

**WALASEK Dariusz**

## **PROBLEMATYKA ZMÓW CENOWYCH W BUDOWNICTWIE INFRASTRUKTURALNYM**

### *Streszczenie*

*Referat obejmuje ogólną problematykę wynikającą ze zmów cenowych szczególnie w budownictwie infrastrukturalnym. Tematyka referatu obejmuje podstawowe wytyczne wynikające z przepisów prawa polskiego jak i europejskiego. Kanwą przyświecającą podjęcie się tej problematyki jest aktualnie realizowana jako jedna z pierwszych w Polsce praca badawcza na zlecenie polskich instytucji publicznych dotycząca tematyki zmów przy budowie obiektów infrastrukturalnych.*

### **WSTĘP**

Zmowy cenowe, w związku z realizacją przez Polskę szeregu dużych inwestycji infrastrukturalnych zaczynają być częścią naszej rzeczywistości. Regulacje antymonopolowe lub antytrustowymi – istniejące we wszystkich rozwiniętych gospodarkach świata zaimplementowane także w Polsce.

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje kwestie związane z ochroną konkurencji w Polsce, jest ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), nazywana równie Ustawą antymonopolową. Ustawa ta obejmuje przedsiębiorców i wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję. Podzielono je na dwie kategorie. Po pierwsze, prawo antymonopolowe zabrania przedsiębiorcy nadużywania pozycji dominującej. Mowa o firmie, która mając duży udział w rynku, tak że może na nim funkcjonować w oderwaniu od swoich konkurentów czy kontrahentów, a nawet konsumentów. Domniemywa się, że pozycję dominującą ma przedsiębiorca, do którego należy co najmniej 40 proc. rynku.

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

Ustawa antymonopolowa zawiera przykładowy katalog porozumień, które zostaną uznane za znowę. W konsekwencji tego sprzeczne z prawem są porozumienia przedsiębiorców polegające na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,

2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
3. podziale rynków zbytu lub zakupu,
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcy będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

## **1. WYTYCZNE UOKIK**

Wytyczne UOKIK [14] dotyczą praktycznej definicji istoty zmowy przetargowej którą jest rezygnacja uczestników przetargu z konkurencji na rzecz współpracy przy składaniu ofert. W ten sposób uczestnicy ci gwarantują sobie zyski, na ogół znacznie wyższe niż w sytuacji, gdyby musieli uczestniczyć w rzeczywistej rywalizacji cenowej. Zmowy przetargowe, podobnie jak inne przypadki niedozwolonych porozumień wg tych wytycznych [14], występują w wielu formach – różniących się skalą, metoda wyłaniania zwycięzcy i podziału zysków, a także stopniem komplikacji.

Najczęściej stosowanymi schematami są następujące działania:

- rezygnacja z przetargu,
- składanie ofert komplementarnych,
- rotacja ofert,
- podział zysku.

Poniżej przedstawiono kilka często powtarzających się schematów, przy czym należy podkreślić, że nie są to wszystkie formy, w jakich występują na rynku zmowy przetargowe.

### **1.1. Rezygnacja z przetargu**

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

### **1.2. Składanie ofert komplementarnych**

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

### **1.3. Rotacja ofert**

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

## 1.4. Podział zysku

Na ogół po rezygnacji z wzięcia udziału w przetargu, ewentualnie po złożeniu oferty z góry skazanej na porażkę, uczestnik zmowy otrzymuje „wypłatę” swojej części zysku. Może to wyglądać w następujący sposób: przedsiębiorca biorący udział w niedozwolonym porozumieniu rezygnuje z udziału w przetargu na rzecz innego uczestnika zmowy. Ten otrzymuje lukratywne zamówienie opiewające na wielokrotnie zawyżoną cenę. Następnie zatrudnia tamtego przedsiębiorcę jako podwykonawcę, który w ten sposób uzyskuje „rekompensatę” za rezygnację z udziału w przetargu. Zmawiające się firmy mogą dzielić między sobą zyski również w bardziej bezpośredni sposób (na przykład w formie wypłaty w gotówce). Niekiedy przedsiębiorcy zawierają porozumienie, które polega na uzgodnieniu, że każdy z nich bierze udział tylko w określonych przetargach – na przykład organizowanych przez konkretne podmioty lub mających miejsce na wyznaczonym terenie. W rezultacie pewna firma może na przykład składać oferty na prace budowlane tylko w jednym województwie, powstrzymując się od udziału w przetargach ogłaszanych w województwach ościennych, „przypisanych” innym uczestnikom zmowy.

## 2. PROPOZYCJA UE W SPRAWIE UJEDNOLICENIA PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH ROSZCZEŃ O ODSZKODOWANIE ZA NARUSZENIE ZASAD KONKURENCJI

Jeżeli przedsiębiorstwa nie przestrzegają zasad konkurencji (np. ustalają ceny w kartelach lub nadużywają pozycji dominującej na rynku), szkodzi to konsumentom i przedsiębiorstwom, które przestrzegają obowiązujących przepisów.

Praktyki ograniczające konkurencję sprawiają, że gospodarka jest mniej efektywna i mniej konkurencyjna. Wpływają one na wiele rynków (telekomunikacji, energii, IT i transportu) oraz kosztują gospodarkę europejską kilka miliardów euro rocznie.

Zgodnie z prawem Unii Europejskiej praktyki takie są zakazane i poszkodowanym przysługuje prawo do odszkodowania. Na przykład jeżeli przedsiębiorstwa zmawiają się między sobą w celu podniesienia cen, klienci mogą ubiegać się o odszkodowanie z tytułu poniesionych szkód. Należy zwrócić uwagę że w większości krajów UE skuteczne rozstrzygnięcie sprawy w sądzie jest trudne.

Organy ochrony konkurencji (unijne i krajowe) prowadzą postępowania i wymierzają kary za praktyki ograniczające konkurencję, jednak działania te nie mają zastosowania w przypadku roszczeń cywilnych. Nie zawsze jest też jasne, czy ofiary zmów cenowych mogą wykorzystać ustalenia odpowiednich organów do poparcia swoich roszczeń.

Obecne zasady dotyczące roszczeń o odszkodowania znacznie różnią się w poszczególnych krajach UE. Oznacza to, że szanse na otrzymanie odszkodowania zależą od miejsca zamieszkania. W niektórych krajach istnieje większe prawdopodobieństwo, że firma, która narusza unijne zasady konkurencji, zostanie pozwana.

Działania na szczeblu UE powinny zatem przyczynić się do zagwarantowania, że obywatele będą mieli szanse uzyskania odszkodowania za szkody spowodowane działaniami ograniczającymi konkurencję niezależnie od swojego miejsca zamieszkania w UE.

W wyniku przeprowadzonych szczegółowych analiz Komisja Europejska zaproponowała odpowiednie działania legislacyjne w zakresie:

- określenia, o jaki rodzaj odszkodowań można się ubiegać i kto może się o nie ubiegać,
- utrudnienia sprawcom naruszeń ukrywania przed sądem kluczowych dowodów,
- sprecyzowania, że w przypadku, gdy krajowe organy ds. konkurencji stwierdziły, że unijne reguły konkurencji zostały naruszone, fakt taki stanowić będzie wystarczający dowód na to, że doszło do naruszenia w kolejnych sprawach o wypłatę odszkodowania,

- określenia terminu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych,
- uproszczenia sposobu obliczania kwoty odszkodowania,
- ułatwienia dochodzenia odszkodowania stronom pośrednio poszkodowanym (np.: w przypadku, gdy dane przedsiębiorstwo nielegalnie stosuje wyższe ceny w stosunku do swojego klienta -ofiara bezpośrednia, który następnie obciąża wyższymi kosztami swoich własnych klientów -ofiary pośrednie),
- zachęcenia do dochodzenia odszkodowania w ramach pozasądowego rozstrzygnięcia sporów,
- ustanowienia przepisów regulujących, które będą na wstępie badały, jak wpływają na siebie nawzajem dochodzenie roszczeń odszkodowawczych i publiczne egzekwowanie zasad konkurencji przez organy ds. konkurencji.

Większość podobnych zasad już istnieje w różnych krajach UE. Celem działań w chwili obecnej jest zagwarantowanie, że są one stosowane w całej UE, a przy tym nie jest ograniczana skuteczność egzekwowania prawa przez organy ds. konkurencji. Pozwoli to na zwiększenie skuteczności europejskich przepisów dotyczących konkurencji na całym rynku wewnętrznym.

### **3. UNIJNE PRAWO DO ODSZKODOWANIA Z TYTUŁU NARUSZENIA PRAWA KONKURENCJI**

Zakaz zawierania porozumień antykonkurencyjnych oraz nadużywania pozycji dominującej wynika z art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Za egzekwowanie tego zakazu (egzekwowanie na drodze publicznoprawnej) odpowiada Komisja Europejska wraz z krajowymi organami ds. konkurencji. Jednocześnie postanowienia Traktatu przyznają jednostkom pewne prawa i nakładają na nie obowiązki, które następnie muszą być egzekwowane przez sądy krajowe (egzekwowanie na drodze prywatnoprawnej). Zalicza się do nich prawo do dochodzenia odszkodowania za wszelkie szkody poniesione w wyniku naruszenia reguł konkurencji UE. Począwszy od roku 2001 Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, że na mocy prawa UE jednostka musi mieć możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę tego rodzaju [15].

Ponad dziesięć lat później większość ofiar naruszeń prawa konkurencji w dalszym ciągu nie jest w stanie skutecznie dochodzić wspomnianego unijnego prawa do odszkodowania ani indywidualnie, ani grupowo. Wynika to w dużej mierze z braku odpowiednich krajowych przepisów odnoszących się do powództw odszkodowawczych. Z kolei w przypadkach, w których takie przepisy istnieją, różnice pomiędzy regułami mającymi zastosowanie w poszczególnych państwach członkowskich skutkują nierównością szans, zarówno w odniesieniu do podmiotów, które dopuściły się naruszenia, jak i do ofiar zachowania niezgodnego z prawem.

### **4. METODYKA OCENY ZMÓW CENOWYCH**

Aby skonstruować scenariusz braku naruszenia w celu ustalenia wysokości szkody w ramach dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w sprawach dotyczących konkurencji, można skorzystać z szeregu metod.

Metody najczęściej stosowane przez strony i sądy służą oszacowaniu tego, co wydarzyłoby się, gdyby nie doszło do naruszenia, poprzez analizowanie okresów przed naruszeniem lub po nim lub poprzez badanie innych rynków, na które dane naruszenie nie miało wpływu. W ramach tego rodzaju metod porównawczych uznaje się, że dane (ceny, wielkości sprzedaży, marże zysku lub inne zmienne ekonomiczne) pochodzące z okresu lub rynku, na który naruszenie nie miało wpływu, stanowią wskaźnik hipotetycznego scenariusza, w którym nie doszło do naruszenia. Czasami udoskonala się realizację tych metod poprzez

zastosowanie technik ekonometrycznych, łączących teorię ekonomii i metody statystyczne lub ilościowe w celu określenia i zmierzenia zależności ekonomicznych między zmiennymi.

W metodach tych wykorzystuje się założenia teorii ekonomicznych w celu wyjaśnienia prawdopodobnego funkcjonowania rynku z uwzględnieniem jego głównych cech (np. liczby konkurentów i sposobu ich konkurowania ze sobą, poziomu zróżnicowania produktów, czynników utrudniających wejście na rynek). Inne metody obejmują metodę opartą na kosztach, w ramach której wykorzystuje się koszty produkcji w odniesieniu do produktu będącego przedmiotem naruszenia i marżę w odniesieniu do „rozsądnej” marży zysku w celu oszacowania hipotetycznego scenariusza braku naruszenia, lub metody finansowe, w których punktem wyjścia są wyniki finansowe powoda lub pozwanego.

Każda z tych metod i technik ma określone właściwości, wady i zalety, dzięki którym może okazać się w mniejszym lub większym stopniu odpowiednia do oszacowania szkody poniesionej w danych okolicznościach. W szczególności różnią się one ze względu na stopień, w jakim opierają się na danych wynikających z faktycznych interakcji na rynku lub na założeniach teorii ekonomicznej, oraz ze względu na stopień, w jakim uwzględnia się w ich ramach czynniki inne niż naruszenie, które mogły mieć wpływ na sytuację powoda wnoszącego o odszkodowanie. Ponadto omawiane metody i techniki różnią się ze względu na poziom trudności ich stosowania oraz rodzaj i wymaganą ilość danych.

## **5. ANALIZA PIŚMIENNICTWAMETODYKA OCENY ZMÓW CENOWYCH**

W tematyce zmów cenowych w przetargach powstało szereg publikacji teoretycznych jednak bazujących na konkretnych praktycznych przykładach pochodzących z rzeczywistych postępowań przetargowych. Zajmowano się wpływem projektu struktury przetargu na jej podatność na potencjalne zminy cenowe. Badania zasadniczo dotyczą dwóch aspektów przedmiotowej problematyki:

- analiz potwierdzających istnienie zmów cenowych w danym postępowaniu przetargowym Asker [2] Pasendorfer [11] Porter i Zona [12], [13],
- analiz uprawdopodobniające występowania potencjalnych zmów cenowych Bajari i Ye [3].

Oba podejścia stanowią kanwę opracowań dla celów praktycznych mających na celu tworzenie narzędzi i metodyki służącej do wykrywania zmów Bajari [3].

Czynnikiem niezbędnym jest bazowanie na rzeczywistych danych z postępowań przetargowych w stosunku do których udowodniono istnienie zminy cenowej. Ma to na celu zastosowanie metodologii bazujących na badaniach empirycznych oraz oszacowaniu prawdopodobieństw występowania poszczególnych zjawisk na rynku. Według Portera [ 12] ,[13] zmina cenowa jest konsekwencją warunków przeprowadzenia przetargu oraz jego otoczenia. Pozwala to na rejestrowanie poszczególnych prawidłowości wzorcowych bazując na danych rzeczywistych oraz zachowaniu poszczególnych uczestników zmów.

Takie podejście może bazować na zminach występujących w dużych publicznych przetargach np. Haberbusch [8] (przeгляд przykładowych spraw zmów mających miejsce w Stanach Zjednoczonych ) oraz budownictwie drogowym Porter and Zona [12],[13] oraz Ishii [9]. Drugie podejście bazuje na analizach ekonomicznych mających znaczne osadzenie w praktyce i może obejmować wybrane aspekty Inżynierii Lądowej Albano [1], Katzman and McGeary [10], Decarolis [5], Cramton [4].

## **PODSUMOWANIE**

Aktualnie realizowane przedsięwzięcia infrastrukturalne wymagają opracowania lokalnej metodyki do wykrywania i oceny skutków zmów cenowych. Istnieją i tworzone są

odpowiednie przepisy zarówno polskie jak i europejskie dotyczące problematyki zamówień cenowych.

## BIBLIOGRAFIA

1. Albano, G., Bianchi M. and Spagnolo G., *Bid Average Methods in Procurement*. 2006
2. Asker, J., *A Study of the Internal Organization of a Bidding Cartel*. American Economic Review 2010.
3. Bajari, P., Ye L., *Deciding Between Competition and Collusion*. The Review of Economics and Statistics 2003.
4. Cramton, P., Ellermeyer S., Katzman B. E., *Designed to Fail: The Medicare Auctions for Durable Medical Equipment*. Mimeo 2011.
5. Decarolis, F., *When the Highest Bidder Loses the Auction: Theory and Evidence from Public Procurement*. Mimeo 2011.
6. Decarolis, F., *Pricing and Incentives in Publicly Subsidized Health Care Markets: the Case of Medicare Part D*. Mimeo 2012.
7. Decarolis, F., Giorgiantonio C., Giovanniello V., *The Awarding of Public Works in Italy. Bank of Italy*, QEF 2010.
8. Haberbush, K. L., *Limiting the Government's Exposure to Bid Rigging Schemes: A Critical Look at the Sealed Bidding Regime*. Public Contract Law Journal 2000.
9. Ishii, R., *Collusion in Repeated Procurement Auctions: A Study of Paving Market in Japan*. Mimeo 2006.
10. Katzman and McGeary, *Will Competitive Bidding Decrease Medicare Prices?*. Southern Economic Journal 2008.
11. Pesendorfer, M., A., *Study of Collusion in First-Price Auctions*. Review of Economic Studies 2000.
12. Porter, R., Zona D., *Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions*. Journal of Political Economy 1993.
13. Porter, R., Zona D., *Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding*. RAND Journal of Economics 1999.
14. *Zmowy przetargowe*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2012
15. *Ustalenie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej*- dokument roboczy-Komisja Europejska 2013

## COLLUSIONS IN INFRASTRUCTURAL CONSTRUCTION

### *Abstract*

*The paper refers to the problem of collusion in infrastructural projects. The content of the paper refers to the basics of Polish and European regulations. The motivation to dealing with this subject was ongoing as one of first in Poland grant for one of official Polish institution concerning collusions in infrastructural projects construction.*

### **Autor:**

dr inż. **Dariusz Walasek** – Politechnika Warszawska, Wydział Inżynierii Lądowej, Instytut Inżynierii Budowlanej, Zespół Inżynierii Produkcji i Zarządzania w Budownictwie, d.walasek@il.pw.edu.pl