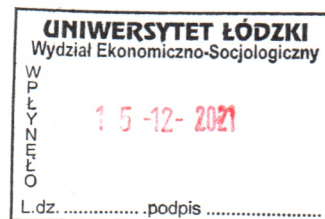


Dr hab. Prof. UEK Ryszard Szostak

Kraków, 5 grudnia 2021 r.

Katedra Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych
Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie



Recenzja

rozprawy doktorskiej Pana Magistra Łukasza Ziarko, pt. „Identyfikacja zmów przetargowych – zastosowanie metod statystycznych”, przygotowanej na Wydziale Ekonomiczno- Socjologicznym Uniwersytetu Łódzkiego, pod kierunkiem prof. UŁ dr hab. Justyny Wiktorowicz

I. Recenzowane opracowanie zawiera 294 strony wraz ze spisem treści, bibliografią (s. 18, ponad 250 pozycji piśmiennictwa polskiego i zagranicznego), a także aneksem, obejmującym zwłaszcza rysunki i wykresy, zestawienia, raporty, tablice i t.d. (ogółem s. 31). W uwagach wstępnych Doktorant uzasadnił krótko naukową i praktyczno-gospodarczą doniosłość tematyki związanej z potrzebą zwalczania (nawet doraźnych) karteli, w tym noszących znamiona zmowy przetargowej, a także objaśnił strukturę opracowania, przesądając – słusznie – o wyłączeniu z rozważań niektórych kwestii drugoplanowych. Przedstawił też cele rozprawy, hipotezy badawcze (główną i szczegółowe) oraz pozostałe zagadnienia metodologiczne, które nie nasuwają zastrzeżeń formalnych.

Opracowanie składa się z 5 rozdziałów, o łącznej objętości ponad 230 stron, które są w miarę „wyrównane”, średnio po ok. 40 stron, choć ostatni rozdział dominuje nieco, lecz poświęcony został wprost zastosowaniu „tytułowych” metod statystycznych przy wykrywaniu i identyfikacji zmów przetargowych. W zakończeniu (ogółem s. 10), obok podsumowania na tle wniosków i konkluzji wynikających z poszczególnych rozdziałów, Doktorant przedstawił 7 postulatów, w tym kilka o charakterze de lege ferenda, choć dominują postulaty natury organizacyjnej.

II. Wybór tematu recenzowanej pracy doktorskiej, ukształtowanie jej struktury oraz ukierunkowanie podstawowych wątków badawczych trzeba uznać za trafne, a nieznaczne zastrzeżenia (zob. poniżej) nie mogą uzasadniać zmiany tej korzystnej oceny. Poza oczywistą doniosłością praktyczną oraz teoretyczną problematyka zwalczania zmów przetargowych nadaje się na doktorat także ze względu na liczne trudności dowodowe i kwalifikacyjne w zakresie zwalczania tego rodzaju praktyk kartelowych oraz z uwagi na wiele problemów szczególnych wymagających objaśnienia i rzetelnego rozwiązania, nie wspominając o potrzebie poszukiwania coraz to bardziej skutecznych sposobów wykrywania, kwalifikacji i oceny szkodliwości zmów przetargowych z punktu widzenia wymierzanych sankcji. W praktyce sukcesywnie pogłębia się bowiem specyfika niedozwolonych uzgodnień przetargowych, pojawiają się coraz to nowe wyzwania urzędowo kontrolne i judykacyjne, głównie w sferze interpretacji zakazanych praktyk, nie tylko w wymiarze stosunków poddanych prawu krajowemu, lecz także w stosunkach transgranicznych. Tymczasem problematyka

charakteru poszczególnych instrumentów zwalczania praktyk ograniczających konkurencję, zwłaszcza środków administracyjnych i karnych, nadal nie jest dostatecznie doceniona w nauce, także obcej. Przetarg opiera się na jawnej i realnej konkurencji, choć sam zamawiający z nikim nie konkuruje, lecz jako organizator postępowania odpowiada za zwalczanie wszelkich przypadków nieuczciwej konkurencji między oferentami i eliminację zdarzeń choćby tylko zakłócających mechanizm konkurencji przedkontraktowej. Bezpośrednie zaangażowanie zamawiającego-organizatora przetargu lub innej procedury udzielenia w zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję nie zawsze jest skuteczne, a nie może on przecież liczyć (oczekiwać) każdorazowo na wsparcie urzędowe, poparte czynnościami kontrolno-operacyjnymi, zapewniającymi wyższą efektywność wykrywczo-dowodową. To samo dotyczy trudności w odniesieniu do wielu drugoplanowych rozwiązań, poczynając od kwestii organizacyjnych a na odpowiedzialności karno-administracyjnej (niesumiennej urzędników) oraz karnej (nieuczciwych wykonawców) kończąc. Liczne mankamenty dowodowe, a nawet kwalifikacyjne ciągle nie ustępują, stając się zarzewiem wątpliwości praktycznych i uciążliwych niepewności w orzecznictwie. Poszukiwanie efektywnych i zróżnicowanych według okoliczności sposobów rozpoznawania zagrożeń i zabezpieczania dowodów niezbędnych do eliminacji szkodliwych skutków praktyk polegających na „uzgadnianiu stawiania” do przetargu, zwłaszcza co do podstaw wykluczenia nieuczciwych wykonawców oraz odrzucenia ofert składanych w warunkach nieuczciwej konkurencji, świadczy o fazie ciągle jeszcze wstępnego rozwoju naukowego. Nie bez znaczenia jest też problematyka stosowania adekwatnych sankcji, w tym zmierzających do okresowego odsunięcia nieuczciwych konkurentów z ubiegania się o jakiekolwiek zamówienia publiczne, jeśli ich udział w szkodliwych porozumieniach został potwierdzony urzędowo na mocy stosownych decyzji organu antymonopolowego.

III. Cele rozprawy związane z możliwością zastosowania metod statystycznych ujawniania i rozpoznawania zachowań charakterystycznych dla uczestników porozumień kartelowych zostały zasadniczo osiągnięte. W szczególności Autor usystematyzował wiedzę o sposobach identyfikacji zmów przetargowych, ustalił okoliczności sprzyjające nawiązywaniu takich porozumień wraz z właściwościami podmiotowymi wyróżniającymi ich uczestników, a także podjął próbę przedstawienia metod wykrywania szkodliwych zmów w toku postępowania przetargowego, w zakończeniu pracy sformułował stosowne postulaty organizacyjne i legislacyjne. Pewien niedosyt może budzić jednak widoczna dysproporcja pomiędzy rozważaniami o zwalczaniu zmów przetargowych w drodze urzędowej (decyzyjnej) wraz z prewencyjnym wykluczeniem uczestników takich porozumień z ubiegania się o dalsze zamówienia, a ustaleniem realnych możliwości i sposobów samodzielnego reagowania zamawiającego-organizatora na szkodliwe praktyki, bezpośrednio i na bieżąco w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Także w odniesieniu do prawidłowo zarysowanych hipotez badawczych brak dostatecznego ukierunkowania (werbalnego) na wykrywanie zmów przetargowych w indywidualnych postępowaniach przedumownych. Hipoteza główna, o metodach ustalania obszarów i szacowania rozmiarów ryzyka z umowy przetargowej, w szerszym zakresie odniesienia nie nasuwa zastrzeżeń, natomiast niepotrzebnie pozbawiono ją aspektu skutecznego wykrywania (udowodnienia) i eliminacji umowy w indywidualnych przypadkach „przetargowych”, bezpośrednio przez samych zamawiających-organizatorów postępowań, tym bardziej że strategia uczestników umowy, zwłaszcza w zakresie oferowanych cen, czy stosunku

do innych warunków transakcji – jak słusznie dostrzegł Autor w ramach hipotezy szczegółowej – różni się od zachowań przedsiębiorców rzeczywiście konkurujących o zamówienie. Pewnych przykładów, doniosłych pod względem dowodowym, dostarcza orzecznictwo arbitrażowe Krajowej Izby Odwoławczej zajmującej się kontrolą czynności organizatorskich zamawiającego, gdzie stosunkowo często można spotkać sprawy ujawniające zastosowanie przez zamawiającego mieszanego sposobu ustalania in casu zmowy przetargowej (por. orzecznictwo publikowane w zeszytach urzędowych), a mianowicie z wykorzystaniem w pierwszej kolejności metod statystycznych, a następnie po bliższej analizie przypadku dalszych dowodów o bezpośrednim znaczeniu procesowym. Poza tym nierzadko złożeniu oferty z rażąco niską ceną lub w warunkach innego ewidentnego czynu nieuczciwej konkurencji, towarzyszy w tle niejawna zmowa przetargowa, pozostająca w sferze motywacji uzgodnionego ubiegania się o zamówienie, zazwyczaj wielkiej wartości, z podziałem określonych ról i korzyści związanych z realizacją kontraktu.

IV. Struktura rozprawy ukształtowana została prawidłowo. Wywody w obrębie wszystkich pięciu rozdziałów opracowania ocenić należy jako kompletne i dostatecznie doniosłe pod względem merytorycznym. Rozważania prowadzone są w sposób uporządkowany, poczynwszy od zagadnień ogólnych do bardziej szczegółowych, a każdy rozdział kończy się podsumowaniem i wnioskami. Rozdział pierwszy, stanowiący niezbędne tło względem dalszej tematyki, poświęcony został modelom konkurencji oraz jej szkodliwym ograniczeniom, z uwzględnieniem typowych praktyk zakazanych ustawowo, w tym (ostatni podrozdział) pojęciu, uwarunkowaniu, organizacji i kwestii kosztów zawiązania i utrzymywania niedozwolonej zmowy przetargowej. W drugim zaś rozdziale zawarto analizy dotyczące kwalifikacji zmowy przetargowej oraz zróżnicowanych sposobów jej zwalczania, z zastosowaniem środków z zakresu prawa zamówień publicznych, prawa antymonopolowego oraz prawa karnego, wraz z oceną spotykanych w praktyce sposobów jej kamuflażu przy składaniu ofert i odpowiednich metod wykrywania. Ponadto przedstawiono skróconą analizę możliwości nawiązania zmowy szkodliwej w ramach grupy kapitałowej lub doraźnego konsorcjum, choć ta kwestia zasługiwała na lepsze oznaczenie podrozdziału, niż „szczególne formy ubiegania się o zamówienie”, skoro pierwszoplanowe znaczenie mają nie tyle powyższe formy współpracy, ile ich nadużywanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Kolejny rozdział łączy się już bezpośrednio z objaśnieniem metod statystycznych identyfikacji zmów przetargowych, poczynwszy od przedstawienia znaczenia badań rynkowych, zwłaszcza przesiewowych, wraz z zakresem odniesienia reaktywnych oraz proaktywnych metod ujawnienia porozumień kartelowych, poprzez analizę metod strukturalnych związanych z ryzykiem zmowy uzależnionym bezpośrednio od strukturalnych czynników rynkowych do tzw. metod behawioralnych, ukierunkowanych na rozpoznawanie i badanie zachowań przedsiębiorców ubiegających się oficjalnie o zamówienia publiczne. W szczególności interesująco przedstawia się analiza różnych wskaźników rzutujących na wysoki stopień prawdopodobieństwa zakazanej zmowy, w oparciu o które można w dalszej kolejności próbować dowodzić rzeczywistego jej zaistnienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brak natomiast choćby skróconego rozwinięcia tej problematyki w kierunku potencjalnych sposobów wykrywania i udowadniania zmowy przetargowej przez indywidualnego zamawiającego, przede wszystkim w oparciu o analizę i dane wynikające z orzecznictwa. Częściowo sytuację ratują jednak ustalenia zawarte w następnym rozdziale, wynikające z przeglądu decyzji organu antymonopolowego, a także z badania ankietowego (kwestionariuszowego), którym Autor

objął urzędników samorządowych w zakresie przesłanek i częstotliwości występowania stwierdzonych zasadnie zmów przetargowych. Interesująca problematyka rozdziału czwartego dotycząca zmowy przetargowej w świetle wyników badań empirycznych, którymi objęto oficjalne sprawozdania Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych za lata 2007 – 2020 (dane ogólne), decyzje administracyjne wydawane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w latach 2004-2020 w przedmiocie zmów przetargowych (z ponad 100 postępowań antykartelowych), a także opinie z badań kwestionariuszowych przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego (kilkudziesięciu respondentów, jednak bez objaśnienia próby), choć widoczne jest pominiecie wyników postępowań sądowych uruchamianych w związku z zaskarżaniem decyzji Prezesa UOKiK. W ostatnim rozdziale zajęto się znaczeniem tzw. markerów kartelowych dla ustalenia podwyższonego ryzyka zaistnienia zmowy przetargowej w indywidualnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co może mieć duże znaczenie praktyczne przy poszukiwaniu dalszych dowodów procesowych, uzasadniających wszczęcie kontroli urzędowej, czy też surowszej weryfikacji podstaw eliminacji uczestników z ubiegania się o zamówienie publiczne, przez samego zamawiającego-organizatora przetargu. Poziom rozważań zyskałby na znaczeniu poprzez ich wzbogacenie o możliwe sposoby weryfikacji danych i innych ustaleń statystycznych przez indywidualnych zamawiających-organizatorów postępowań przedkontraktowych, zwłaszcza przy poszukiwaniu konkretnych dowodów zmowy przetargowej.

V. Przy prezentacji zagadnień objętych tematyką opracowania Autor wykazał się dostatecznym poziomem wiedzy ekonomiczno-prawnej oraz umiejętnościami jej wykorzystania przy rozwiązywaniu problemów narosłych w obrębie tej tematyki, na tyle, aby dokonać właściwej wykładni obowiązujących przepisów prawa, przedstawić w miarę rzetelnie poglądy piśmiennictwa naukowego, ustalić i wykorzystać doświadczenia urzędowo-administracyjne oraz bieżące doświadczenia praktyki gospodarczej, a także wyciągnąć stosowne wnioski. Autor przedstawił i uwzględnił zatem aktualny stan wiedzy i rozwiązał podstawowe problemy badawcze wyznaczone tematyką pracy, choć z uwagi na jej specjalistyczne ukierunkowanie zasób źródeł, zwłaszcza z zakresu literatury przedmiotu, jest ograniczony. Układ i sposób prezentacji poszczególnych wątków badawczych, z uwzględnieniem rozwiązań teoretycznych, jak i okoliczności praktycznych (dostępnych w ramach obserwacji empirycznych) dowodzi zdolności Doktoranta do naukowego pokonywania trudniejszych zagadnień ekonomiczno-prawnych, przede wszystkim z zakresu przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję.

VI. Pod względem metodologicznym praca nie budzi większych zastrzeżeń. Autor analizując poszczególne wątki tematyczne prezentuje rzetelnie stosowne ustalenia i ewentualne wyniki badań, w pierwszej kolejności w zakresie stanu normatywnego z ewentualnym wyjaśnieniem ratio legis niektórych unormowań, a następnie w miarę wyczerpująco przedstawia dorobek piśmiennictwa i praktyki, zwłaszcza urzędowej, zwracając baczną uwagę na doniosłe aspekty praktyczne. W odniesieniu zaś do trudniejszych kwestii zasadniczych stara się operować szerszymi koncepcjami, z głębszą argumentacją, a w razie rozbieżności dokonuje wyboru koncepcji optymalnej, wspierając preferowane rozwiązanie argumentacją dodatkową. Trafne podsumowania i wnioski cząstkowe, a także konkluzje i wnioski finalne oraz postulaty

organizacyjne i de lege ferenda wzbogacają istotnie recenzowane opracowanie. Autor wykazał się dobrą znajomością metod badawczych, a także sposobami ich zastosowania przy konstruowaniu opracowania. Sposób prezentacji stanu normatywnego i dorobku piśmiennictwa nie nasuwają większych zastrzeżeń. W pracy wykorzystano w miarę ważniejsze pozycje literatury polskiej i zagranicznej (ponad 200 pozycji), natomiast w niewielkim zakresie posłużono się analizą orzecznictwa (akurat przy zwalczaniu zmów przetargowych odgrywa ono dużą rolę stabilizacyjną w praktyce stosowania prawa), choćby tylko co tego, na ile metody statystyczne sprzyjające wykrywaniu i identyfikacji zmów przetargowych przyczyniły się in casu do zebrania dowodów uzasadniających wyeliminowanie uczestników z umowy z ubiegania się o zamówienie publiczne. Formułowanie ustaleń naukowo-badawczych i pozostałych wyników badań w recenzowanej pracy, a także sposoby rzetelnego wnioskowania na ich podstawie także ocenić trzeba pozytywnie. Dominują metody analityczne, zwłaszcza w odniesieniu do poruszanych rozwiązań normatywnych oraz dorobku piśmiennictwa rodzimego i obcego. Na uznanie zasługuje ponadto zastosowanie (uzupełniające) metod empirycznych, zwłaszcza w zakresie udanego przeglądu rozstrzygnięć administracyjnych Prezesa UZP oraz oceny wyników badania ankietowego (rozdz. IV). Nie bez znaczenia jest też zadowalające ujęcie metodologiczne problematyki objętej ostatnim rozdziałem pracy (V), zwłaszcza w zakresie wskaźników cenowych i markerów zachowań konkurentów wskazujących na wysoki stopień prawdopodobieństwa zaistnienia umowy przetargowej.

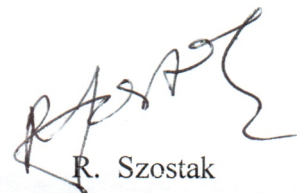
VII. Poziom rozważań zawartych w recenzowanym opracowaniu ujawnia dobre opanowanie przez Doktoranta warsztatu naukowego. W szczególności prezentowane wywody są poddawane na bieżąco poprawnej formalnie i rzeczowej argumentacji, przy umiejętnym wykorzystaniu źródeł, zwłaszcza dorobku teoretyczno-doktrynalnego. Wielokrotnie prezentowane podejście funkcjonalne wskazuje też na dobrą znajomość strony praktycznej poruszanej problematyki. W zasadzie każdemu z rozdziałów towarzyszy podsumowanie, zawierające konkluzje lub wnioski. Strona formalno-redakcyjna opracowania, a zwłaszcza w zakresie powoływania źródeł, nie budzi większych zastrzeżeń. Doktorant zastosował ponad 130 przypisów o znaczeniu źródłowym, a także (uzupełniająco) o charakterze informacyjno-wyjaśniającym, istotnie wzbogacających argumentację naukową. Usytuowanie, budowa i ukształtowanie treści tych przypisów są adekwatne do ich funkcji. Praca została napisana w miarę jasno i przystępnie, choć niektóre jej fragmenty są zbyt schematyczne lub zawierają ustalenia zasługujące na bardziej dogłębne rozwinięcie. Dotyczy to w szczególności ustaleń objętych niektórymi zestawieniami danych, zwłaszcza w formie tabelarycznej. Ponadto praca cechuje się oryginalnym stylem, poprawnością warsztatową, zachowaniem właściwej aparatury pojęciowej oraz poszanowaniem dla pozostałych wymagań formalno-warsztatowych, z wyjątkiem zaledwie kilku niedoskonałości redakcyjnych i drobnych potoknięć językowych.

VIII. Na samodzielny charakter opracowania wskazują przede wszystkim oryginalne ujęcie tematu, struktura rozprawy z jej wielowątkową tematyką, w zasadzie kompleksowe ujęcie badanych kwestii oraz przystępny sposób prezentacji poszczególnych zagadnień naukowych w ramach złożonej i trudnej pod względem naukowym problematyki. Godne podkreślenia jest ponadto trafne rozwinięcie problemu ustalania (prawdopodobieństwa) zmów przetargowych w praktyce na podstawie badań empirycznych, choć zabrakło – niestety – analizy orzecznictwa. Dodatkowo uwagę zwraca dobra znajomość teoretycznego dorobku nauk

ekonomicznych w zakresie funkcjonowania konkurencji, orientacja w piśmiennictwie, umiejętności z zakresu analizy źródłowej, w tym w odniesieniu do danych urzędowych oraz zdolności do wyciągania wniosków wynikających z przeprowadzonych ustaleń i obserwacji badawczych.

Konkluzja

Recenzowana rozprawa doktorska odpowiada standardom przewidzianym dla tego rodzaju pracy. W szczególności spełnia ona wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa, pozostając w zgodzie z dyspozycją art. 13 ust. 1 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. z 2017 r., poz. 1789, ze zm.), ponieważ stanowi samodzielne i oryginalne opracowanie, będące wynikiem badań i obserwacji własnych Autora, pozwalających na rozwiązanie wielu trudniejszych problemów dotyczących ujawniania zmów przetargowych, z uwzględnieniem obowiązujących dyspozycji normatywnych, aktualnego stanu wiedzy naukowej, poglądów organów stosowania prawa i doświadczeń praktyki, a ponadto odzwierciedla dostateczną wiedzę teoretyczną Magistra Łukasza Ziarko, zwłaszcza z zakresu ochrony konkurencji. Pomimo paru zastrzeżeń recenzowana praca może być podstawą końcowych czynności przewodu doktorskiego.



R. Szostak