zdrowia. Jeśli oferty stron antykonkurencyjnego porozumienia zajmowały dwa pierwsze miejsca w przetargu, zwycięzca przetargu - po uzyskaniu informacji o jego wynikach – wysyłał do zamawiających oświadczenie o odstąpieniu od umowy podając bardzo ogólne powody rezygnacji, np. okoliczności ekonomiczne, organizacyjne, czy osobiste. W ten sposób umowa była podpisywana z drugim z uczestników zmowy, którego oferta była droższa.

Kolejną sprawą, w której można zaobserwować podobny schemat działania uczestników porozumienia, jest decyzja nr RBG-27/2011 dotycząca przetargów na realizację zadań gospodarczych z zakresu leśnictwa i pozyskania drewna w 2011 r. organizowanych przez Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń. W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK ustalił, że uczestnicy zmowy – Zakład Usług Leśnych w Niemczu oraz BLUM-MAR – uzgadniali warunki ofert, w tym ceny. Ponadto, w pakietach, które wygrywał jeden z kartelistów, a drugi złożył kolejną najkorzystniejszą ofertę – firma wygrywająca uchylała się od zawarcia umowy.

Obie firmy jednocześnie brały udział w przetargach na pięć pakietów i taka sytuacja powtórzyła się trzy razy. W pozostałych przypadkach, w których zwyciężał Zakład Usług Leśnych w Niemczu lub BLUM-MAR, a drugą najkorzystniejszą ofertą była oferta innych firm – nie dochodziło do uchylania się od zawarcia umowy.

Postępowania we wskazanych sprawach były wszczynane w związku z otrzymanymi przez Prezesa UOKiK zawiadomieniami. Zazwyczaj zawiadomienia te pochodziły od zamawiających, którzy zaobserwowali pewne nieprawidłowości lub od konkurentów startujących w tym samym przetargu co przedsiębiorcy pozostający w zмовie. W kilku sprawach, Prezes UOKiK otrzymał informację o podejrzeniu zмовы przetargowej od organu kontroli.

Liczba otrzymywanych zawiadomień od zamawiających nie jest jednak adekwatna do ilości potencjalnych zмов na rynku. Wynika to z braku bodźców tych podmiotów do udzielania stosownych informacji o podejrzeniu pojawienia się niedozwolonego porozumienia. Postępowanie Prezesa UOKiK oraz ewentualna decyzja stwierdzająca niedozwolone praktyki ograniczające konkurencję stawiają często zamawiających w trudnej sytuacji. Muszą oni wówczas ponawiać procedurę przetargową, co wiąże się z istotnym opóźnieniem realizacji przyjętych zadań. Przypuszczać można więc, że część zamawiających stosuje szkodliwą dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych praktykę ignorowania informacji świadczących o zмовach przetargowych.

Innym istotnym czynnikiem wpływającym na skuteczność zwalczania zмов przetargowych jest zbyt krótki okres przedawnienia. Przepis art. 93 ustawy okik stanowi, iż postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję nie wszczyna się, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Liczne sygnały o pojawianiu się zмов przetargowych dotyczą spraw, dla których powyższy termin przedawnienia minął, wobec czego nie mogą stanowić podstawy do wszczęcia postępowań oraz karania nieuczciwych przedsiębiorców.

### 3.6. Tworzenie konsorcjów

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza tworzenie tzw. konsorcjów przetargowych polegających na złożeniu przez kilku przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty w ramach konkretnego przetargu. Warto jednak zauważyć, że możliwość powołania konsorcjum nie oznacza, iż może być ono tworzone w każdych okolicznościach. Z utworzeniem konsorcjum mogą się wiązać korzyści w postaci umożliwienia udziału w przetargu szerszego kręgu podmiotów, lecz w określonych sytuacjach może ono także prowadzić do ograniczenia konkurencji. Należy zatem podkreślić, że sam fakt, że ustawa Pzp zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Zatem jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji, stanowi ono zakazane przez art. 6 ustawy oik porozumienie ograniczające konkurencję.

Prokonkurencyjne skutki płynące z utworzenia konsorcjum pojawiają się w sytuacji, gdy dzięki powołaniu konsorcjum grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Sytuacja taka będzie szczególnie korzystna, jeśli pozwoli grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, którzy dotychczas nie byli poddani presji konkurencyjnej. Także współpraca między dużymi rynkowymi graczami może być korzystna dla ich kontrahentów, np. jeśli umożliwia obsługę dużych zamówień, których żaden z przedsiębiorców nie byłby w stanie wykonać samodzielnie. W takiej sytuacji porozumienie jest niezbędne dla zaistnienia oferty przedsiębiorców biorących udział w konsorcjum na określonym rynku i jako takie nie może zostać uznane za antykonkurencyjne. Drugą możliwą korzyścią z utworzenia konsorcjum jest połączenie komplementarnych aktywów. Zadanie, które stawiane jest konsorcjum, może bowiem wymagać różnorodnych zasobów i umiejętności, z których wszystkie naraz nie będą w posiadaniu żadnego z jego uczestników. W takiej sytuacji, nawet jeśli – hipotetycznie – każdy z uczestników konsorcjum dysponowałby finansowymi środkami umożliwiającymi wykonanie zadania (przy założeniu, że brakujące środki techniczne i know-how mógłby zakupić lub wynająć), połączenie przez nich sił mogłoby doprowadzić do wykonania zadania po koszcie niższym niż ten, który zostałby poniesiony przez każdego z nich wykonującego dane zadanie samodzielnie. Obniżka kosztów byłaby tym większa, im bardziej komplementarne zasoby i im większe koszty

uzyskania brakujących zasobów na rynku. W takiej sytuacji, nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją.

Zasadnicze niebezpieczeństwo związane z konsorcjami sprowadza się do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W tym zakresie konsorcja nie różnią się od karteli, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów. Tym samym stwierdzenie antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum zawiązanego przez niewielkich uczestników rynku (lub rynków, jeśli konsorcjum wymaga współdziałania przedsiębiorców o różnej specjalności), dysponujących wysoce komplementarnymi zasobami, z których żaden nie byłby w stanie samodzielnie wykonać zadania stawianego przed konsorcjum jest mało prawdopodobne. Z kolei konsorcjum zawiązane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, co do zasady uznać należy za porozumienie kartelowe, prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji<sup>51</sup>.

Jeśli zatem konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Punktem wyjścia do antymonopolowej oceny konsorcjum jest ustalenie, czy jego uczestnicy nie mogliby

---

<sup>51</sup> Za: Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 nr RLU-38/2012.

samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Wykazanie obiektywnego braku możliwości złożenia odrębnych ofert indywidualnie przez każdego z członków konsorcjum prowadzi do wniosku, że konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu.

Nawet jeśli konsorcjanci mieli możliwość złożenia ofert samodzielnie, czyli utworzenie konsorcjum naruszałoby art. 6 ustawy okik, to może ono w niektórych przypadkach skorzystać z wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jeśli powoduje zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum. W takiej jednak sytuacji to na konsorcjantach spoczywa ciężar wykazania, że zawarte porozumienie spełnia wszystkie warunki indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone w art. 8 ust. 1 ustawy okik, tj., że:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści;
- jest niezbędne do osiągnięcia tych korzyści;
- nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji w zakresie znacznej części określonych towarów<sup>52</sup>.

Opisane powyżej podejście do oceny tworzenia konsorcjów przetargowych zostało ostatnio przyjęte w decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie konsorcjum na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku, przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Jako uzasadnienie zawiązania konsorcjum, przedsiębiorcy ci wskazywali rzekome ograniczenia techniczne, które miały uniemożliwić im samodzielne ubieganie się o zamówienie. Prezes UOKiK uznał jednak, że mająca być tego

---

<sup>52</sup> Szerzej na temat antymonopolowej analizy konsorcjów: A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*. iKAR 2012 (4)1, s. 44-56, <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/04/pdf/44.pdf>.

konsekwencją niezbędną współpracę MPO i Astwa (w tej sprawie: korzystanie ze sprzętu np. śmieciarek) w rzeczywistości nie miała miejsca. W rezultacie Prezes UOKiK uznał, że utworzenie konsorcjum miało charakter antykonkurencyjny, a jego celem było utrzymanie dotychczasowych udziałów rynkowych z pominięciem mechanizmów konkurencji.

### **3.7. Pomoc publiczna w przetargach**

Problemy związane z systemem zamówień publicznych jakie pojawić się mogą w związku ze stosowaniem przepisów o pomocy publicznej łączyć można z dwoma głównymi rodzajami zamówień:

- zamówieniami publicznymi na dobra i usługi, które są niezbędne z punktu widzenia aktualnych potrzeb zamawiającego (np. dostawy środków trwałych lub zamawianie usług doradczych);
- zamówieniami publicznymi na dobra i usługi, których głównymi odbiorcami są podmioty zewnętrzne, w szczególności usługi świadczone na rzecz ludności (np. usługi kolejowego transportu pasażerskiego).

W odniesieniu do pierwszej grupy zamówień wyeliminowanie ryzyka występowania pomocy publicznej sprowadza się wyłącznie do wykazania, iż transakcja następuje na warunkach rynkowych. W tym celu procedura udzielania zamówień publicznych zgodna z dyrektywami unijnymi jest najwłaściwszym sposobem zapewniającym wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, a co za tym idzie wyeliminowania ryzyka wystąpienia pomocy publicznej.

W kontekście drugiej grupy zamówień publicznych należy zauważyć, iż głównym celem działania podmiotów publicznych jest w takich przypadkach niwelowanie niedoskonałości rynkowych (ang. *market failure*). Podmiot publiczny ingeruje w tym przypadku w mechanizm rynkowy zmieniając alokację zasobów poprzez zapewnienie dostępu do pewnego rodzaju usług lub dóbr, które w normalnych warunkach rynkowych (np. z uwagi na niską rentowność) nie byłyby dostępne dla społeczności. Działania podmiotów publicznych w tym przypadku mają przede wszystkim na celu zapewnić dostęp do usług leżących w ogólnym interesie gospodarczym (ang. *services of general economic interest*).

W przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zastosowanie procedur udzielania zamówień publicznych zgodnych z dyrektywami unijnymi nie wystarcza do wykluczenia możliwości wystąpienia pomocy publicznej. Zgodnie bowiem z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości ws. *Altmark*<sup>53</sup>, wynagrodzenie (rekompensata) wypłacane przedsiębiorcy z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, w sytuacji, gdy łącznie spełnione zostaną następujące warunki:

- przedsiębiorstwo będące beneficjentem jest rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te są jasno określone;
- parametry, na których podstawie obliczona jest rekompensata, są wcześniej ustalone w obiektywny i przejrzysty sposób, tak aby nie powodowała ona powstania dodatkowej korzyści ekonomicznej, która mogłaby powodować uprzywilejowanie przedsiębiorstwa będącego beneficjentem względem przedsiębiorstw z nim konkurujących<sup>54</sup>;
- rekompensata nie przekracza kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku;
- w sytuacji, gdy wybór przedsiębiorstwa, któremu ma zostać powierzone wykonywanie zobowiązań do świadczenia usług publicznych, nie został w danym przypadku dokonany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, pozwalającej na wyłonienie kandydata zdolnego do świadczenia tych usług po najniższym koszcie dla społeczności, poziom koniecznej rekompensaty zostaje ustalony na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i wyposażone w środki trwałe odpowiednio do tego, by móc uczynić zadość wymogom stawianym usługom publicznym, poniosłoby na wykonanie takich zobowiązań, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku osiąganego przy wypełnianiu tych zobowiązań.

---

<sup>53</sup> Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 lipca 2003 r. sprawa nr C-280/00 *Altmark Trans GmbH*

<sup>54</sup> Zrekompensowanie przez państwo członkowskie strat poniesionych przez przedsiębiorstwo bez uprzedniego ustalenia parametrów tej rekompensaty, jeżeli następnie okaże się, że działalność w zakresie pewnych usług publicznych w ramach wykonywania zobowiązań do świadczenia usług publicznych nie była wykonalna ekonomicznie, stanowi interwencję finansową, która wchodzi w zakres pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. (107 ust. 1 Traktatu).

Z ww. orzeczenia wynika zatem, iż wykorzystanie procedury zamówień publicznych oraz zapewnienie zgodności z innymi warunkami określonymi w tym orzeczeniu mogą prowadzić do eliminacji korzyści dla przedsiębiorcy, a zatem wyeliminować występowanie pomocy państwa. Jednakże pozostałe warunki są na tyle ważne, iż sama procedura przetargowa zgodna z dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych nie wystarcza do wyeliminowania pomocy publicznej.

## **Rozdział 4. Propozycje dalszych działań w celu zwiększenia konkurencyjności i efektywności przetargów publicznych**

Przed systemem zamówień publicznych stoją liczne wyzwania. Zapewnienie realizacji wszystkich celów regulacji dotyczących przetargów publicznych, przy zachowaniu maksymalnej jego efektywności powoduje konieczność podejmowania dalszych działań legislacyjnych i pozalegisacyjnych optymalizujących jego funkcjonowanie. W rozdziale 3 niniejszego raportu zidentyfikowane zostały różnorodne problemy, mogące, zdaniem Prezesa UOKiK, mieć istotny wpływ na funkcjonowanie konkurencji w obszarze zamówień publicznych w Polsce. Celowe w tym kontekście wydaje się poddanie pod dyskusję propozycji rozwiązań mogących pozytywnie wpłynąć na funkcjonowanie przetargów publicznych. Propozycje te można podzielić na trzy grupy:

- działania mające na celu likwidację barier w dostępie do przetargów i w konsekwencji zwiększenie ilości przedsiębiorców biorących w nich udział;
- inicjatywy przeciwdziałające powstawaniu antykonkurencyjnych porozumień w przetargach publicznych i wspierające ich wykrywanie;
- działania niemające bezpośredniego wpływu na poziom konkurencji, ale zwiększające efektywność przetargów poprzez ograniczanie kosztów postępowania przetargowego występujących po stronie zamawiających i wykonawców.

### **4.1. Działania mające na celu likwidację barier w dostępie do przetargów dla przedsiębiorców**

Podstawowym warunkiem poprawnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest istnienie efektywnej konkurencji o wykonanie zamówienia. Z tego względu koniecznym jest dołożenie wszelkich starań, by podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniach przetargowych nie napotykały na zbędne bariery ani ryzyka z tym związane.

## **Intensyfikacja działań promujących otwarcie przetargów na rzeczywistą konkurencję**

Bariery w dostępie do zamówień, opisane w rozdziale 3, mogą przyjmować formę:

- zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty,
- wygórowanych wymagań stawianych wykonawcom,
- zbyt precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia,
- stosowania ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty.

Niekorzystne, z punktu widzenia promowania konkurencji, praktyki zamawiających zwykle prawdopodobnie nie wynikają z ich złej woli, lecz głównie z nieświadomości konsekwencji niewłaściwego przygotowania przetargu oraz braku dobrych wzorców w tym zakresie. Mając to na uwadze, Prezes UZP obecnie podejmuje liczne inicjatywy w celu zwiększania świadomości prawnej zamawiających<sup>55</sup>. Zdaniem UOKiK należałoby rozważyć poszerzenie tych inicjatyw o opracowanie i wypromowanie kodeksu dobrych praktyk dla zamawiających.

Prowadząc działania edukacyjno-informacyjne adresowane do zamawiających, szczególną uwagę należy poświęcić tym kategoriom zamówień, które przysparzają największych trudności podmiotom dokonującym zakupów w ramach systemu zamówień publicznych. Wydaje się, że przydatne byłoby wytypowanie najbardziej problematycznych sektorów i opracowanie dla nich poradników zawierających szczegółowe rekomendacje, takie jak wzorcowe siwz, które stanowiłyby uzupełnienie ogólnych wytycznych zawartych w kodeksie dobrych praktyk.

Natomiast dla przedsiębiorców rozważających występowanie w roli wykonawców w postępowaniach przetargowych istotną barierą jest nieznamość przepisów i procedur z tym związanych. Nakłady, jakie przedsiębiorca musi ponieść, aby po raz pierwszy wystartować w przetargu, w połączeniu ze wspomnianymi wyżej problemami sprawiają, że duża część potencjalnych wykonawców nigdy nie decyduje się na udział w postępowaniu przetargowym. UOKiK postuluje zatem rozszerzenie działalności szkoleniowo-edukacyjnej UZP poprzez

---

<sup>55</sup> Jako przykłady takich działań można podać przeprowadzenie w latach 2010-2013 akcji szkoleniowej pod hasłem „Nowe podejście do zamówień publicznych”, która obejmowała tematycznie m.in. kwestię różnicowania kryteriów wyboru ofert, czy publikację w 2011 r. poradnika „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego” pod redakcją Jacka Sadowego.

objęcie nią mało doświadczonych i potencjalnych wykonawców. Narzędziem służącym usuwaniu barier w dostępie do zamówień publicznych dla nowych podmiotów byłoby przykładowo stworzenie i wypromowanie platformy szkoleniowej zawierającej poradniki oraz szkolenia on-line dla wykonawców.

### **Zmiana zasad zatrzymania wadium**

Uczestnictwo w postępowaniu przetargowym wymaga od wykonawców poniesienia określonych kosztów przygotowania dokumentacji i oferty oraz wiąże się z ryzykiem wystąpienia innych dodatkowych kosztów. Jednym ze źródeł takiego ryzyka jest przepis zawarty w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dotyczący możliwości zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca nie uzupełni wymaganych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Przepis ten ma olbrzymie znaczenie dla zapobiegania znikom cenowym opartym na mechanizmie wycofywania ofert, lecz powoduje jednocześnie, że także uczciwi przedsiębiorcy, w razie popełnienia i nie poprawienia w odpowiednim czasie błędu w ofercie, mogą ponieść stratę finansową. Dlatego można przypuszczać, że z tego powodu niektóre podmioty, zwłaszcza małe i nie posiadające rozbudowanego zaplecza administracyjno-prawnego mogą rezygnować z udziału w postępowaniu przetargowym.

Rozwiązaniem powyższego problemu może być ograniczenie zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Pzp do podmiotów, z którymi zawarta zostałaby umowa, jeśli ich oferty byłyby kompletne. W przypadku pozostałych podmiotów z nieuzupełnioną dokumentacją zwrot wadium następowalby dopiero po podpisaniu umowy i po wygaśnięciu terminu związania ofertą. Przyjęcie tego typu procedury pozwoliłoby zachować pożądaną przez ustawodawcę efekt zapobiegania antykonkurencyjnym praktykom przy jednoczesnym zmniejszeniu uciążliwości istniejącego przepisu dla potencjalnych wykonawców. Propozycja idąca w podobnym kierunku znajduje się w omawianym w podrozdziale 1.7. raportu projekcie założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

## **Ograniczenie stosowania kryteriów odnoszących się do wielkości przedsiębiorcy**

Wspomniane wyżej działania powinny mieć korzystny wpływ na wzrost partycypacji małych i średnich przedsiębiorstw w przetargach publicznych. Aktywność tych podmiotów mogłoby zwiększyć również ograniczenie możliwości stosowania przez organizatorów wymogów odnoszących się do wielkości przedsiębiorstwa, mierzonej m.in. wielkością jego obrotów. Stosowanie takiego kryterium może bowiem stanowić istotną barierę wejścia, a przedmiot zamówienia może nie mieć związku z dotychczasową skalą działalności przedsiębiorcy. Zastosowanie kryteriów takich jak wielkość obrotów powinno więc być możliwe jedynie w ściśle uzasadnionych przez zamawiającego przypadkach i powinno mieć związek z przedmiotem zamówienia. Ponadto, w razie pojawienia się takich wymogów, koniecznym winno być ich zdefiniowanie oddzielnie dla całości zamówienia oraz każdej jego części, tak, jak przewiduje to projekt nowej Dyrektywy klasycznej<sup>56</sup>. Pełne wprowadzenie proponowanych zmian wymagałoby zmiany ustawy Pzp, jednak kwestie te mogłyby się znaleźć także w opisywanych powyżej kodeksach dobrych praktyk.

## **Ułatwienie dostępu do informacji o zamówieniach**

Kolejnym potencjalnym usprawnieniem funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest ułatwienie zainteresowanym podmiotom dostępu do informacji o bieżących przetargach. Obecnie, zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, ogłoszenia związane z zamówieniami publicznymi publikowane są w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeśli dotyczą zamówień o wartościach poniżej progów unijnych albo w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (TED) – jeśli dotyczą zamówień o wartościach powyżej progów unijnych. W projekcie założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 kwietnia 2013 r. Prezes UZP zaproponował zmianę legislacyjną, zgodnie z którą ogłoszenia o zamówieniach (o rozpoczęciu przetargu) powyżej progów unijnych byłyby publikowane, nie tylko w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ale również w Biuletynie Zamówień Publicznych. Oferuje on wykonawcom usługę subskrypcji ogłoszeń, dzięki której

---

<sup>56</sup> Zobacz: wniosek z dnia 30 listopada 2012 r. dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – Kompromisowy tekst Prezydencji, nr 16725/1/12, art. 56 ust. 3.

mogą otrzymywać zawiadomienia o wszystkich ogłoszonych przetargach z interesującego ich obszaru. Zdaniem UOKiK propozycja umieszczenia wszystkich ogłoszeń publikowanych przez krajowych zamawiających w jednym serwisie jest rozwiązaniem bardzo korzystnym z punktu widzenia dostępu przedsiębiorców do informacji o przetargach.

#### **4.2. Inicjatywy przeciwdziałające powstawaniu i usprawniające wykrywanie zmów przetargowych**

Wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo<sup>57</sup>. Zmowy przetargowe mają bowiem charakter tajnych porozumień, a wraz z rosnącą świadomością odpowiedzialności antymonopolowej oraz karnej wśród zamawiających się przedsiębiorców, niezgodne z prawem uzgodnienia są coraz bardziej wyrafinowane i skomplikowane<sup>58</sup>.

Podmiotami, które mogą na wczesnym etapie wykryć i zgromadzić dowody (również pośrednie) na istnienie zmowy, a zarazem nie dopuścić do wystąpienia jej skutków na rynku są sami zamawiający. Posiadają oni bowiem:

- unikalną wiedzę o rynku, którego dotyczy zamówienie, jak i o podmiotach na nim funkcjonujących;
- informacje o wcześniejszych zachowaniach wykonawców i innych uczestników rynku w przetargach pozwalające na ocenę konkretnego postępowania w tym kontekście;
- bezpośredni dostęp do dokumentacji przetargowej oraz możliwość osobistych kontaktów z wykonawcami i ich przedstawicielami mogących wskazywać na znowę w danym przetargu.

Zamawiający mają zatem do odegrania istotną rolę w systemie zwalczania zmów przetargowych. Posiadana przez nich wiedza sektorowa oraz dostęp do dowodów pozwalają na wychwycenie potencjalnej zmowy i przekazanie takich informacji Prezesowi UOKiK, umożliwiając mu

---

<sup>57</sup> Por. wyrok SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., XVII AmA 117/05 oraz wyrok SA w W-wie z 13 października 2009 r., VI ACa 6/09.

<sup>58</sup> Por. przykładowo decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *PO/Elevators and Escalators*, nr C/38.823; decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Gas insulated switchgear*, nr C/38899; decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Marine hoses*, nr C/39406 dostępne na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy\\_area\\_id=2](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2).

szybkie podjęcie przewidzianych ustawą okoliczności działań. Warto w tym miejscu podkreślić, że już obecnie zdarza się, iż Prezes UOKiK otrzymuje informację o podejrzeniu zмовы od zamawiających. Wiele decyzji Prezesa UOKiK stwierdzających zмовę przetargową zostało wydanych właśnie dzięki zawiadomieniom pochodzącym od organizatora przetargu<sup>59</sup>.

W związku z powyższym, w celu zapewnienia efektu synergii polegającego na skutecznym wykrywaniu zмов przetargowych przy udziale zamawiających, a zarazem odstraszeniu potencjalnych kartelistów, konieczne jest przede wszystkim promowanie współpracy pomiędzy organem antymonopolowym a zamawiającymi<sup>60</sup>. Poniżej omówione zostały propozycje mające na celu zwiększenie zaangażowania zamawiających w wykrywanie i zwalczanie zмов przetargowych. Przedstawiamy także postulaty mające przyczynić się do utrudnienia członkom kartelu zawiązywania zмов przetargowych oraz dotyczące usprawnienia ich wykrywania.

### **Zwiększanie wiedzy zamawiających na temat problematyki zмов przetargowych**

Współpraca między zamawiającymi a Prezesem UOKiK powinna polegać na edukacji zamawiających na temat przesłanek i zakresu zмов przetargowych oraz sposobów ich wykrywania i metod przeciwdziałania im. W tym zakresie należy wskazać, że już obecnie Prezes UOKiK prowadzi szkolenia i seminaria służące budowaniu i umacnianiu świadomości antymonopolowej zamawiających na temat tego czym są zмовы przetargowe, jakie niosą za sobą zagrożenia, w jaki sposób należy im zapobiegać, na podstawie jakich dowodów można je wykryć oraz jakie kroki podjąć w wypadku podejrzenia wystąpienia zмовы<sup>61</sup>. Dodatkowo UOKiK przygotowuje i rozpowszechnia materiały informacyjne z tego zakresu. W ramach tej inicjatywy pracownicy organu antymonopolowego przygotowali liczne artykuły prasowe oraz

---

<sup>59</sup> Por. decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-20/2005, nr RPZ-28/2005, nr RWR-24/2010 dostępne na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>60</sup> Również Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju rekomenduje, by organy antymonopolowe podjęły i rozwijały stałą, efektywną współpracę z zamawiającymi wskazując zasadniczo na dwojaki cel takiej współpracy. Por. OECD *Policy roundtables, Collusion and Corruption in Public Procurement*, DAF/COMP/GF(2010)6, *Executive summary by the Secretariat*, s.12, dostępne na: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235399.pdf>.

<sup>61</sup> Najszerzej zakrojonym działaniem w tym zakresie była kampania informacyjna „Konkurencja na rynkach lokalnych”, w ramach której przedstawiciele gmin i spółek komunalnych mogli zapoznać się z problematyką typowych zachowań sprzecznych z regułami konkurencji, w tym niedozwolonych porozumień.

publikacje. Działania te będą intensyfikowane, ze szczególnym uwzględnieniem coraz lepszego dopasowania przekazu do adresatów.

### **Wprowadzenie obowiązku zawiadomienia o podejrzeniu zmowy**

Obecnie ani przepisy ustawy Pzp ani ustawy okik nie przewidują obowiązku zawiadomienia przez zamawiających organu ochrony konkurencji o podejrzeniu zmowy, choć zamawiający ma oczywiście możliwość powiadomienia o swoich podejrzeniach organu antymonopolowego. Stosownie bowiem do art. 86 ustawy okik każdy może złożyć Prezesowi UOKiK zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Nałożenie na zamawiających obowiązku złożenia takiego zawiadomienia, mogłoby wpłynąć na zwiększenie ich świadomości na temat możliwych naruszeń prawa konkurencji przez wykonawców i jednocześnie stanowiłoby dodatkowy czynnik odstrasżający wykonawców od zawarcia zmowy<sup>62</sup>. Rozwiązanie takie wprowadzono w węgierskim systemie prawnym.

Dodatkowo, gdyby okoliczności jednoznacznie wskazywały na istnienie zmowy, należałoby również odrzucić oferty podejrzanych wykonawców, o czym jest mowa w dalszej części tego podrozdziału. Jeżeli jednak dowody na zawarcie niedozwolonego porozumienia nie byłyby wystarczające do odrzucenia oferty, zamawiający powinien ograniczyć się do zawiadomienia Prezesa UOKiK nie ujawniając przy tym swoich podejrzeń uczestnikom przetargu<sup>63</sup>. Przedwczesne ujawnianie uczestnikom zmowy przypuszczenia o nielegalności ich działania mogłoby bowiem utrudnić zebranie przez Prezesa UOKiK dowodów potwierdzających naruszenie prawa.

---

<sup>62</sup> A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 381. Również w wytycznych OECD dotyczących zwalczania zmów przetargowych wskazano, że zamawiający powinien skontaktować się z organem ochrony konkurencji w sytuacji podejrzenia istnienia zmowy w odniesieniu do prowadzonego postępowania przetargowego. Podobna wskazówka dla zamawiających została zamieszczona w broszurze OECD dotyczącej wykrywania zmów przetargowych: *OECD Detecting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money*, dostępne na: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>.

<sup>63</sup> OECD, *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*.

## **Stworzenie systemu narzędzi komunikacji zamawiających z organem antymonopolowym**

Kolejnym ważnym postulatem w zakresie poprawy współpracy między zamawiającymi a UOKiK jest stworzenie narzędzi komunikacji ułatwiających kontakty pomiędzy podmiotami zajmującymi się zamówieniami publicznymi a organem antymonopolowym w celu efektywnego ścigania zmów przetargowych<sup>64</sup>. Obawa przed koniecznością wnikliwej analizy faktów danej sprawy, przytaczaniem wyczerpującego uzasadnienia prawnego, czy załączaniem obszernego materiału dowodowego może zniechęcać do czasochłonnej, w opinii zamawiających, procedury zawiadomienia Prezesa UOKiK. Ponadto brak doświadczenia w tym zakresie i kompleksowej znajomości prawa antymonopolowego mogą prowadzić do zignorowania dowodów pośrednich z umowy, bądź utrudniać należytą ocenę okoliczności mogących wskazywać na istnienie porozumienia. W związku z powyższym UOKiK podjął decyzję o publikacji dla zamawiających opracowania zawierającego listę okoliczności i dowodów, które mogą wskazywać na zawarcie umowy przetargowej w danym postępowaniu. Opracowaniu towarzyszył będzie gotowy formularz zgłoszenia do Prezesa UOKiK zawiadomienia o podejrzeniu umowy przetargowej. Narzędzia te pozwolą na usprawnienie przepływu informacji istotnych z punktu widzenia szybkiego i skutecznego wykrywania zmów przetargowych. Pozyskanie przez Prezesa UOKiK informacji o nieprawidłowościach na możliwie wczesnym etapie umożliwi zgromadzenie dowodów a jednocześnie pozwoli na zachowanie integralności materiału dowodowego. Prezes UOKiK przywiązuje bardzo dużą wagę do wszelkich działań, które pozwolą zamawiającym na identyfikowanie zmów, a następnie sprawny kontakt z organem antymonopolowym.

## **Oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty**

Rozwiązaniem mogącym przeciwdziałać powstawaniu zmów przetargowych byłoby, w opinii Prezesa UOKiK, wprowadzenie w polskim systemie zamówień publicznych możliwości, bądź obowiązku, żądania przez zamawiających od wykonawców oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty (ang. *Certificate of Independent Bid Determination*). Powyższe oświadczenie to dokument zawierający deklarację wykonawcy, że jego oferta została przygotowana całkowicie

---

<sup>64</sup> OECD *Policy roundtables, Collusion and Corruption in Public Procurement, DAF/COMP/GF(2010)6, Executive summary by the Secretariat*, s. 12 – 13 *Background Note by the Secretariat*, s. 30. Por także: OECD, *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych*, s. 13

niezależnie od konkurentów, w tym że: nie zmówił się z żadnym z konkurentów odnośnie do ceny czy innych warunków udziału w przetargu oraz że nie ujawnił cen przewidzianych w swojej ofercie żadnemu ze swoich konkurentów ani nie próbował namówić żadnego z konkurentów do zмовы przetargowej<sup>65</sup>. Zatem oświadczenie wymagałoby od wykonawców ujawnienia wszystkich istotnych faktów dotyczących jakichkolwiek kontaktów z konkurentami odnoszących się do przetargu. Oświadczenie takie funkcjonowałoby jako przypomnienie wykonawcom o odpowiednich przepisach prawnych zakazujących antykonkurencyjnych porozumień oraz jako zapewnienie wykonawcy, że postępuje zgodnie z tymi przepisami<sup>66</sup>. Wprowadzenie możliwości bądź obowiązku żądania przez zamawiających oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty można by wprowadzić poprzez zmianę przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>67</sup>.

Uznaje się, że oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty zmniejszają prawdopodobieństwo zawarcia zмовы przetargowej. Przemawiają za tym następujące cechy oświadczeń:

- stanowią informację dla wykonawców, że zмовы są nielegalne;
- są sygnałem, że zamawiający jest wyczulony na możliwość zмовы;
- mogą ułatwić ściganie zмовы;
- dają dodatkową możliwość karania za przedstawienie fałszywych oświadczeń przez zamawiających się wykonawców;
- umożliwiają karanie wykonawców, którzy próbowali uzgodnić oferty, nawet w sytuacji, gdy pozostali oferenci nie zgodzili się na to, albo nie można udowodnić, że taką zgodę wyrazili<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> OECD Fighting bid rigging in public procurement in Mexico – GEM Report 2012 dostępny na: [http://www.oecd.org/daf/competition/GEM\\_Report\\_2012\\_English.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_English.pdf).

<sup>66</sup> OECD Roundtable on collusion and corruption in public procurement, 15 October 2010 [DAF/COMP/GF(2010)6] dostępny na: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.

<sup>67</sup> Obecnie obowiązujące przepisy *Prawa zamówień publicznych* nie wydają się pozwalać na wymaganie przez zamawiających ww. dokumentu. Przepis art. 25 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych* przewiduje, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Szczegółowo kwestię tę reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

<sup>68</sup> OECD Fighting bid rigging in public procurement in Mexico – GEM Report 2012 dostępny na: [http://www.oecd.org/daf/competition/GEM\\_Report\\_2012\\_English.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_English.pdf) oraz wkład Rumunii do OECD Roundtable on collusion and corruption in public procurement, 15 October 2010 [DAF/COMP/GF(2010)6] dostępny na: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.

Warto podkreślić, że Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, w rekomendacji dotyczącej zwalczania zmów przetargowych wydanej w 2012 r. oraz załączonych do niej wytycznych, zaleca zamawiającym wymaganie od wykonawców przedstawienia takiego oświadczenia. Ma to szczególne znaczenie w jurysdykcjach, w których uczestnicy przetargów mogą mieć niską świadomość zakazu praktyk ograniczających konkurencję<sup>69</sup>. Oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty mogą być wymagane od wykonawców na przykład: w Kanadzie, Stanach Zjednoczonych, czy Wielkiej Brytanii, gdzie wzory takich oświadczeń zostały opracowane przez właściwe organy. Ponadto w niektórych państwach, np. w Rumunii oraz Brazylii, stosowanie oświadczenia jest obligatoryjne.

Jak wspomniano wcześniej, wprowadzenie omówionego dokumentu dałoby możliwość stosowania kar na osoby, które dopuszczają się poświadczenia nieprawdy, co dodatkowo mogłoby powstrzymać wykonawców przed znową przetargową. W tym miejscu warto bowiem wyjaśnić, że przepis art. 297 § 1 Kodeksu karnego przewiduje tzw. oszustwo w celu uzyskania zamówienia. Przepis ten odnosi się do przestępstwa polegającego na przedłożeniu w celu uzyskania zamówienia publicznego m.in. nierzetelnego, pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania tego zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, oświadczenia pisemne są nierzetelne, gdy zawierają informacje nieprawdziwe lub niepełne bądź ujęte w taki sposób, że mogą sugerować adresatowi stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością<sup>70</sup>.

### **Ograniczenie możliwości korzystania z potencjału podmiotów trzecich**

Możliwość polegania przez wykonawców na potencjale podmiotów trzecich przewiduje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten, jakkolwiek bezsprzecznie przyczyniający się do zwiększenia liczby podmiotów biorących udział w przetargach, niesie ze sobą znaczne ryzyko nadużywania go w celu ominięcia przepisów zakazujących składania kilku ofert przez jednego przedsiębiorcę. Istnieje bowiem ryzyko, że przedsiębiorca dysponujący wymaganym potencjałem może złożyć

---

<sup>69</sup> OECD Roundtable on collusion and corruption in public procurement, 15 October 2010 [DAF/COMP/GF(2010)6] dostępny na: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.

<sup>70</sup> M. Kulik, *Komentarz do art. 297 Kodeksu karnego*, LEX oraz wskazana tam literatura.

własną ofertę a równolegle występować jako udostępniający swój potencjał innym podmiotom. Jednocześnie korzystanie z potencjału tego przedsiębiorcy może w praktyce oznaczać, że zamówienie zostanie prawie w całości zrealizowane przez udostępniającego potencjał. W praktyce oznaczałoby to, iż ten sam przedsiębiorca złożył więcej niż jedną ofertę co umożliwia manipulowanie wynikami przetargu. W efekcie takiej praktyki dochodziłoby do sytuacji analogicznej do zmowy przetargowej opartej na mechanizmie rozstawiania i wycofywania ofert. Ponadto swój potencjał mogą udostępniać również podmioty wykluczone z przetargów na podstawie przepisów art. 24. W efekcie mogą one, korzystając z pośrednictwa podstawionych „wykonawców” nadal startować w przetargach. Tym samym ich wykluczenie nie będzie skuteczne. Aby zapobiec takim praktykom zasadne byłoby wprowadzenie zmian w przepisach ustawy Pzp ograniczających możliwość korzystania z potencjału użyczanego przez podmiot trzeci tak, aby podmiot udostępniający potencjał nie stawał się właściwym wykonawcą zamówienia. Warto zaznaczyć, że przepisy dyrektywy, nie przyznają wykonawcom bezwarunkowego prawa korzystania z potencjału podmiotów trzecich, lecz mówią o możliwości korzystania z tego rozwiązania jedynie „w stosownych sytuacjach”.

### **Zmiana reguł jawności postępowania w celu eliminacji zjawiska wycofywania ofert**

Kolejnym usprawnieniem systemu zamówień publicznych może być zmiana reguł przejrzystości w celu przeciwdziałania możliwości stosowania mechanizmu rozstawiania-wycofywania ofert. Przegląd decyzji Prezesa UOKiK w sprawach zmów przetargowych z ostatnich kilku lat wskazuje, że we wszystkich przetargach, których dotyczyły te decyzje, zmagające się podmioty stosowały ten sam mechanizm manipulacji wynikami przetargu. Jak to zostało opisane w podrozdziale 3.3., polega on na uprzednim uzgodnieniu parametrów ofert (w szczególności ceny) przez dwóch lub więcej wykonawców w taki sposób, że zmagający się strategicznie rozstawiają ceny składanych ofert. Następnie po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami wykonawców nienależących do kręgu podmiotów zmagających się, wykonawcy uczestniczący w znowie decydują o wycofaniu (poprzez nieuzupełnienie treści oferty, nieuzupełnienie dokumentów) oferty najkorzystniejszej, jeśli następna w kolejności oferta jest również ofertą złożoną przez wykonawcę uczestniczącego w znowie.

Prezes UOKiK postuluje zmianę reguł jawności (przejrzystości) postępowania przetargowego zawartych w art. 8, art. 86 i art. 92 ustawy Pzp w ten sposób, aby wykonawcy nie mieli dostępu do informacji na temat szczegółów ofert złożonych przez innych wykonawców, jak również do informacji o liczbie wszystkich złożonych ofert, do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Wykonawcy mieliby dostęp wyłącznie do szczegółów oferty najkorzystniejszej wybranej przez zamawiającego. Proponowana zmiana reguł jawności postępowania w znacznym stopniu utrudni możliwość stosowania wyżej opisanego mechanizmu. Warto zauważyć, że powyższa propozycja jest zgodna z regułami jawności wynikającymi z art. 41 Dyrektywy 2004/18/WE. Z ustaleń UOKiK wynika, że w niektórych krajach Unii Europejskiej (Holandia, Hiszpania, Estonia, Słowacja) dostęp wykonawców do informacji o zawartości ofert konkurentów podczas trwania postępowania przetargowego jest istotnie ograniczony<sup>71</sup>. Ograniczenie jawności zawartości ofert jest również postulowane w raporcie OECD na temat zmów i korupcji w przetargach publicznych.

Należy wyjaśnić, że zachowanie jawności postępowania przetargowego ma na celu zapobieganie znikom pionowym o charakterze korupcyjnym. Gdy oferty nie są otwierane publicznie i ich zawartość pozostaje utajniona do momentu rozstrzygnięcia przetargu, istnieje na przykład ryzyko, iż zamawiający zostanie przekupiony przez jednego z wykonawców, któremu następnie ujawni szczegóły konkurencyjnych ofert i umożliwi tym samym odpowiednie „poprawienie” jego oferty. Zagwarantowanie wykonawcom dostępu do zawartości ofert od momentu ich publicznego otwarcia zapobiega tego rodzaju zachowaniom. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z projektem nowej Dyrektywy klasycznej, zamówienia publiczne mają być docelowo prowadzone wyłącznie w formie elektronicznej. Zaletą przetargów przeprowadzanych drogą elektroniczną, za pośrednictwem centralnie zarządzanego i nadzorowanego serwisu, jest natomiast możliwość zablokowania wprowadzania zmian w zawartości oferty bez zgody administratora systemu, co wyeliminuje problem, któremu zapobiegać mają obecnie obowiązujące zasady jawności postępowania.

---

<sup>71</sup> Por. aneks 3.

Jako rozwiązanie alternatywne można rozważyć pozostanie przy zasadzie ujawniania szczegółów wszystkich ofert przed zakończeniem postępowania, pod warunkiem wprowadzenia przepisów uniemożliwiających wycofanie ofert przez wykonawców po ujawnieniu tych informacji, czyli gwarantujących związanie wykonawców ofertami od momentu ujawnienia informacji o szczegółach ofert konkurencyjnych do momentu zakończenia postępowania. Po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wykonawcy nie mieliby zatem możliwości dokonywania zmian w swoich ofertach, a oferty niekompletne lub zawierające istotne błędy byłyby odrzucane.

### **Zwiększenie dostępności danych o wynikach przetargów**

W poprzednim podrozdziale zawarty został postulat zmiany zasad publikacji ogłoszeń o zamówieniu tak, aby wszystkie ogłoszenia były dostępne w Biuletynie Zamówień Publicznych. Pierwsza ze zmian proponowanych przez Prezesa UOKiK w zakresie przeciwdziałania powstawaniu porozumień na rynkach związanych z systemem zamówień publicznych ma na celu ułatwienie organom nadzorującym zamówienia publiczne dostępu do informacji przydatnych przy wykrywaniu zmów przetargowych. Zmiana ustawy Pzp, polegająca na wprowadzeniu obowiązku umieszczania w serwisie Biuletynu Zamówień Publicznych wszystkich rodzajów ogłoszeń o udzieleniu zamówienia (o zakończeniu przetargu) zarówno poniżej jak i powyżej progów unijnych przyczyniłaby się do realizacji tego celu. Sprawne przeprowadzanie analiz systemu zamówień publicznych wymaga ponadto ujednoczenia oraz uzupełnienia zakresu informacji przekazywanych przez zamawiających. Prezes UOKiK postuluje rozszerzenie zakresu gromadzonych informacji poprzez dodanie w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia:

- numeru REGON wykonawcy/wykonawców, któremu udzielono zamówienia (jeśli podmiot taki numer posiada);
- numerów REGON wykonawców, którzy złożyli 3 najkorzystniejsze oferty (z uwzględnieniem ofert odrzuconych);
- informacji o przyczynach odrzucenia oferty, jeśli odrzucono ofertę z ceną niższą niż cena w ofercie wybranej przez zamawiającego.

Rozważyć można również uzupełnienie zakresu publikowanych informacji o wysokości cen w 3 najkorzystniejszych ofertach złożonych w przetargu (z uwzględnieniem ofert odrzuconych).

Wprowadzenie powyższych zmian wymaga modyfikacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych<sup>72</sup>.

Dzięki wprowadzeniu powyższych postulatów, możliwe będzie stworzenie pełniejszej i bardziej użytecznej bazy danych dotyczących udzielanych w Polsce zamówień publicznych. UOKiK oraz inne służby monitorujące system zamówień publicznych, będą mogły przeprowadzać wielowymiarowe analizy, które pozwolą identyfikować sygnały świadczące o możliwości występowania zmów przetargowych. Sygnały te byłyby przedmiotem dalszych działań weryfikacyjnych, a jeśli podejrzenia potwierdziłyby się, stanowiłyby podstawę do wszczęcia postępowań antymonopolowych penalizujących niezgodne z prawem praktyki. Baza i analizy dokonywane przy jej użyciu byłyby nowym, bardzo ważnym narzędziem w walce ze znowami przetargowymi.

Rozwiązaniem alternatywnym, w stosunku do propozycji rozszerzenia zakresu informacji w ogłoszeniach publikowanych w BZP, jest zmiana ustawy Pzp polegająca na wprowadzeniu obowiązku składania przez zamawiających sprawozdań z każdego udzielonego zamówienia, zawierających informacje o zakresie co najmniej takim, jak opisane wyżej zmodyfikowane ogłoszenia o zamówieniu i udzieleniu zamówienia. Wprowadzenie tego typu sprawozdawczości przewiduje w art. 85 proponowanej nowej Dyrektywy klasycznej.

### **Wykluczanie wykonawców, w stosunku do których stwierdzono uczestnictwo w znowie przetargowej**

Przepis art. 24 ust 1. ustawy Pzp wymieniają przypadki, w których należy wykluczyć wykonawców z postępowania przetargowego. Obecne brzmienie tych przepisów nie pozwala na eliminowanie z przetargów wykonawców, w stosunku do których stwierdzono wcześniej uczestnictwo w znowie przetargowej. W projekcie ustawy o zmianie ustawy Pzp z dnia 31 maja br. znajduje się propozycja modyfikacji tego przepisu tak, aby optymalnie implementował zapisy Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z projektem nowelizacji ustawy Pzp, podstawą do wykluczenia,

---

<sup>72</sup> Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. Nr 12, poz. 69 ze zm.).

na okres 5 lat, a w przypadku dostaw lub usług na okres 3 lat, może być poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, które będzie można wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zgodnie z motywem 43 preambuły Dyrektywy klasycznej nieprzestrzeganie ustawodawstwa antymonopolowego w zakresie porozumień ograniczających konkurencję w ramach procedur zamówień publicznych stwierdzone prawomocną decyzją, lub ostatecznym orzeczeniem może stanowić wykroczenie przeciwko etyce zawodowej. Zdaniem UOKiK warto rozważyć modyfikację przepisów w ten sposób, żeby ustawa Pzp wprost wskazywała uczestnictwo w zмовie przetargowej jako jedną z form naruszenia etyki zawodowej, co umożliwiłoby zamawiającym wykluczanie z przetargu podmiotów, które dopuściły się takich naruszeń. Możliwość wykluczania podmiotów dopuszczających się zмów przetargowych z uczestnictwa w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego będzie stanowiła dodatkową sankcję oraz pełniła funkcję odstraszącą od niezgodnych z prawem manipulacji wynikami przetargu. W aneksie 4. niniejszego raportu znajduje się lista krajów, w których funkcjonują już stosowne regulacje w tym zakresie.

### **Odrzucanie ofert wykonawców, którzy zawarli zмовę w przetargu**

Zasadne byłoby również doprecyzowanie w ustawie Pzp kwestii możliwości odrzucania ofert wykonawców, którzy zawarli z innymi wykonawcami zмовę w danym postępowaniu przetargowym. Z orzecznictwa KIO wynika, że na podstawie obecnie obowiązujących przepisów zмовę przetargową między wykonawcami można traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Jeśli treść oferty, zachowanie wykonawców lub inne okoliczności wskazują, że wykonawca, który ją złożył zawarł zмовę przetargową z co najmniej jednym innym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może uznać za zasadne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp<sup>73</sup>. Z doświadczeń UOKiK wynika jednak, że taka interpretacja przepisów ustawy Pzp oraz ustawy znk nie jest powszechna wśród zamawiających. Zasadne wydaje się zatem doprecyzowanie obowiązujących przepisów ustawy Pzp poprzez dodanie w art. 89 ust. 1 punktu wyraźnie nakazującego odrzucenie oferty jeśli z jej treści, zachowania wykonawców lub innych okoliczności wynika, że wykonawca, który ją złożył

---

<sup>73</sup> Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 r. sygn. akt: KIO 517/13.

nie przygotował jej niezależnie, lecz zawarł znowę przetargową z co najmniej jednym innym wykonawcą uczestniczącym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty odbywałoby się w oparciu o wiedzę i doświadczenie zamawiającego<sup>74</sup> a wraz z nim podmiot ten przesyłałby do Prezesa UOKiK zawiadomienie o podejrzeniu znowy przetargowej. Należy jednak zaznaczyć, że zamawiający powinni odrzucać oferty wyłącznie wtedy, gdy okoliczności jednoznacznie wskazują na zawarcie przez wykonawców znowy. W przypadku, gdy zachodzi jedynie podejrzenie zawarcia znowy, powinni oni ograniczyć się do zawiadomienia o takim podejrzeniu Prezesa UOKiK.

Opisane wyżej propozycje uregulowania kwestii odrzucania ofert, które nie były przygotowane niezależnie oraz umożliwienia wykluczania wykonawców, którzy w przeszłości uczestniczyli w znowach przetargowych, są zgodne z propozycjami zawartymi w tekście kompromisowym projektu Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z tym projektem, kraje członkowskie będą mogły uregulować kwestie wykluczania z przetargu wykonawców w taki sposób, że umożliwią zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, jeżeli będzie w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków, że wykonawca jest winny poważnego naruszenia etyki zawodowej, lub jeżeli będzie mógł wykazać na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 55 ust. 3 lit. c i d)<sup>75</sup>.

### **Wyłączenie odpowiedzialności karnej wobec osób zgłaszających wnioski leniency**

Znowy przetargowe są jedynym rodzajem antykonkurencyjnego porozumienia, które oprócz odpowiedzialności administracyjnej na podstawie ustawy okik podlega również odpowiedzialności na podstawie Kodeksu karnego (art. 305). Mimo funkcjonowania w polskim systemie ochrony konkurencji od 2004 roku programu *leniency*, w ramach którego uczestnicy antykonkurencyjnego porozumienia mogą uniknąć kary administracyjnej w zamian za

---

<sup>74</sup> Pomocne przy rozstrzygnięciu o odrzuceniu oferty przez zamawiającego może być opisywana broszura UOKiK dotycząca znow przetargowych.

<sup>75</sup> Wniosek z dnia 30 listopada 2012 r. dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – Kompromisowy tekst Prezydencji, nr 16725/1/12.

dostarczenie Prezesowi UOKiK informacji o istnieniu takiego porozumienia, UOKiK dotąd nie otrzymywał takich wniosków w sprawach dotyczących zmów przetargowych. Zdaniem UOKiK główną przyczyną braku zainteresowania programem ze strony uczestników zmów przetargowych jest fakt, iż osoby lub grupy osób zaangażowanych w nielegalny proceder, wiedząc, że grozi im odpowiedzialność karna, mimo korzyści jakie niesie ze sobą program leniency, nie decydują się na poinformowanie Urzędu o zмовie i uniknięcie lub obniżenie kary nakładanej przez Prezesa UOKiK. Pierwotny tekst założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 14 maja 2012 r. zawierał propozycję wyłączenia stosowania art. 305 Kodeksu karnego w stosunku do osób, wobec których Prezes UOKiK podjął decyzję o odstąpieniu lub obniżeniu kary. Propozycja ta nie spotkała się z akceptacją partnerów rządowych i została wyłączona z obecnie procedowanego projektu nowelizacji ustawy okik, jednak zdaniem Prezesa UOKiK zasadne byłoby jej ponowne rozważenie.

### **Wydłużenie okresu przedawnienia dla naruszeń antymonopolowych**

Obecnie obowiązujący okres przedawnienia, czyli jeden rok od momentu zaniechania praktyki, odnoszący się również do zmów przetargowych, wydaje się zbyt krótki, ze względu na charakter tych praktyk, ich istotny wpływ na konkurencję, długotrwałość ich skutków, a także znaczne korzyści, jakie bezprawnie osiągają stosujący je przedsiębiorcy. Zdarzają się sytuacje, w których UOKiK otrzymuje sygnały np. od organów ścigania o podejrzeniu zaistnienia zmów przetargowych i skierowaniu do sądu aktu oskarżenia w takiej sprawie, jednakże na takim etapie organ antymonopolowy nie może najczęściej podjąć działań na gruncie swoich przepisów właśnie z uwagi na przedawnienie. Zawarty w przyjętym przez Radę Ministrów tekście nowelizacji ustawy okik przepis zmieniający art. 93 wydłuża okres przedawnienia do 5 lat<sup>76</sup>. Zmiana ta powinna wpłynąć na istotne zwiększenie skuteczności ścigania zmów przetargowych i wywołać silniejszy efekt odstrasżający.

---

<sup>76</sup> Okres przedawnienia wynoszący 5 lat jest standardem dla krajów członkowskich UE.

### **4.3. Działania zwiększające efektywność systemu zamówień publicznych**

Podstawowa problematyka poruszana w niniejszym raporcie dotyczy kwestii związanych z promowaniem szeroko rozumianej konkurencji. W trakcie analizowania tego zagadnienia Prezes UOKiK nie mógł całkowicie abstrahować od innych cech decydujących o poprawnym funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Jedną z tych cech, szczególnie istotną dla zamawiających, jest efektywność zamówień, czyli ograniczanie kosztu i długości trwania przetargów oraz eliminacja niesolidnych przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach. Jakkolwiek zagadnienie to nie było poddane kompleksowej analizie, poniżej przedstawiamy opinie Prezesa UOKiK dotyczące tej problematyki.

#### **Usprawnienie procesu odwoławczego przez utworzenie wyspecjalizowanego sądu**

Specyfika postępowań sądowych związanych z organizacją zamówień publicznych sugeruje, iż zasadnym byłoby wyznaczenie sądu wyspecjalizowanego w sprawach przetargów publicznych. Obecna procedura przydzielania spraw z zakresu zamówień do sądów okręgowych sprawiać może, iż zajmują się nimi sędziowie nie zawsze mający wystarczające doświadczenie związane z systemem zamówień publicznych. Sądy wyspecjalizowane, takie jak chociażby Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów posiadają lepszą znajomość tematu, dzięki czemu czas rozpatrywania spraw jest krótszy a orzeczenia są bardziej jednolite. Sąd specjalizujący się w zagadnieniach rynkowych, w tym dotyczących zamówień publicznych funkcjonuje obecnie w Finlandii, zaś w Niemczech w sądach landowych istnieją wyspecjalizowane izby zajmujące się sprawami z zakresu zamówień publicznych.

#### **Wykluczanie niesolidnych przedsiębiorców**

Innym sposobem na zwiększenie efektywności przetargów jest wykluczenie z możliwości uczestniczenia w nich niesolidnych przedsiębiorców. Istniejące obecnie przepisy Pzp dotyczące tej kwestii (art.24) obejmują jednak jedynie zarzuty wobec podmiotu startującego w przetargu, a nie innych podmiotów z tej samej grupy kapitałowej. W ten sposób niesolidny przedsiębiorca, chcący wziąć udział w postępowaniu przetargowym, może obejść przepisy zabraniające mu

udziału w postępowaniu np. poprzez założenie spółki córki i wystartowaniu w przetargu pod jej nazwą. Aby zapobiec tego typu praktykom konieczne jest rozszerzenie warunków wykluczenia na inne spółki z tej samej grupy kapitałowej. Jeśli dana spółka nie może startować w przetargu z powodów wymienionych w art. 24 nie powinno być możliwe składanie ofert przez inne spółki z tej samej grupy kapitałowej, chyba, że zostanie wykazane iż działalność tych spółek jest wobec siebie niezależna. W praktyce rozwiązanie to nie wiązałoby się z jakimikolwiek dodatkowymi obowiązkami wykonawców. Jedynie zamawiający prócz sprawdzania, czy wykonawca nie znajduje się na liście podmiotów wykluczonych musiałby sprawdzić, czy znajdują się na niej podmioty figurujące na dołączonej liście spółek należących do grupy kapitałowej.

### **Zmiany ułatwiające przeprowadzanie analiz funkcjonowania systemu zamówień publicznych**

Format informacji zawartych w ogłoszeniach o zamówieniu, przekazywanych przez zamawiających do Biuletynu Zamówień Publicznych nie zawsze pozwala na ich wtórne wykorzystanie. Oprócz wspomnianej w podrozdziale 4.2. propozycji uzupełnienia zakresu danych raportowanych w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia, warto rozważyć dokonanie zmian w zakresie i formacie danych przekazywanych w pozostałych rodzajach ogłoszeń zamieszczanych w BZP pod kątem ich wykorzystania do przeprowadzania analiz systemu zamówień publicznych. Na przykład, informacja o wysokości wadium wymaganego dla każdej z części przetargu jest obecnie gromadzona w formacie opisowym a nie ilościowym. Prezes UOKiK postuluje dodanie pozycji z wartością wymaganego wadium dla każdej części przetargu, co umożliwi prowadzenie analiz skuteczności tego narzędzia oraz jego wpływu na parametry konkurencyjności postępowań w różnych sektorach i w konsekwencji pozwoli na formułowanie wniosków i wytycznych w zakresie zasadności wymagania wadium i jego optymalnej wysokości. Powyższe propozycje wiązać się powinny z koniecznością modyfikacji wzorów ogłoszeń określonych w rozporządzeniu o którym mowa w art. 11 ust 6 ustawy Pzp. W ocenie UOKiK przyjęcie ww. propozycji należy uznać za korzystne zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, a także dla instytucji zainteresowanych monitorowaniem przebiegu postępowań przetargowych.



## **Podsumowanie**

System zamówień publicznych jest niezwykle istotny dla wszystkich gospodarek krajów rozwiniętych. Niezależnie od przyjętego, mniej lub bardziej liberalnego, modelu gospodarki, sfera instytucji zarządzanych i kontrolowanych przez Państwo ma w niej znaczący udział. Bardzo istotna jest więc również rola podmiotów publicznych jako zamawiających produkty i usługi u przedsiębiorców konkurujących na poszczególnych rynkach, a co za tym idzie mających wpływ na konkurencję pomiędzy nimi. Właściwie skonstruowany system zamówień publicznych jest jednym z podstawowych warunków poprawnego funkcjonowania współczesnej gospodarki. W Polsce w ostatnich latach procedury zamówień publicznych nabrały szczególnego znaczenia chociażby z tego względu, że są one w dużym stopniu wykorzystywane w procesie dystrybuowania środków unijnych.

Jednym z podstawowych celów działania Prezesa UOKiK jest ochrona konkurencji i wspieranie jej rozwoju. W związku z tym optymalne funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, również dla organu antymonopolowego, jest kwestią o dużym znaczeniu. Istnienie transparentnych i jednolitych dla wszystkich przedsiębiorców procedur ubiegania się o zamówienia finansowane ze środków publicznych jest bardzo ważne dla rozwoju konkurencji ponieważ umożliwia równy dostęp przedsiębiorców do wielu rynków. Ochrona tego systemu przed występowaniem patologii, takich jak zmowy przetargowe zawierane przez nieuczciwych wykonawców, jest jednym z priorytetów działalności Prezesa UOKiK, mającym odzwierciedlenie w działaniach przeprowadzonych w ostatnich latach.

Olbrzymia liczba rynków, których dotyczy system zamówień publicznych sprawia, że prace nad jego udoskonalaniem prowadzone są ciągle tak na poziomie krajowym jak i międzynarodowym. Wysiłki wszystkich zainteresowanych zmianami regulacji w zakresie zamówień publicznych zmierzają w kierunku osiągnięcia złotego środka pomiędzy zapewnieniem konkurencji w przetargach, efektywnością postępowania oraz przejrzystością procedur. Działania optymalizujące są jednak skomplikowane, gdyż zmiany powodujące pozytywne skutki w jednym z wymienionych wymiarów mogą wpłynąć negatywnie na inny.

Przedstawione w niniejszym raporcie propozycje dalszych działań mają na celu zwiększenie konkurencyjności i efektywności systemu zamówień publicznych. Stanowią one raczej modyfikację lub uzupełnienie procedowanych i obecnie funkcjonujących rozwiązań niż reformę systemu zamówień. Zaprezentowane propozycje pogrupowane zostały według efektu, jaki ich wprowadzenie miałyby przynieść, w trzy kategorie: likwidujące bariery dostępu do przetargów, minimalizujące ryzyko występowania praktyk ograniczających konkurencję oraz zwiększające efektywność przeprowadzania przetargów.

Sugerowane przez Prezesa UOKiK działania mające na celu likwidację barier w dostępie do przetargów przeciwdziałają mają niskiej aktywności przedsiębiorców w odniesieniu do przetargów. Sytuacja ta wynikać może w większym stopniu z powodu braku odpowiedniej wiedzy i doświadczenia u zamawiających lub wykonawców niż z przyczyn wadliwych rozwiązań prawnych. Dlatego też Prezes UOKiK proponuje intensyfikację działań promujących otwarcie przetargów na wzmożoną konkurencję poprzez organizowanie szkoleń oraz opracowywanie wytycznych wspierających zamawiających w adekwatnym do przedmiotu zamówienia przygotowaniu przetargu, zwłaszcza w odniesieniu do siwz. Dodatkowo istotnym działaniem wydaje się być wsparcie mało doświadczonych i potencjalnych wykonawców w przygotowaniu ofert poprzez publikowanie poradników oraz organizację szkoleń z wykorzystaniem najnowszych rozwiązań technologicznych, np. stworzenie i wypromowanie platformy szkoleniowej on-line. Rozwiązania takie umożliwiłyby dotarcie do szerokiego grona zainteresowanych, co jest bardzo trudne i kosztowne w przypadku tradycyjnych szkoleń.

Prezes UOKiK proponuje także wprowadzenie zmian formalno-prawnych prowadzących do likwidacji barier w dostępie do przetargów. Dotyczyć powinny one: ograniczenia możliwości zatrzymywania wadium przez zamawiającego wyłącznie do przypadków, w których możliwą przyczyną nieuzupełnienia wymaganych dokumentów jest zmowa oraz ograniczenia możliwości stosowania przez zamawiających wymogów formalnych odnoszących się do wielkości przedsiębiorcy. Ponadto Prezes UOKiK popiera propozycję umieszczania wszystkich ogłoszeń publikowanych przez krajowych zamawiających w jednym serwisie czyli w Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym obecnie nie są publikowane ogłoszenia o zamówieniach o wartości przekraczającej tzw. progi unijne. Rozwiązanie to ułatwi przedsiębiorcom dostęp do

informacji o przetargach, co także może przełożyć się na zwiększenie ich aktywności w ubieganiu się o zamówienia.

Najwięcej propozycji dotyczy przeciwdziałania znikom przetargowym i ich wykrywania. Część z nich opiera się na zwiększeniu wiedzy zamawiających i poprawie współpracy pomiędzy zamawiającymi a organem antymonopolowym. Działania edukacyjno-informacyjne skierowane do zamawiających a także stworzenie systemu narzędzi komunikacji ułatwiających zamawiającym kontakt z UOKiK nie wymagają przeprowadzenia zmian legislacyjnych. Zmiana ustawy Pzp wydaje się jednak niezbędna do realizacji postulatu wprowadzenia obowiązku zawiadamiania przez zamawiającego Prezesa UOKiK o podejrzeniu zmywy przetargowej. Wydaje się bowiem, że w obecnym stanie prawnym brak jest wystarczających bodźców by zamawiający zawiadamiali organ antymonopolowy o każdym przypadku zachowań wykonawców wskazującym na możliwość zawarcia niedozwolonego porozumienia.

Istotnym dla efektywnego przeciwdziałania powstawaniu zóm przetargowych jest także konsekwentne ograniczanie możliwości funkcjonowania na rynku wykonawców opierających swoją działalność na tego typu niedozwolonych praktykach. Aby osiągnąć ten cel ustawa Pzp powinna wskazywać wprost, że uczestnictwo w zmywie przetargowej jest jedną z form naruszenia etyki zawodowej, co umożliwiłoby zamawiającym wykluczanie z przetargu podmiotów, które wcześniej dopuściły się takich naruszeń. Ponadto w ustawie Pzp warto doprecyzować, że zmywa przetargowa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czyli zamawiający powinni odrzucać oferty wykonawców, którzy zawarli zmywę w przetargu. Dodatkowo zamawiający powinni mieć możliwość żądania od wykonawców złożenia oświadczenia o niezależnym ustaleniu oferty, co miałoby pozytywny wpływ na podwyższenie świadomości prawnej wykonawców oraz zwiększałoby możliwości ścigania i karania nieuczciwych wykonawców.

Kolejna grupa proponowanych działań dotyczy modyfikacji wybranych zasad funkcjonowania systemu zamówień publicznych tak, aby utrudnić wdrożenie postanowień ewentualnych zóm przetargowych. Istotną w tym względzie, zwłaszcza w odniesieniu do zóm opierających się na mechanizmie rozstawiania-wycofywania ofert, byłaby zmiana reguł jawności postępowania.

Ograniczenie dostępu wykonawców do szczegółów ofert złożonych przez inne podmioty, jak również do informacji o liczbie złożonych ofert do czasu zakończenia postępowania przetargowego mogłoby istotnie ograniczyć możliwość funkcjonowania wymienionego wyżej rodzaju zmów. Przeciwdziałaniu pojawiania się zmów mogłaby posłużyć także systemowa zmiana zasad korzystania z potencjału podmiotów trzecich polegająca na ograniczeniu możliwości korzystania z takiego potencjału tak, aby podmiot udostępniający nie stawał się właściwym wykonawcą zamówienia.

Kolejnymi propozycjami w zakresie przeciwdziałania i wykrywania zmów przetargowych są zmiany mające bezpośredni wpływ na efektywność działania organów państwa zwalczających występowanie zmów przetargowych. Pierwszą z nich są działania mające na celu poprawę dostępności danych o wynikach przetargów przede wszystkim poprzez wprowadzenie obowiązku umieszczania w serwisie Biuletynu Zamówień Publicznych wszystkich rodzajów ogłoszeń o udzieleniu zamówienia (o zakończeniu przetargu) zarówno poniżej i powyżej progów unijnych oraz uzupełnienie zakresu informacji przekazywanych przez zamawiających. Umożliwiłoby to prowadzenie wielowymiarowych analiz służących weryfikacji i identyfikacji sygnałów świadczących o możliwości występowania zmów przetargowych.

Na skuteczność działań prowadzonych przez Prezesa UOKiK niezwykle istotny wpływ miałyby wydłużenie przedawnienia dla naruszeń antymonopolowych do standardowego dla krajów członkowskich UE okresu 5 lat. Obecnie funkcjonujący okres przedawnienia wydaje się zbyt krótki. Zdarzają się sytuacje w których Prezes UOKiK otrzymuje sygnały od np. od organów ścigania o podejrzeniu zaistnienia zmów przetargowych i skierowaniu do sądu aktu oskarżenia w takiej sprawie, jednakże na tym etapie organ antymonopolowy nie może najczęściej podjąć działań na gruncie swoich przepisów, ponieważ minął co najmniej rok od momentu ustania praktyki.

Wartym rozważenia jest ponadto umożliwienie praktycznego wykorzystania programu łagodzenia kar *leniency* przy zwalczaniu zmów przetargowych poprzez wyłączenie odpowiedzialności karnej wobec osób chcących skorzystać z tego rozwiązania. Istnienie odpowiedzialności karnej dla uczestników porozumienia przetargowego powoduje, że program

ten, skutecznie wspomagający zwalczanie innych rodzajów zmów jest zupełnie nieskuteczny w przypadku zmów przetargowych.

Przy okazji analizy możliwości zwiększenia konkurencji wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne, Prezes UOKiK dodatkowo przygotował również propozycje mogące przyczynić się do poprawy efektywności tego systemu. Jedną z nich to koncepcja usprawnienia procesu odwoławczego przez utworzenie wyspecjalizowanego sądu, który ze względu na większą wiedzę i doświadczenie w sprawach dotyczących zamówień publicznych mógłby wydawać szybsze i bardziej jednolite rozstrzygnięcia niż sądy okręgowe.

Innym potencjalnym udoskonaleniem systemu zamówień publicznych byłoby wprowadzenie regulacji uszczelniającej przepisy w zakresie wykluczania niesolidnych przedsiębiorców. W świetle procedowanych obecnie zmian powodujących, że przepis art. 24 ustawy Pzp będzie częściej wykorzystywany, zasadnym wydaje się uniemożliwienie wykonawcom, którym podczas realizacji wcześniejszych zamówień wykazano niesolidność, startowania pod nazwą innej spółki z tej samej grupy kapitałowej.

Ponadto do zwiększenia wiedzy o skuteczności, a w konsekwencji o zasadności stosowania rozwiązań zawartych w ustawie Pzp, przyczynić mogłyby się odpowiednie zmiany w zakresie i formacie danych przekazywanych w innych niż wspomniane powyżej rodzajach ogłoszeń zamieszczanych w BZP. Zmiany te miałyby ułatwić przeprowadzanie analiz funkcjonowania systemu zamówień publicznych np. dotyczących wysokości i sposobów wykorzystania wadium.

Powyższe propozycje, zdaniem Prezesa UOKiK, powinny w sposób istotny przyczynić się do poprawy funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce. Należy wziąć pod uwagę, że raport, w tym szczególnie opisane w nim propozycje zmian, prezentują punkt widzenia instytucji odpowiedzialnej za ochronę konkurencji i konsumentów, stąd też brak w dokumencie odniesienia do innych kwestii, podnoszonych w procesie reformy systemu, które są ważne, lecz nie związane z właściwością organu antymonopolowego. Prezes UOKiK przyjął założenie, że zgłoszone propozycje mogą stanowić istotny i inspirujący głos w toczącej się obecnie debacie z udziałem instytucji rządowych oraz partnerów społecznych, a także, że doprowadzą do

wprowadzenia pozytywnych zmian w krajowym systemie zamówień publicznych, który ma niebagatelne znaczenie dla rozwoju konkurencji w Polsce.

## **Aneks 1. Lista podstawowych unijnych aktów prawnych regulujących system zamówień publicznych**

- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dyrektywa klasyczna),
- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa sektorowa),
- Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji; oraz dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych ,
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE,
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV,
- Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień,

- Rozporządzenie wykonawcze Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005.

## Aneks 2. Kraje stosujące oświadczenia o niezależnym przygotowaniu ofert (CIBD)<sup>77</sup>

Kraj	Zakres	Uwagi
<b>Brazylia</b>	Obowiązkowe w zamówieniach federalnych	
<b>USA</b>	Obowiązkowe w zamówieniach federalnych	Obniżają standard dowodowy w sprawach kryminalnych dotyczących zmów.
<b>Wielka Brytania</b>	Nieobowiązkowe	
<b>Kanada</b>	Nieobowiązkowe	Stosowane powszechnie, urząd antymonopolowy przygotował wzór, niektórzy zamawiający stosują własne wzory.
<b>Chile</b>	Nieobowiązkowe	
<b>Australia</b>	Nieobowiązkowe	
<b>Korea Pld.</b>	Nieobowiązkowe	Zalecane w wytycznych urzędu zamówień publicznych. Brak jednoznacznych podstaw prawnych do żądania CIBD, jednak planowana jest nowelizacja prawa w tym zakresie.
<b>Słowacja</b>	Nieobowiązkowe	Zalecane przez urząd antymonopolowy. Brak jednoznacznych podstaw prawnych, jednak istnieje możliwość ich stosowania w obecnym reżimie prawnym, np. w formie klauzuli wymaganej w umowie o udzielenie zamówienia.

Kraje, w których urzędy antymonopolowe **zapropowały wprowadzenie CIBD**: RPA, Irlandia, Szwajcaria, Bułgaria.

<sup>77</sup> Na podstawie „Collusion and Corruption in Public Procurement”, OECD Roundtables (2010) oraz „Working Party No. 3 on Cooperation and Enforcement: Public Procurement/Bid Rigging Issues”, OECD, DAF/COMP/WP3/WD(2010)55-71.



### Aneks 3. Reguły dotyczące przejrzystości procedury przetargowej w krajach UE<sup>78</sup>

<b>Kraj</b>	<b>Otwieranie ofert i pełny ranking ofert</b>
<b>Francja</b>	Utajnione
<b>Wielka Brytania</b>	Decyduje zamawiający, zalecane utajnienie
<b>Holandia</b>	Decyduje zamawiający, zalecane utajnienie
<b>Finlandia</b>	Decyduje zamawiający, zwykle utajnione
<b>Cypr</b>	Decyduje zamawiający
<b>Dania</b>	Jawne dla robót budowlanych, utajnione dla pozostałych
<b>Austria</b>	Jawne, z wyjątkiem uzasadnionych przypadków
<b>Słowenia</b>	Jawne powyżej określonych progów krajowych
<b>Hiszpania</b>	Jawne, ale tylko w procedurze otwartej jeśli jedynym kryterium jest cena, w pozostałych przypadkach decyduje zamawiający, zalecane utajnienie
<b>Szwecja</b>	Otwarcie utajnione, szczegóły wszystkich ofert jawne od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty
<b>Niemcy</b>	Otwarcie utajnione, szczegóły wszystkich ofert jawne od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty
<b>Włochy</b>	Jawne
<b>Węgry</b>	Jawne
<b>Łotwa</b>	Jawne
<b>Litwa</b>	Jawne
<b>Rumunia</b>	Jawne
<b>Bułgaria</b>	Jawne
<b>Czechy</b>	Jawne
<b>Słowacja</b>	Jawne
<b>Estonia</b>	Jawne
<b>Malta</b>	Jawne

<sup>78</sup> Na podstawie „Public Procurement in EU Member States – The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives”, Sigma Papers No. 45, OECD Publishing (2010) oraz RFI w ramach ECN.



**Aneks 4. Przykłady krajów, w których wykonawcy uczestniczący w zмовach są wykluczani z przyszłych postępowań<sup>79</sup>**

<b>Kraj</b>	<b>Zakres wykluczenia</b>	<b>Szczegóły</b>
<b>USA</b>	Decyduje zamawiający	
<b>Wielka Brytania</b>	Decyduje zamawiający	
<b>Kanada</b>	Decyduje zamawiający	
<b>Węgry</b>	Obowiązkowe	Przez okres 5 lat po uprawomocnieniu się decyzji, jeśli na wykonawcę nałożono karę.
<b>Słowacja</b>	Obowiązkowe	Przez okres 3 lat po uprawomocnieniu się decyzji.
<b>Litwa</b>	Obowiązkowe	Przez okres 3 lat po uprawomocnieniu się decyzji.

<sup>79</sup> Na podstawie „Working Party No. 3 on Cooperation and Enforcement: Public Procurement/Bid Rigging Issues”, OECD, DAF/COMP/WP3/WD(2010)55-71.



**Aneks 5. Lista sektorów, w których wykryto zmywy przetargowe w więcej niż jednym kraju<sup>80</sup>**

<b>Sektor</b>	<b>Liczba krajów</b>
Sektor budowlany ogółem	6
Dostawa sprzętu i materiałów medycznych	6
Budowa dróg i mostów	5
Usługi transportowe i logistyczne	4
Dostawa farmaceutyków	3
Dostawa asfaltu	2
Oprogramowanie i usługi IT	2
Usługi biur podróży	2
Dostawa pojazdów specjalistycznych	2

<sup>80</sup> Na podstawie „Collusion and Corruption in Public Procurement”, OECD Roundtables (2010).