

ZMOWY PRZETARGOWE W PRAWIE OCHRONY KONKURENCJI I PRAWIE KARNYM

Grzegorz Materna

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

ZMOWY PRZETARGOWE W PRAWIE OCHRONY KONKURENCJI I PRAWIE KARNYM

Grzegorz Materna

MONOGRAFIE

Stan prawny na 1 sierpnia 2016 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Marek Szydło

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne

Agata Czuj

Łamanie

Wolters Kluwer

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN 978-83-264-9085-9

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przykopa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów / 17

Wprowadzenie / 21

Rozdział I

Znaczenie konkurencyjnych przetargów dla obrotu gospodarczego / 43

1. Wprowadzenie / 43
2. Przetarg w obrocie gospodarczym / 45
 - 2.1. Wprowadzenie / 45
 - 2.2. Przetarg jako tryb zawierania umów w świetle przepisów prawa cywilnego / 45
 - 2.3. Przetarg jako mechanizm realizacji zadań publicznych / 47
 - 2.3.1. Przepisy o zamówieniach publicznych / 48
 - 2.3.2. Wybrane inne źródła przetargów / 49
3. Znaczenie (uczciwej) konkurencji dla realizacji celów przetargów / 54
 - 3.1. Wprowadzenie / 54
 - 3.2. Konkurencyjność przetargu w świetle kodeksu cywilnego / 55
 - 3.3. Uczciwa konkurencja jako ogólna zasada prawa zamówień publicznych / 57
 - 3.3.1. Prawo Unii Europejskiej / 60
 - 3.3.2. Prawo polskie / 63
 - 3.4. Konkurencja jako uzasadnienie procedur przetargowych przewidzianych w innych przepisach prawa publicznego / 76
4. Ograniczenie konkurencji w przetargach jako aktualny problem dla prawidłowego obrotu gospodarczego w Polsce / 78
5. Wnioski / 92

Rozdział II

Przedmiot ochrony w sprawach zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 95

1. Wprowadzenie / 95
2. Przedmiot ochrony w sprawach zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji / 96
 - 2.1. Główny cel prawa ochrony konkurencji / 96
 - 2.2. Inne cele realizowane przez prawo ochrony konkurencji / 98
 - 2.3. Sprzeczność zmów przetargowych z celami prawa ochrony konkurencji / 100
3. Przedmiot ochrony w sprawach zmów przetargowych w prawie karnym / 100
 - 3.1. Rodzajowy przedmiot ochrony / 100
 - 3.2. Indywidualny przedmiot ochrony / 103
4. Porównanie przedmiotów ochrony w sprawach zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 104
 - 4.1. Podobieństwa przedmiotów ochrony / 105
 - 4.2. Różnice przedmiotów ochrony / 107
5. Wnioski / 109
 - 5.1. Częściowa zbieżność przedmiotu ochrony w sprawach zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 109
 - 5.2. Konsekwencje zbieżności przedmiotu ochrony między prawem ochrony konkurencji i prawem karnym dla interpretacji art. 305 k.k. / 110
 - 5.3. Potrzeba modyfikacji znamion bezprawności w art. 305 k.k. / 112

Rozdział III

Pojęcia przetargu i przetargu publicznego na gruncie prawa ochrony konkurencji i prawa karnego / 116

1. Wprowadzenie / 116
2. Przetarg i przetarg publiczny w przepisach prawa / 117
3. Znaczenie pojęcia przetargu dla zakresu zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji / 121

- 3.1. Pojęcie przetargu / **121**
- 3.2. Przetarg a inne sposoby wyboru oferty w doktrynie i orzecznictwie / **122**
- 3.3. Przetarg a inne sposoby wyboru oferty – stanowisko własne / **125**
 - 3.3.1. Aukcja / **125**
 - 3.3.2. Licytacja elektroniczna / **127**
 - 3.3.3. Zapytanie o cenę / **128**
 - 3.3.4. Dialog konkurencyjny / **129**
 - 3.3.5. Negocjacje z ogłoszeniem oraz bez ogłoszenia / **129**
 - 3.3.6. Zamówienia z wolnej ręki / **131**
 - 3.3.7. Partnerstwo innowacyjne / **132**
 - 3.3.8. Podsumowanie / **134**
- 4. Znaczenie pojęcia przetargu publicznego dla zakresu karalności zmów przetargowych w prawie karnym / **135**
 - 4.1. Pojęcie przetargu / **135**
 - 4.2. Pojęcie przetargu publicznego / **137**
 - 4.3. Pojęcie przetargu publicznego – stanowisko własne / **141**
- 5. Wnioski / **143**
 - 5.1. Wnioski dotyczące pojęcia przetargu w prawie ochrony konkurencji / **144**
 - 5.1.1. Postulat interpretacyjny / **144**
 - 5.1.2. Wnioski *de lege ferenda* / **145**
 - 5.2. Wnioski dotyczące pojęcia przetargu publicznego w prawie karnym / **146**
 - 5.2.1. Postulat interpretacyjny / **146**
 - 5.2.2. Wnioski *de lege ferenda* / **146**
 - 5.2.3. Zakres kryminalizacji zmów przetargowych a przetargi prywatne / **149**

Rozdział IV

Zachowania objęte zakresem zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 151

- 1. Wprowadzenie / **151**
- 2. Zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję jako znamię z umowy przetargowej w prawie ochrony konkurencji / **152**
 - 2.1. Wprowadzenie / **152**

- 2.2. Porozumienie / **154**
- 2.3. Porozumienia ograniczające konkurencję / **160**
 - 2.3.1. Ograniczenie konkurencji na rynku właściwym / **160**
 - 2.3.2. Ograniczenie konkurencji a relacje wewnątrzzorganizacyjne / **165**
 - 2.3.3. Cel lub skutek ograniczenia konkurencji / **167**
 - 2.3.4. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję / **175**
- 2.4. Zmowa przetargowa w świetle zakazu porozumień ograniczających konkurencję / **180**
 - 2.4.1. „Kartelowe” zminy przetargowe w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. / **183**
 - 2.4.2. „Wertykalne” zminy przetargowe w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. / **190**
 - 2.4.3. „Kooperacyjne” porozumienia przetargowe w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. / **193**
 - 2.4.3.1. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia / **194**
 - 2.4.3.2. Podwykonawstwo / **197**
 - 2.4.3.3. Korzystanie z potencjału (zasobów) osoby trzeciej / **199**
 - 2.4.3.4. Antymonopolowa ocena „kooperacyjnych” porozumień przetargowych / **203**
 - 2.4.4. Inne niż art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. podstawy kwalifikacji zakazanych porozumień przetargowych / **218**
 - 2.4.4.1. Prawo polskie / **218**
 - 2.4.4.2. Prawo Unii Europejskiej / **220**
 - 2.4.5. Ocena aktualnego podejścia do zmwów przetargowych w świetle zakazu porozumień ograniczających konkurencję – ograniczenie konkurencji ze względu na cel czy skutek? / **230**
 - 2.4.5.1. Uzgodnienia przetargowe niepowodujące ograniczenia konkurencji / **236**
 - 2.4.5.2. Uzgodnienia przetargowe ograniczające konkurencję ze względu na cel / **240**

- 2.4.5.3. Uzgodnienia przetargowe ograniczające konkurencję ze względu na skutek / **247**
 - 2.4.5.4. Porozumienia ograniczające konkurencję podlegające wyłączeniu spod zakazu / **248**
- 3. Wejście w porozumienie na szkodę beneficjenta przetargu jako znamię zmywy przetargowej w prawie karnym / **250**
 - 3.1. Wprowadzenie / **250**
 - 3.2. Wejście w porozumienie / **253**
 - 3.2.1. Wejście w porozumienie a współsprawstwo / **253**
 - 3.2.2. Wejście w porozumienie jako dokonanie uzgodnień / **256**
 - 3.2.3. Brak wymogów co do formy zawarcia porozumienia / **257**
 - 3.3. Treść porozumienia / **259**
 - 3.3.1. Różnice między znamionami zmywy przetargowej w art. 305 § 1 i 2 k.k. / **259**
 - 3.3.2. Przebieg przetargu jako przedmiot porozumienia / **260**
 - 3.3.3. Treść porozumienia a rodzaje uczestników porozumienia / **260**
 - 3.3.4. Treść porozumienia a inne typy przestępstw określone w art. 305 k.k. / **262**
 - 3.3.5. Trudności w ustaleniu treści bezprawnego porozumienia przetargowego / **264**
 - 3.3.6. Rola regulacji pozakarnych w odtwarzaniu zakresu kryminalizacji zmyw przetargowych / **266**
 - 3.4. Przesłanka działania na szkodę beneficjenta przetargu / **273**
 - 3.4.1. Pojęcie szkody / **273**
 - 3.4.2. Charakter i rozmiar szkody / **274**
 - 3.4.3. Działanie na szkodę podmiotów innych niż beneficjent przetargu / **276**
 - 3.4.4. Przesłanka działania na szkodę beneficjenta przetargu a wyrządzenie szkody / **277**
- 4. Zachowania objęte zakresem zakazu zmyw przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym – podobieństwa i różnice / **281**
 - 4.1. Pojęcie porozumienia / **281**

- 4.2. Treść porozumienia / **283**
- 4.3. Cel porozumienia / **286**
- 5. Wnioski / **286**

Rozdział V

Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 295

- 1. Wprowadzenie / **295**
- 2. Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji / **296**
 - 2.1. Przedsiębiorca jako podmiot odpowiedzialności antymonopolowej / **296**
 - 2.2. Odpowiedzialność przedsiębiorców za działania osób fizycznych będących ich reprezentantami / **303**
 - 2.3. Odpowiedzialność antymonopolowa uczestników i organizatorów przetargu / **304**
 - 2.4. Odpowiedzialność antymonopolowa a powiązania między przedsiębiorcami / **307**
 - 2.5. Osoba zarządzająca jako podmiot odpowiedzialności antymonopolowej / **313**
- 3. Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w prawie karnym / **317**
 - 3.1. Osoba fizyczna jako podmiot odpowiedzialności prawnokarnej / **318**
 - 3.2. Różnorodność ról pełnionych w związku z przetargiem przez podmioty odpowiedzialności karnej z tytułu umowy przetargowej / **319**
 - 3.3. Problem porozumień zawieranych przez reprezentantów przedsiębiorców lub innych podmiotów mogących oddziaływać na przebieg przetargu / **321**
 - 3.4. Podmiot zbiorowy jako podmiot odpowiedzialności za czyny zabronione pod groźbą kary / **323**
- 4. Podobieństwa i różnice zakresów podmiotowych zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym / **328**
 - 4.1. Udział w porozumieniu podmiotów niebędących przedsiębiorcami / **328**

- 4.2. Udział w porozumieniu osób fizycznych będących przedsiębiorcami / **329**
- 4.3. Udział w porozumieniu osób fizycznych działających na rzecz przedsiębiorców / **330**
- 4.4. Udział w porozumieniu organizatora przetargu / **331**
- 4.5. Udział w porozumieniu osób nieuczestniczących w przetargu / **332**
- 4.6. Porozumienia „wewnątrzzorganizacyjne” / **333**
- 4.7. Problem odpowiedzialności następczej podmiotów zbiorowych / **334**
- 5. Wnioski / **335**
 - 5.1. Ujęcie podmiotu naruszenia w prawie ochrony konkurencji / **335**
 - 5.2. Ujęcie podmiotu naruszenia w prawie karnym / **337**
 - 5.3. Konsekwencje podobieństwa podmiotowych zakresów zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / **338**

Rozdział VI

Subiektywne przesłanki odpowiedzialności za zmwę przetargową w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 340

- 1. Wprowadzenie / **340**
- 2. Subiektywne przesłanki odpowiedzialności za zmwę przetargową w prawie ochrony konkurencji / **341**
 - 2.1. Obiektywny charakter odpowiedzialności przedsiębiorcy z tytułu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję / **341**
 - 2.2. Co najmniej nieumyślne naruszenie jako warunek nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej z tytułu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję / **342**
 - 2.3. Umyślność jako warunek antymonopolowej odpowiedzialności osoby zarządzającej / **344**
 - 2.4. Ujęcie strony podmiotowej w unijnym prawie ochrony konkurencji / **346**
- 3. Subiektywne przesłanki odpowiedzialności za zmwę przetargową w prawie karnym / **347**

- 3.1. Umysłność lub nieumyślność jako znamiona charakteryzujące stronę podmiotową czynu zabronionego w prawie karnym / **347**
- 3.2. Znamiona charakteryzujące stronę podmiotową umowy przetargowej w prawie karnym / **349**
- 3.3. Przesłanki odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary / **351**
- 4. Wnioski / **353**

Rozdział VII

Wielość podstaw odpowiedzialności za z umowy przetargowe w świetle zasady *ne bis in idem* oraz zasady proporcjonalności / 355

- 1. Wprowadzenie / **355**
- 2. Źródła zasady *ne bis in idem* w świetle prawa międzynarodowego i krajowego / **356**
 - 2.1. Prawnomiędzynarodowe źródła zasady *ne bis in idem* / **357**
 - 2.2. Źródła zasady *ne bis in idem* w prawie Unii Europejskiej / **358**
 - 2.3. Źródła zasady *ne bis in idem* w prawie polskim / **362**
- 3. Zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* / **364**
 - 3.1. Zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* w świetle europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności / **364**
 - 3.2. Zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* w świetle prawa Unii Europejskiej / **369**
 - 3.3. Zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* jako polskiej zasady konstytucyjnej / **371**
 - 3.4. Zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* w odniesieniu do mechanizmów ochrony przed umowami przetargowymi / **375**
- 4. Treść zasady *ne bis in idem* / **381**
 - 4.1. Znaczenie pojęcia *idem* / **382**
 - 4.2. Znaczenie pojęcia *bis* / **385**
- 5. Zbieg podstaw odpowiedzialności za umowy przetargowe w świetle zasady *ne bis in idem* / **386**
 - 5.1. Warianty dublowania odpowiedzialności wskutek zastosowania przepisów krajowych / **388**

- 5.1.1. Dublowanie odpowiedzialności przedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi / **388**
 - 5.1.2. Dublowanie odpowiedzialności przedsiębiorców będących osobami fizycznymi / **390**
 - 5.1.3. Dublowanie odpowiedzialności osoby fizycznej niebędącej przedsiębiorcą, mającej status osoby zarządzającej w rozumieniu art. 4 pkt 3a u.o.k.k. / **393**
- 5.2. Warianty dublowania odpowiedzialności wskutek zastosowania przepisów prawa Unii Europejskiej / **394**
 - 5.2.1. Dublowanie odpowiedzialności jednostek organizacyjnych mających status podmiotu zbiorowego oraz przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE / **394**
 - 5.2.2. Dublowanie odpowiedzialności przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 TFUE będących osobami fizycznymi / **395**
 - 5.2.3. Dublowanie odpowiedzialności przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 TFUE mających również status przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów / **396**
 - 5.2.4. Dublowanie odpowiedzialności przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 TFUE wskutek zastosowania wyłącznie przepisów unijnego prawa konkurencji / **397**
- 5.3. Obszary, w których nie dochodzi do dublowania odpowiedzialności / **404**
- 5.4. Kwalifikacja zbiegu podstaw odpowiedzialności za zwały przetargowe w świetle zasady *ne bis in idem* / **406**
- 6. Zbieg podstaw odpowiedzialności za zwały przetargowe w świetle zasady proporcjonalności / **408**
- 7. Eliminacja niekonstytucyjnego zbiegu podstaw odpowiedzialności w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz propozycji doktryny i projektów legislacyjnych / **411**
 - 7.1. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego / **411**
 - 7.2. Propozycje doktryny i projekty legislacyjne / **415**
- 8. Wnioski / **423**

- 8.1. Wnioski z rozważań dotyczących wielości podstaw odpowiedzialności z tytułu zamów przetargowych / **423**
- 8.2. Eliminacja zbiegu podstaw odpowiedzialności z tytułu zamów przetargowych – uwagi *de lege ferenda* i wnioski *de lege lata* / **428**
 - 8.2.1. Założenia proponowanych zmian / **428**
 - 8.2.2. Propozycje zmian legislacyjnych i wnioski *de lege lata* / **432**

Rozdział VIII

Podsumowanie – wnioski oraz propozycje interpretacyjne i legislacyjne / 448

- 1. Wprowadzenie / **448**
 - 1.1. Waga problematyki zamów przetargowych oraz prawnych instrumentów przeciwdziałania tym praktykom / **448**
 - 1.2. Wielotorowość prawnej interwencji służącej przeciwdziałaniu znikom przetargowym / **450**
- 2. Zakres odpowiedzialności z tytułu zamów przetargowych / **451**
 - 2.1. Wnioski z analizy zagadnienia / **452**
 - 2.2. Propozycje interpretacyjne i legislacyjne / **457**
 - 2.2.1. Pojęcie przetargu na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. / **459**
 - 2.2.2. Pojęcie przetargu publicznego na gruncie art. 305 k.k. / **460**
 - 2.2.3. Konstrukcja przestępnej zmywy przetargowej / **462**
 - 2.2.4. Przesłanka narażenia na szkodę beneficjenta przetargu publicznego na gruncie art. 305 k.k. / **463**
 - 2.2.5. Sposób oceny zamów przetargowych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów / **464**
- 3. Wielość podstaw odpowiedzialności z tytułu zamów przetargowych / **469**
 - 3.1. Wnioski z analizy zagadnienia / **469**
 - 3.2. Propozycje interpretacyjne i legislacyjne / **472**
 - 3.2.1. Założenia formułowanych propozycji / **472**

3.2.2.	Zbieg odpowiedzialności antymonopolowej z odpowiedzialnością karną lub odpowiedzialnością podmiotów zbiorowych / 473
3.2.3.	Artykuł 6 u.o.p.z. / 475
3.2.4.	Zbieg odpowiedzialności tzw. osób zarządzających / 475
3.2.5.	Zbieg odpowiedzialności przy stosowaniu prawa Unii Europejskiej / 476
4.	Wniosek końcowy / 477
	Bibliografia / 479
	Orzecznictwo / 495

Wykaz skrótów

Akty prawne

- EKPC** europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.)
- k.k.** ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.k.s.** ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186 z późn. zm.)
- k.p.k.** ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- k.r.o.** ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2082 z późn. zm.)
- k.s.h.** ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.)
- k.w.** ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm.)
- KPP** Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 389)

Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164)
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 47)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 13)
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2)
u.g.n.	ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1774 z późn. zm.)
u.o.k.k.	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.)
u.o.p.z.	ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212 z późn. zm.)
u.s.d.g.	ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.)
u.s.u.s.	ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 121 z późn. zm.)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Periodyki

CPKiNP	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
iKAR	internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
KZS	Krakowskie Zeszyty Sądowe
Mon. Praw.	Monitor Prawniczy
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNAPiUS	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna. Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy
OSNwSK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A
OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
Pr. Sp.	Prawo Spółek
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	Prawo Zamówień Publicznych
RPEIS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
YARS	Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies
Zam. Pub. Dor.	Zamówienia Publiczne. Doradca

Inne

ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
SA	sąd apelacyjny
SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	Sąd Najwyższy
SOKiK	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
TK	Trybunał Konstytucyjny
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Wprowadzenie

1. Uwagi wprowadzające

Zmowy przetargowe należą do najistotniejszych zagrożeń prawidłowego przebiegu przetargów. Eliminują korzyści, jakie niesie wybór kontrahenta w wyniku prawidłowo przeprowadzonej procedury przetargowej, w oparciu o przejrzyste, obiektywne kryteria, z poszanowaniem zasad konkurencji. Zmowy przetargowe nie tylko naruszają indywidualne interesy organizatorów przetargów i ich uczestników niepozostających w zmowie. Stanowią również istotny problem gospodarki z uwagi na powszechność tej formy zawierania umów¹ oraz znaczącą wartość transakcji objętą przetargami².

Podstawowym celem umowy przetargowej jest wpłynięcie na wynik przetargu: spowodowanie zwycięstwa uzgodnionego oferenta lub uzyskanie przedmiotu przetargu przez zwycięskiego oferenta na określonych, korzystnych dla niego warunkach³. Instrumentem do osiągnięcia tego celu może być uzgodnienie przez podmioty gospodarcze sposobu postępowania w przetargu, w tym uzgodnienie warunków (np. cen) składanych ofert, lub uzgodnienie niezłożenia przez niektóre podmioty ofert w przetargu, w któ-

¹ Przetargi są wykorzystywane zarówno w relacjach między podmiotami prawa prywatnego, na podstawie przepisów prawa cywilnego, jak i do realizacji celów publicznych, przede wszystkim w systemie zamówień publicznych.

² Wartość rynku zamówień publicznych stanowiła w Polsce w ostatnich kilku latach od 7,72% do 9% produktu krajowego brutto. Zob. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.*, Warszawa, maj 2015, s. 7 i 29; *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, Warszawa, maj 2014, s. 7 i 27.

³ Np. zwycięzca postępowania o zamówienie publiczne uzyska je za możliwie wysokie wynagrodzenie.

rym uzgodniony został inny zwycięzca. Zmowy przetargowe mogą wiązać się też z zachowaniami korupcyjnymi, gdy osoby mające wpływ na wynik przetargu – w zamian za korzyści majątkowe lub inne – podejmują działanie lub dopuszczają się zaniechań mających ułatwić zwycięstwo uzgodnionego podmiotu.

O potrzebie gruntownego opracowania zagadnień dotyczących przeciwdziałania znikom przetargowym świadczy aktualność tej problematyki oraz jej znaczenie z punktu widzenia gospodarki. Rzeczywista skala procederu i strat powodowanych zawieraniem zóm przetargowych nie jest znana z uwagi na zazwyczaj tajny charakter tych praktyk. Dane i analizy instytucji zajmujących się tą problematyką przekonują jednak do tezy o realności zagrożenia tymi praktykami. Niedawny, zlecony przez Europejski Urząd do spraw Zwalczenia Nadużyć Finansowych (OLAF) raport wskazuje na to, że zminy przetargowe stanowią rodzaj nieprawidłowości w zakresie zamówień publicznych, którego ryzyko wystąpienia należy do największych⁴. Waga problemu zóm przetargowych w polskiej gospodarce dostrzegana jest też w oficjalnych dokumentach kształtujących politykę gospodarczą państwa⁵.

Warto odnotować, że zminy przetargowe stwierdzone w postępowaniach o zamówienie publiczne współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej mogą powodować czasowe wstrzymanie finansowania ze środków unijnych lub nawet konieczność zwrotu tych środków przez beneficjenta⁶. Przy braku

⁴ „Identyfikowanie i ograniczanie korupcji w zamówieniach publicznych w UE – Opracowanie metodyki w celu oszacowania bezpośrednich kosztów korupcji i innych elementów mechanizmu oceny UE w obszarze zwalczania korupcji”, 30.06.2013 r. Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf. Szerzej zob. także rozdział pt. „Znaczenie konkurencyjnych przetargów dla obrotu gospodarczego”, pkt 4.

⁵ Zob. przyjmowane przez Radę Ministrów dokumenty kształtujące politykę gospodarczą w zakresie rozwoju konkurencji: Polityka konkurencji na lata 2011–2013, Warszawa 2011, poziom I, obszar A, priorytet 1, dokument dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/kompetencje_prezesa_uokik.php; Polityka ochrony konkurencji i konsumentów, Warszawa 2015, s. 32–34, dokument dostępny pod adresem: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11907.

⁶ Zob. np. art. 4 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (Dz. Urz. WE L 312 z 23.12.1995 r., s. 1); art. 2 pkt 36 rozporządzenia Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu

innych źródeł finansowania może to oznaczać konieczność całkowitej rezygnacji z realizacji danego zamówienia. Dodać należy, że w wymiarze praktycznym do czasowego wstrzymania przez Komisję Europejską finansowania ze środków unijnych doszło w odniesieniu do organizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad i współfinansowanych z funduszy UE przetargów na budowę autostrad. Powodem zaś było postawienie zarzutów w procesie karnym osobom mającym w warunkach z umowy wpływać na przebieg tych przetargów⁷.

Podkreślenia wymaga, że problematyka przeciwdziałania znikom przetargowym nie może być utożsamiana wyłącznie z przetargami organizowanymi w systemie zamówień publicznych⁸. Problem porozumień negatywnie oddziałujących na realizację proefektywnościowych celów przetargów ujawnia się również w tzw. przetargach prywatnych, organizowanych na podstawie przepisów prawa cywilnego, a także w nieobjętych systemem zamówień publicznych przetargach realizujących cele publiczne⁹. Jak zarazem zostanie przedstawione w niniejszej pracy, szczególną wagę przywiązuje się przede

Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., s. 320). Por. też pkt 94 zalecenia Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko nr 18/2013 z dnia 6 lutego 2013 r. dotyczące zapobiegania, identyfikowania i reagowania w przypadku symptomów oszustw w szczególności w zakresie zmw cenowych przy wdrażaniu projektów programu „Infrastruktura i Środowisko”. Dokument dostępny pod adresem: http://www.pois.2007-2013.gov.pl/Dokumenty/Wzorydokumentow/Strony/przeplywy_finansowe.aspx.

⁷ Na ten temat zob. m.in. publikacje prasowe: V. Krasnowska-Saustowicz, *Zmowa cenowa na polskich drogach? Operacja 'Bielizna'*, Newsweek Polska, artykuł dostępny pod adresem: <http://biznes.newsweek.pl/zmowa-cenowa-na-polskich-drogach-operacja-bielizna-99131,1,1.html>; B. Wróblewski, *Zmowa przy przetargach drogowych. Operacja ABW 'Rydwan'*, Gazeta Wyborcza, artykuł dostępny pod adresem: http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,12983958,Zmowa_przy_przetargach_drogowych__Operacja_ABW__Rydwan_.html.

⁸ Podstawowym aktem prawnym regulującym funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w Polsce jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). W monografii uwzględniono zmiany wprowadzone do prawa zamówień publicznych na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

⁹ Przykładowe rozstrzygnięcie dotyczące z umowy przetargowej zawartej poza systemem zamówień publicznych, zob. decyzja Prezesa UOKiK nr RBG-47/2013 z dnia 31 grudnia 2013 r.; wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 8 września 2014 r. (VIII K 1801/13), niepubl.

wszystkim do zwiększania skuteczności zwalczania zmów przetargowych w systemie zamówień publicznych¹⁰.

Negatywne oddziaływanie zmów przetargowych dotyczy więc przetargów organizowanych na podstawie różnych reżimów prawnych. Ma ono też wiele wymiarów. Dotyka interesów podmiotów zaangażowanych w przetarg, a zarazem godzi w interes publiczny, naruszając dobro, jakim w gospodarce rynkowej jest prawidłowe funkcjonowanie mechanizmu konkurencji¹¹, w tym prawidłowy przebieg przetargów, zagrażając prawidłowemu wydatkowaniu środków publicznych. Co ciekawe, wśród podmiotów, których interesy zostają bezpośrednio naruszone przez zmowy przetargowe, znajdują się instytucje publiczne zaangażowane w zwalczanie tych praktyk. Sztandarowym tego przykładem jest proces o odszkodowanie, jaki przed belgijskim sądem wytoczyła Komisja Europejska, w imieniu instytucji unijnych poszkodowanych wskutek działania kartelu dokonującego uzgodnień w przetargach dotyczących sprzedaży i instalacji wind i schodów ruchomych¹², który to kartel wcześniej był przedmiotem decyzji teje Komisji Europejskiej¹³.

¹⁰ Zob. rozdział „Pojęcia przetargu i przetargu publicznego na gruncie prawa ochrony konkurencji i prawa karnego”, pkt 5.2.2.

¹¹ Silna polityka ochrony konkurencji postrzegana jest jako fundament społecznej gospodarki rynkowej. Zob. J. Ciapała, *Pojmowanie wolności przedsiębiorczości w kontekście współczesnych uwarunkowań*, PiP 2015, z. 2, s. 14.

¹² Szerzej na temat tej sprawy zob. np. M. Favart, *The European Commission claims damages for lifts and escalators cartel before Brussels Commercial Court*, Art. N° 44765, e-Competitions Bulletin 2008, September; P. Elliott, *The Brussels Commercial Court dismisses European Union's damages claim in lifts and escalators cartel case*, Art. N° 70810, e-Competitions Bulletin 2014, November; A. Maton, *The European Commission appeals a Belgian Court's judgement in a cartel damages case*, Art. N° 72562, e-Competitions Bulletin 2014, December; N. Hauger, C. Palzer, *Investigator, Prosecutor, Judge... and Now Plaintiff? The Leviathanian Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights*, World Competition 2013, vol. 36, Issue 4.

¹³ Decyzja Komisji z dnia 21 lutego 2007 r. w sprawie COMP/E-1/38.823, *Elevators and Escalators*, C (2007) 512 final, Dz. Urz. UE C 75 z 26.03.2008 r., s. 19–24 (summary decision). Por. rozdział „Zachowania objęte zakresem zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym”, pkt 2.4.4.2.

2. Zmowy przetargowe jako przedmiot regulacji antymonopolowej i prawnokarnej

Przedmiotem pracy jest problematyka zmów przetargowych z perspektywy przepisów prawa ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego) i prawa karnego. Uzasadnieniem przyjęcia takiej płaszczyzny rozważań jest zbieżna rola wymienionych gałęzi prawa: zostały w nich sformułowane materialno-prawne podstawy odpowiedzialności z tytułu porozumień nieuczciwie oddziałujących na przebieg przetargów i ich wyniki. Prawo antymonopolowe i karne stanowią zatem różne płaszczyzny przeciwdziałania zmomom przetargowym, ich wykrywania i zwalczania. Wynika stąd zarazem równoległe funkcjonowanie w różnych gałęziach prawa podstaw penalizacji zbieżnych rodzajów zachowań. W naturalny sposób rodzi to pytania o kształt tych unormowań (zakres penalizacji, podobieństwa i rozbieżności w tym względzie) oraz o ich adekwatność, w tym o ich zgodność z fundamentalnymi zasadami prawa, takimi jak zasada *ne bis in idem* oraz zasada proporcjonalności.

2.1. Zmowy przetargowe jako przedmiot regulacji antymonopolowej

Jedną z płaszczyzn analizy przyjętych w niniejszej monografii są przepisy prawa ochrony konkurencji. Tematyka przeciwdziałania zmomom przetargowym w naturalny sposób wiąże się z tymi uregulowaniami, których jedną z funkcji jest zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję. Zmowy przetargowe są zorientowane na zniekształcenie lub eliminację konkurencji w przetargach. Prawo ochrony konkurencji służy zaś zapewnieniu, by obrót gospodarczy rozwijał się dzięki konkurencji między jego profesjonalnymi uczestnikami (przedsiębiorcami). Z tej perspektywy przeciwdziała zagrożeniom w rozwoju rynku wynikającym z niedozwolonych porozumień zawieranych w konspiracji przez przedsiębiorców. Zmowy przetargowe są w prawie antymonopolowym uznawane za rodzaj zakazanych porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Porozumienia ograniczające konkurencję w polskim prawie stanowią delikt administracyjny sformułowany w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Zmowy przetargowe stanowią jego szczególną kategorię, zdefiniowaną w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. jako porozumienia

między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu oraz między tymi przedsiębiorcami i przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu, polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub oferowanej ceny.

Przeciwdziałaniu znikom przetargowym ujawniającym się na terenie Polski służą również normy mające źródło w prawie Unii Europejskiej. Podstawowe znaczenie ma wśród nich sformułowany w art. 101 ust. 1 TFUE zakaz porozumień mogących wpływać na handel między państwami członkowskimi UE, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. Prawo unijne wraz z prawem krajowym tworzy dwa podsystemy prawa ochrony konkurencji¹⁴. Praktyki ograniczające konkurencję, w tym również zmony przetargowe, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE¹⁵, egzekwowane są zarówno przez Komisję Europejską i sądy europejskie, jak i przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich i krajowe sądy¹⁶.

¹⁴ Według jednego poglądu polskie (krajowe) i europejskie przepisy o ochronie konkurencji to dwa elementy (podsystemy) składające się na jeden obowiązujący w polskiej przestrzeni gospodarczej system prawa ochrony konkurencji. Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 315. Inaczej zob. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 276.

¹⁵ W sprawie pojęcia „wpływ na handel między państwami członkowskimi” zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, PUG 2008, nr 2, s. 24 i n.

¹⁶ Art. 3 rozporządzenia Rady (WE) z dnia 16 grudnia 2002 r. nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz. Urz. WE L 1 z 4.01.2003 r., s. 1). Szerzej na ten temat zob. m.in. C. Banasiński, M. Bychowska, *Kompetencje decyzyjne Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK wynikające z rozporządzenia rady UE nr 1/2003 w świetle zasady równoległego stosowania wspólnotowego i krajowego prawa antymonopolowego*, PPH 2009, nr 3, s. 4–9; M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wpływ reformy wspólnotowego prawa konkurencji (rozporządzenia nr 1/2003/WE) na system prawa wewnętrznego państw Unii Europejskiej*, w tym Polski (w:) C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006, s. 160–171; M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006; T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1.05.2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i nr 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji konsumentów z 2004 r.)*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2004, nr 2, s. 151–181.

Wskazać należy zarazem, że w przyjętym w prawie polskim modelu publicznoprawnego wdrażania reguł konkurencji zakaz praktyk ograniczających konkurencję, w tym zμών przetargowych, egzekwuje wyspecjalizowany organ administracji: Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁷, łączący funkcje wykrywcze (dochodzeniowe) i orzecznicze (decyzyjne). Podobnie w prawie unijnym, organem właściwym w sprawie egzekwowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest Komisja Europejska. W różnych jurysdykcjach organom powołanym do ochrony konkurencji może być jednak nadawany różny charakter (administracyjny, sądowy lub mieszany). Mogą one też działać w oparciu o różne modele prowadzenia postępowania i nakładania sankcji. Funkcje wykrywcze (dochodzeniowe) i orzecznicze (decyzyjne) mogą być skupione w jednym organie lub dzielone między odrębne organy¹⁸.

2.2. Zmowy przetargowe jako przedmiot regulacji prawnokarnej

Kolejną płaszczyzną analizy przyjętą w niniejszej monografii są przepisy prawa karnego. Zmowy przetargowe są poddane kryminalizacji jako praktyki sprzeciwiające się prawidłowej realizacji i rzetelnemu przebiegowi przetargów, łączące się niejednokrotnie z praktykami o charakterze korupcyjnym. W konsekwencji uznawane są za kategorię praktyk naruszających takie zasady prawidłowego obrotu gospodarczego, jak prowadzenie działalności gospodarczej w oparciu o zasady uczciwej konkurencji i w zgodzie z dobrymi obyczajami. Obrót gospodarczy, którego jedną z instytucji jest przetarg, należy do dóbr, których ochrona poddawana jest uregulowaniom prawnokarnym. W obowiązującym stanie prawnym przestępstwom przeciwko obrotowi gospodarczemu poświęcony jest rozdział XXXVI kodeksu karnego. Przestępczość związana z obrotem gospodarczym jest też uregulo-

¹⁷ Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów (art. 29 ust. 1 u.o.k.k.).

¹⁸ Szerzej na temat modeli wdrażania prawa ochrony konkurencji zob.: T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, z. 2, s. 77–98; M. Bernatt, T. Skoczny, *Publicznoprawne wdrażanie reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?* (w:) H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 1–14; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 42–43.

wana poza tym rozdziałem kodeksu karnego, w tym w pozakodeksowym prawie karnym¹⁹.

Wśród przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu określonych w rozdziale XXXVI kodeksu karnego usytuowany jest art. 305, wprowadzający karalność zmów przetargowych obok innych typów zachowań wymierzonych w prawidłowość i rzetelność funkcjonowania instytucji przetargu. Przedmiotem kryminalizacji są przy tym wyłącznie zachowania ingerujące w tzw. przetargi publiczne. Na podstawie art. 305 k.k. karalne jest „wejście w porozumienie z inną osobą” jako jedna spośród wielu form działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg publiczny jest dokonywany. Inne karalne formy działania to udaremnianie i utrudnianie przetargu publicznego²⁰, a także rozpowszechnianie informacji i przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego²¹. Przestępstwa zakłócania przetargu publicznego są ścigane z oskarżenia publicznego, jeżeli pokrzywdzonym jest Skarb Państwa, a w pozostałych przypadkach na wniosek pokrzywdzonego²².

Analiza regulacji prawa karnego penalizujących czyny osób fizycznych zakłócające przetargi publiczne wymaga także uwzględnienia norm stanowiących prawną podstawę odpowiedzialności tzw. podmiotów zbiorowych za czyny osób fizycznych zabronione jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Wprowadzająca ten rodzaj odpowiedzialności ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary zawiera katalog czynów obejmujący

¹⁹ Obszerny przegląd uregulowań obowiązujących w przywoływanym zakresie zob. R. Zawłocki (red.), *System prawa handlowego*, t. 10, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2012.

²⁰ W świetle art. 305 § 1 k.k. podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

²¹ W świetle art. 305 § 2 k.k. podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech ten, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

²² Art. 305 § 3 k.k.

w szczególności czyny naruszające art. 305 k.k.²³ Stwierdzone prawomocnie naruszenie określonych w ustawie kategorii osób fizycznych²⁴ może być podstawą następcej odpowiedzialności określonych osób prawnych i jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną²⁵, o ile zachowanie osób fizycznych przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemającą.

2.3. Przeciwdziałanie innym nieprawidłowościom przetargowym

Zastrzeżenia wymaga, że niniejsza publikacja nie wyczerpuje problematyki przeciwdziałania nieprawidłowościom przy organizacji i prowadzeniu postępowań przetargowych. Jej celem nie jest też kompleksowe przedstawienie wszelkich rozwiązań prawnych przyjmowanych w celu zapewnienia, aby postępowania przetargowe przebiegały z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji lub mających utrudniać zawieranie zmw przetargowych. Wynika to z założonego celu opracowania, jakim jest przede wszystkim analiza materialnoprawnych podstaw odpowiedzialności związanej z zawieraniem zmw przetargowych w prawie antymonopolowym i karnym. Przy takim ujęciu tematyki istotna staje się przede wszystkim analiza uregulowań prawa antymonopolowego i karnego wyznaczających zakres zachowań uznawanych za naganne, a przez to zakazane porozumienia przetargowe. Natomiast inne regulacje prawne, w szczególności służące przeciwdziałaniu innym nieprawidłowościom w przetargach lub mających zapewnić poszanowanie reguł uczciwej konkurencji lub utrudniać zawieranie zmw przetargowych, są w pracy przywoływane jedynie wówczas, gdy uzasadnione jest to podstawowym celem analizy.

²³ Art. 16 ust. 1 pkt 1 lit. a u.o.p.z.

²⁴ Zgodnie z art. 3 u.o.p.z. podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za zachowania osoby fizycznej, jeśli osoba ta: działa w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku (pkt 1), została dopuszczona do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1 (pkt 2), działa w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1 (pkt 3), jest przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego (pkt 3a).

²⁵ Art. 2 u.o.p.z.

Jedynie na marginesie można dodać, że z uwagi na ujawniające się w przetargach różnego rodzaju nieprawidłowości, ich przebieg oraz czynności podejmowane przy ich organizacji są poddawane kontroli wielu organów i instytucji publicznych, zarówno pod kątem legalności, jak i pod kątem gospodarności, celowości lub rzetelności.

Szczególny, szeroki zakres kontroli prawidłowości przebiegu przetargów przewidują przepisy o zamówieniach publicznych. Przewidują one różne formy wewnątrzsystemowej kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego²⁶ pod kątem naruszenia przepisów mogącego mieć wpływ na wynik postępowania: w postępowaniu inicjowanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych²⁷ lub w ramach postępowania odwoławczego inicjowanego przez osoby, którym przepisy o zamówieniach publicznych przyznają środki ochrony prawnej²⁸. Uregulowania służące przeciwdziałaniu nieprawidłowościom w postępowaniach o zamówienie publiczne dotyczą między innymi warunków uczciwej rywalizacji o realizację zamówienia. Konkurencja nie jest wprawdzie w systemie zamówień publicznych wartością bezwzględną, jednak sprzyja realizowaniu jednego z głównych jego celów, jakim jest optymalizowanie zakupów z wykorzystaniem środków publicznych.

Kontrola prawidłowości postępowań o zamówienie publiczne realizowana jest również przez podmioty, których zadań i właściwości nie regulują przepisy o zamówieniach publicznych²⁹. Wśród nich wymienić należy:

– Najwyższą Izbę Kontroli³⁰,

²⁶ Zob. P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011, s. 12.

²⁷ W drodze kontroli doraźnej lub kontroli uprzedniej Prezes UZP dokonuje oceny zgodności działań zamawiającego z przepisami o zamówieniach publicznych. Szczegółowo zob. dział V ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

²⁸ Zob. dział VI prawa zamówień publicznych.

²⁹ Zob. P. Szustakiewicz, *Kontrola...*, s. 13.

³⁰ Zgodnie z art. 203 ust. 1 Konstytucji RP Najwyższa Izba Kontroli kontroluje z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności działalność organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych (ust. 1), z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności także działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych (ust. 2), a z punktu widzenia legalności i gospodarności również działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań

- Regionalne Izby Obrachunkowe³¹,
- organy kontroli skarbowej³².

Do organów przeciwdziałających zarówno znikom przetargowym, jak i innym nieprawidłowościom w przetargach publicznych należą również organy ścigania, właściwe w sprawie wykrywania przestępstw: prokuratura, policja, Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego³³.

finansowych na rzecz państwa (ust. 3). W tak określonych zadaniach może mieścić się kontrola prawidłowości przebiegu postępowań o zamówienia publiczne, również pod kątem ograniczenia konkurencji, gdyż może wpływać to na sposób wydatkowania funduszy publicznych.

³¹ Zgodnie z art. 171 ust. 2 Konstytucji RP regionalne izby obrachunkowe są państwowymi organami nadzoru nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie gospodarki finansowej. W świetle ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 561) izby nie tylko sprawują nadzór nad tą działalnością, lecz także dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych podmiotów samorządowych (również innych podmiotów w zakresie wykorzystywania środków z budżetów jednostek samorządu terytorialnego) pod kątem zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym, a w przypadku kontroli gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zadań administracji rządowej, także z uwzględnieniem kryterium celowości, rzetelności i gospodarności (por. art. 1 ust. 2 w zw. z art. 5 wymienionej wyżej ustawy).

³² W świetle ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 720 z późn. zm.) celem kontroli skarbowej jest między innymi ochrona interesów i praw majątkowych Skarbu Państwa (art. 1 ust. 1) oraz badanie zgodności z prawem gospodarowania mieniem innych państwowych osób prawnych oraz zapobieganie i ujawnianie przestępstw korupcyjnych i defraudacyjnych, określonych w art. 228–231 k.k. (art. 1 ust. 2). Realizacja tych zadań odbywa się nie tylko przez kontrolę skarbową, lecz także w formie wywiadu skarbowego (art. 36–37a), w ramach którego mogą być prowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze, w tym uzyskiwanie informacji oraz utrwalanie śladów i dowodów w sposób niejawni.

³³ Zgodnie z ustawą z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 z późn. zm.) CBA jest służbą specjalną do spraw zwalczania korupcji w życiu publicznym i gospodarczym, w szczególności w instytucjach państwowych i samorządowych, a także do zwalczania działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa (art. 1 ust. 1). Zgodnie zaś z ustawą z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 z późn. zm.) do zadań ABW należy w szczególności rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa oraz korupcji osób pełniących funkcje publiczne (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c). Tak określone zadania CBA i ABW obejmują zarówno określone w art. 305 k.k. przestępstwa zakładania przetargu publicznego, w tym zromy przetargowe, jak i inne przestępstwa związane z przetargami, które zostały określone w innych przepisach prawa.

3. Cele pracy

Podstawowym celem niniejszej pracy jest opis i analiza **materialnoprawnych podstaw** odpowiedzialności z tytułu zmów przetargowych w **prawie ochrony konkurencji** oraz w **prawie karnym**. Analizowane i porównywane są unormowania będące podstawą penalizacji zmów przetargowych jako deliktu administracyjnego oraz jako przestępstwa. Do osiągnięcia wskazanego celu pracy analizie poddany został w szczególności aspekt podmiotowy zakazu zmów przetargowych (tj. kategorie podmiotów będących adresatami zakazu) oraz aspekt przedmiotowy (rodzaje bezprawnych zachowań i okoliczności, w jakich są one poddane zakazowi).

Dokonywane w tej pracy porównanie różnych norm prawnych służących przeciwdziałaniu znikom przetargowym służy odpowiedzi na pytanie, czy któraś z wymienionych w tytule pracy regulacji jest optymalna w tym znaczeniu, że zapewnia możliwie pełną ochronę rynku przed znikomami niekształcącymi przebieg i wyniki przetargów.

Autor pracy stawia pytanie o zasadność multiplikowania, w różnych aktach prawnych należących do odrębnych gałęzi prawa publicznego, mechanizmów ochrony wykorzystywanych do zwalczania tego samego, negatywnie ocenianego, zjawiska gospodarczego (tj. porozumień ingerujących w przebieg i wyniki przetargów). Pod tym względem ważne miejsce zajmuje zagadnienie respektowania zasad chroniących jednostkę przed **nadmierną, nieproporcjonalną reakcją władzy** na naruszenie rozpatrywanego zakazu. Za przejaw takiej nieadekwatnej reakcji państwa uznawane jest wielokrotne karanie tej samej osoby za to samo zachowanie, a także jej wielokrotne sądenie. Dopuszczenie do tego może naruszać zasadę *ne bis in idem* i zasadę proporcjonalności. Porównanie podstaw odpowiedzialności antymonopolowej i karnej z tytułu zmów przetargowych oraz analiza tych uregulowań w aspekcie zakazu multiplikowania kar nakładanych na tę samą osobę za to samo zachowanie, a także jej wielokrotne sądenie dało podstawę do sformułowania stosownych wniosków *de lege lata* oraz postulatów *de lege ferenda*, mających zapewnić zgodność z zasadą *ne bis in idem* i zasadą proporcjonalności.

Wybór tematu pracy monograficznej, obejmującej opisane wyżej zagadnienia, uzasadniony jest brakiem takiego kompleksowego opracowania w literaturze prawniczej. Pomimo dużej wagi problematyki zamówień przetargowych dopiero od niedawna stała się ona przedmiotem szerszych rozważań w piśmiennictwie prawniczym³⁴. Oprócz publikacji artykułowych dotyczących w różnym stopniu tej problematyki warto odnotować monografie M. Król-Bogomilskiej (*Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013) oraz M. Sieradzkiej (*Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015). Autorka pierwszej z wymienionych publikacji podejmuje problematykę zwalczania zamówień przetargowych jako część szerszej problematyki zwalczania karteli. Z kolei autorka drugiej z przywołanych monografii przedstawia uregulowania prawa konkurencji dotyczące zamówień przetargowych na tle przepisów o zamówieniach publicz-

³⁴ Wśród opracowań artykułowych dotyczących omawianej problematyki wskazać należy następujące: J. Skorupka, *Przestępstwo utrudniania przetargu (art. 305 k.k.) de lege lata i de lege ferenda*, PS 2005, nr 11–12, s. 113–122; M. Sieradzka, *Przestępstwo utrudniania przetargu w systemie zamówień publicznych* (w:) L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XXI, Wrocław 2007, s. 93–108; D.E. Wojtczak, *Zwalczanie zamówień przetargowych w Polsce*, PiP 2010, z. 7, s. 68–77; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4, s. 44–56; G. Borowik, *Zwalczanie zamówień cenowych jako zagrożenia ekonomicznych interesów RP – próba oceny skuteczności unormowań prawnych*, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2013, nr 9, s. 167–193; P. Semeńnik, *Polskie z umowy przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, nr 1, s. 53–67; G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zamówień przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, PUG 2013, nr 12, s. 4–12; M. Makowski, *Wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego – (de)penalizacja zamówień przetargowych w systemie zamówień publicznych*, Palestra 2014, z. 3–4, s. 185–199; G. Materna, *Formy zamówień przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykrywaniu niedozwolonych porozumień* (w:) *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych. IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne*, Warszawa 2014, s. 7–19; G. Materna, *Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców jako źródło ograniczenia konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne*, PUG 2014, nr 7, s. 15–21; M. Minkiewicz, *Ochrona zamawiającego przed zмовami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych*, iKAR 2015, nr 4, s. 19–38; M. Sieradzka, *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena*, iKAR 2015, nr 5, s. 36–49; M. Salitra, *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2015, nr 8, s. 53–75; G. Materna, *Zmowy przetargowe – granice i formy kooperacji w świetle aktualnej praktyki stosowania prawa ochrony konkurencji*, PUG 2015, nr 10, s. 14–21; A. Zientara, *Odpowiedzialność karna i administracyjna za udział w zмовie przetargowej – możliwość podwójnego ukarania* (w:) M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015, s. 94–109.

nych. Wśród książek podejmujących temat ochrony konkurencji w przetargach wymienić również należy monografię W. Dzierżanowskiego (*Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012), stanowiącą przykład spojrzenia na tytułową problematykę z perspektywy unijnych i polskich przepisów o zamówieniach publicznych.

W niniejszej pracy problematyka zmów przetargowych ujęta została w odmienny sposób niż w wymienionych wyżej opracowaniach monograficznych. Praca ta jest pierwszym monograficznym opracowaniem poświęconym wyłącznie szczegółowej analizie problematyki zmów przetargowych w aspekcie uregulowań prawnych zawartych w przepisach o ochronie konkurencji oraz w prawie karnym.

4. Zastosowane metody badawcze

W niniejszej pracy wykorzystane zostały różne metody badawcze. **Metoda formalno-dogmatyczna** została zastosowana w szczególności przy analizie przepisów z różnych dziedzin prawa służących zwalczaniu zmów przetargowych. Z jej wykorzystaniem dokonano ustalenia zakresu i oceny zakazu zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji oraz w prawie karnym i w przepisach ustanawiających odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Metoda formalno-dogmatyczna posłużyła też analizie norm ustanawiających zakaz wielokrotnego karania i sądenia. W publikacji wykorzystano także **metodę prawnoporównawczą**, przede wszystkim w celu ustalenia podobieństw i różnic zakresu penalizacji zmów przetargowych na podstawie norm prawnych zawartych w analizowanych aktach prawnych. W związku z analizami dotyczącymi zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* w odniesieniu do mechanizmów ochrony przed znowami przetargowymi konieczne było sięgnięcie zarówno do orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego, jak i do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego wykładni prawa stanowionego w systemie Rady Europy oraz do orzecznictwa unijnych organów sądowych. Z punktu widzenia całej pracy istotne było przeanalizowanie **praktyki stosowania prawa** przez sądy polskie i unijne, a także przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisję Europejską.

Uwzględnione zostały także poglądy wyrażane w polskiej i zagranicznej literaturze przedmiotu.

5. Tematyka poszczególnych rozdziałów

Niniejsze opracowanie składa się ze wstępu i ośmiu rozdziałów (spośród których ostatni pełni rolę podsumowania całości pracy). Rozdział pierwszy służy przedstawieniu obszarów, w których wykorzystywana jest instytucja przetargu oraz roli konkurencji w przetargach. W rozdziale tym omawiane są rozwiązania prawne wskazujące na kluczowe znaczenie zapewnienia warunków (uczciwej) konkurencji dla uzyskania pozytywnych efektów przetargu. Zarazem wykazywane jest, że ograniczenia konkurencji w przetargach, w tym zmony przetargowe, pozostają problemem aktualnym i są postrzegane jako poważne zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki. Najważniejszą część pracy stanowi kolejnych pięć rozdziałów zawierających porównanie zakresów odpowiedzialności z tytułu zμών przetargowych w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym w różnych aspektach. Rozdział drugi pracy dotyczy przedmiotu ochrony w sprawach zμών przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym. Ma on na celu przedstawienie i zestawienie dóbr, których ochronie służy penalizacja zμών przetargowych w obu analizowanych dziedzinach prawa, a następnie ich porównania oraz sformułowanie wniosków odnośnie do obecnej regulacji. W trzecim rozdziale podejmowana jest analiza pojęć „przetarg” oraz „przetarg publiczny”, którymi posłużono się – odpowiednio – w przepisach prawa antymonopolowego i karnego do określenia sytuacji gospodarczych, w których zmony przetargowe są zagrożone sankcją. Głębsza analiza tych pojęć jest potrzebna do dokładnego określenia stanów faktycznych, w jakich mogą mieć zastosowanie przepisy każdej z tych regulacji prawnych. Z kolei najobszerniejszy spośród wszystkich rozdziałów czwarty służy identyfikacji i porównaniu zachowań i okoliczności, w przypadku których aktualizuje się zakaz zμών przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym. Jego celem jest ustalenie rodzajów bezprawnych zachowań poddanych zakazowi oraz zachowań, które nie są objęte zakresem penalizacji. Rozdział piąty niniejszej pracy odnosi się do aspektu podmiotowego zakazu zμών przetargowych. Wynikiem analiz w nim prowadzonych jest ustalenie kręgu podmiotów, których zachowania negatywnie oddziałujące na przebieg

przetargów poddane są ocenie z perspektywy prawa ochrony konkurencji i prawa karnego. Rozdział szósty dotyczy natomiast subiektywnych podstaw odpowiedzialności. Po przedstawionych pięciu rozdziałach porównawczych następuje rozdział siódmy poświęcony problemom zgodności omawianych regulacji prawnych z zasadą *ne bis in idem* oraz zasadą proporcjonalności. W rozdziale tym analizowane są uregulowania formułujące zakaz wielokrotnego karania tej samej osoby za to samo zachowanie oraz jej wielokrotnego sądenia, wynikające z Konstytucji RP, konwencji międzynarodowych i prawa Unii Europejskiej. Służy to ustaleniu, czy i w jakim zakresie zasady te powinny być respektowane w zakresie przeciwdziałania zomom przetargowym przez tworzących i stosujących prawo. Kwestia ta nie jest jednoznaczna i wymaga głębszej analizy. O ile bowiem w przypadku odpowiedzialności karnej, karnoskarbowej lub wykroczeniowej zasada *ne bis in idem* jest wyraźnie przewidziana w przepisach prawa, nie można tego powiedzieć o przepisach prawa ochrony konkurencji. Rozdział ósmy podsumowuje zagadnienia poruszone we wcześniejszych rozdziałach pracy. Prezentowane są w nim wnioski z analizy obowiązujących rozwiązań dotyczących zomów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i karnym. Wynikiem krytycznej analizy rozpatrywanych uregulowań są sformułowane w tym rozdziale konkretne propozycje zmian legislacyjnych oraz propozycje interpretacyjne.

6. Kwestie terminologiczne

W tym miejscu wyjaśnienia wymagają jeszcze niektóre pojęcia, którymi posługuję się w tytule pracy lub w jej treści. Należy do nich tytułowy termin „**zmowa przetargowa**”. W niniejszej monografii używany jest on dla zbiorczego określenia analizowanych typów zachowań (porozumień), które mogą negatywnie wpływać na przebieg i wyniki przetargów. Pojęcie to niewątpliwie nie należy do języka prawnego. Nie posłużono się nim w treści przepisu kodeksu karnego określającego typy przestępstw przeciwko przetargowi publicznemu (art. 305 k.k.) ani też w opisie zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencje w związku z przetargiem, zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.). Na potrzeby uregulowań z zakresu ochrony konkurencji pojęciem tym posługują

się natomiast sądy³⁵ i piśmiennictwo³⁶ dla określenia zachowań polegających na uzgodnieniach zniekształcających funkcjonowanie mechanizmów przetargowych w sposób mogący wpływać na wynik zastosowania procedury przetargowej³⁷. Pojęcie zmowy przetargowej rozumianej jako czyn nieuczciwej konkurencji utożsamiany z praktyką antykonkurencyjną opisaną w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. pojawia się również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej³⁸ na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.³⁹ Na określenie przestępstwa z art. 305 k.k. pojęcie zmowy przetargowej używane jest zdecydowanie rzadziej⁴⁰ (w tym kontekście spotkać się też można z określeniem „zmowa uczestników przetargu”⁴¹). Na gruncie prawa karnego gospodarczego najczęściej używane są zaś określenia „utrudnianie przetargu”⁴² oraz „zakłócanie

³⁵ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2008 r., III SK 26/08, Legalis nr 212558; wyrok SA z dnia 18 lipca 2012 r., VI ACa 203/12, Legalis nr 1315580.

³⁶ Zob. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 107; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 85; D.E. Wojtczak, *Zwalczanie zμών...*, s. 68–77; P. Podrecki (w:) M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, Warszawa, s. 877.

³⁷ Warto odnotować zaproponowaną przez M. Sieradzką definicję zmowy przetargowej jako „koordynacji zachowań wykonawców, obejmującej ich równoległe skoordynowane i uzgodnione działania, których celem jest wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez uzgadnianie – w zależności od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i treści złożonych ofert, w szczególności w zakresie warunków składanych ofert, a często także sposobu zachowania w postępowaniu o zamówienie publiczne”. Zob. M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*, s. 139. Ta bardzo szczegółowa, obszerna definicja nie odpowiada jednak ani rozumieniu pojęcia zmowy przetargowej w prawie ochrony konkurencji (nie obejmuje np. zμών między wykonawcą a organizatorem), ani w prawie karnym (nie obejmuje np. zμών wykonawcy z osobą mającą wpływ na wybór zwycięzcy, np. członkiem komisji przetargowej).

³⁸ Zob. wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., KIO 517/13, Legalis nr 743547. Por. również wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r., KIO 2691/14, Legalis nr 1213830; wyrok KIO z dnia 3 marca 2015 r., KIO 309/15, Legalis nr 1217531.

³⁹ W przepisie tym sformułowany został obowiązek zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

⁴⁰ M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 334.

⁴¹ W. Wróbel, komentarz do art. 305 (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 776.

⁴² J. Skorupka, *Przestępstwo utrudniania przetargu...*, s. 113; R. Zawłocki (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz. Art. 222–316*, Warszawa 2013, s. 876.

przetargu publicznego”⁴³. Mają one szerszy zakres, odnosząc się również do innych określonych w art. 305 k.k. typów czynów karalnych naruszających prawidłowy przebieg przetargu⁴⁴.

Uzasadniając posługiwanie się w tej pracy pojęciem „zmowa przetargowa”, należy podnieść, że stanowi ono rodzaj spoiwa, łączącego różne naganne uzgodnienia przetargowe objęte zakresem penalizacji w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym. Zachowania te nie tworzą bowiem kategorii jednorodnej. Przykładowo, na gruncie prawa konkurencji wśród zakazanych porozumień negatywnie ingerujących w przebieg przetargu możliwe jest wyodrębnienie kategorii tzw. kartelowych zmwów przetargowych, zmwów „wertykalnych” oraz „kooperacyjnych” porozumień przetargowych, które mogą być poddane dalszej kategoryzacji⁴⁵.

Termin „zmowy przetargowe” niewątpliwie nie jest w pełni precyzyjny. Z punktu widzenia tej pracy, łączącej problematykę antymonopolową i prawnokarną, ma tę istotną zaletę, że jako jedyny używany jest w obu tych dziedzinach prawa do opisania uzgodnionych zachowań (porozumień) negatywnie ingerujących w przebieg przetargu. Uzasadnia to jego wykorzystanie w tytule i w treści niniejszej pracy.

Wyjaśnienia wymaga również użyte w tytule określenie „**prawo ochrony konkurencji**”. Stanowi ono zespół norm prawa publicznego wyznaczających uczestnikom obrotu rynkowego (przedsiębiorcom i ich związkom) granice swobody korzystania z własności i wolności gospodarczej w celu ochrony przed zniekształceniem, ograniczeniem lub eliminacją mechanizmu konkurencji jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym właściwego dla gospo-

⁴³ Ł. Pohl (w:) R. Zawłocki (red.), *System prawa handlowego...*, s. 501; M. Bojarski (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 1332; M. Gałązka, komentarz do art. 305 (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1260.

⁴⁴ W doktrynie wyodrębniono 18 typów czynów zakłócających przebieg przetargu publicznego, zabronionych na podstawie art. 305 k.k. Zob. Ł. Pohl (w:) R. Zawłocki (red.), *System prawa handlowego...*, s. 507–508.

⁴⁵ Szerzej na temat różnych typów uzgodnionych działań objętych zakresem penalizacji zob. rozdział „Zachowania objęte zakresem zakazu zmwów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym”, pkt 2.4.1–2.4.3.

darki rynkowej⁴⁶. Prawo ochrony konkurencji (inne określenia: „prawo antymonopolowe”, „prawo antytrustowe”) obejmuje adresowane do przedsiębiorców i ich związków normy służące przeciwdziałaniu praktykom ograniczającym konkurencję i zapobieganiu antykonkurencyjnym koncentracjom na rynku, negatywnie oddziałującym na dobrobyt konsumentów⁴⁷. W przyjętym ujęciu prawo ochrony konkurencji stanowi element **systemu prawa konkurencji** (część prawa konkurencji *sensu largo*) rozumianego jako całość kształt uregulowań chroniących wolną, równą i uczciwą konkurencję. Obok prawa ochrony konkurencji system ten obejmuje prawo subwencyjne (prawo pomocy publicznej, przeciwdziałające negatywnemu oddziaływaniu władzy publicznej na konkurencję) i należące do prawa prywatnego prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji, określające reguły uczciwej i lojalnej rywalizacji między uczestnikami rynku⁴⁸.

W tytule pracy posłużyłem się również terminem „**prawo karne**”. Termin ten wykorzystywany jest też wielokrotnie w treści pracy, a prawo karne stanowi jedną z płaszczyzn badawczych obok prawa ochrony konkurencji. Prawo karne w sensie ścisłym rozumiane jest jako gałąź prawa publicznego zawierająca przede wszystkim normy prawne określające zachowania osób fizycznych będące przestępstwami, a także zasady odpowiedzialności karnej

⁴⁶ D. Miąsik, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 31.

⁴⁷ W prawie ochrony konkurencji dobrobyt konsumenta wskazywany jest na ogół jako ostateczny jego cel. Szerzej zob. M. Kępiński (w:) M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 6–9; D. Miąsik, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 40; E. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 30; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdopodobność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 109.

⁴⁸ Podobnie zob. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 10; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 25; M.K. Kolasinski, *Zarys prawa antymonopolowego Unii Europejskiej na tle prawa Stanów Zjednoczonych i Polski*, Toruń 2012, s. 17; M. Kępiński (w:) M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 9–11. Z kolei R. Whish i D. Bailey termin „prawo konkurencji” odnoszą do reguł określających zakaz praktyk ograniczających konkurencję (nadużywania pozycji dominującej i antykonkurencyjnych porozumień), reguł kontroli koncentracji oraz ograniczeń konkurencji przez władze publiczne (przez państwo), ale nie do reguł służących ochronie przed nieuczciwą konkurencją; zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th edition, Oxford 2012, s. 2–3.

i środki prawne stosowane wobec sprawców naruszenia prawa karnego⁴⁹. Normy z zakresu prawa karnego zawarte są w kodeksie karnym oraz poza nim (pozakodeksowe prawo karne). Częścią systemu prawa karnego jest prawo karne skarbowe⁵⁰. Prawo karne w ścisłym rozumieniu obejmuje między innymi kodeksowe normy penalizujące czyny osób fizycznych zakładające przetargi publiczne (art. 305 k.k.).

Podkreślić należy zarazem, że termin „prawo karne” występuje w tytule niniejszej monografii nie tylko w tym klasycznym, ścisłym rozumieniu. Analiza unormowań wprowadzających odpowiedzialność penalną za przestępstwa przetargowe nie byłaby pełna bez odwołania się do uregulowań ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych... Stanowią one swoiste uzupełnienie regulacji *stricte* karnej, przewidując następczą odpowiedzialność osób prawnych za zachowania osób fizycznych wypełniające znamiona czynów zabronionych określonych między innymi w art. 305 k.k. Uregulowania te nie są zaliczane do prawa karnego w ścisłym rozumieniu⁵¹, ale do norm statuujących odpowiedzialność quasi-karną⁵², szczególną odpowiedzialność karną⁵³ czy też odpowiedzialność o charakterze represyjnym⁵⁴.

⁴⁹ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 19, Warszawa 2015, s. 1; L. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 20.

⁵⁰ F. Prusak (w:) M. Bojarski (red.), *System prawa karnego*, t. 11, *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, Warszawa 2014, s. 6–7; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 2.

⁵¹ Takie stanowisko zajęto zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Zob. wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, *Legalis* nr 65577; M. Filar (red.), *Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, Toruń 2006, s. 24–25; J. Warylewski, J. Potulski, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w prawie polskim i europejskim. Komentarz*, Bydgoszcz–Gdańsk 2007, s. 44; B. Nita, *Czyn zawiniony jako podstawa odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary* (w:) A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, Toruń 2012, s. 553.

⁵² M. Czyżak, *Karnoadministracyjne, karnoskarbowe i quasi-karne formy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2004, nr 1, s. 38.

⁵³ J. Skupiński, *Problemy kryminalno-polityczne związane z promulgowaniem ustawy z dnia 28 października o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, *Apelacja Gdańska* 2003, nr 3, s. 47–48.

⁵⁴ B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, *PiP* 2003, z. 6, s. 17–18; J. Warylewski, J. Potulski, *Odpowiedzialność...*, s. 44.

Zarazem jednak uznaje się, że mieszczą się one w szerszym, konstytucyjnym rozumieniu odpowiedzialności karnej⁵⁵.

Zasadne jest również wyjaśnienie używanej w pracy **terminologii związanej z prawem Unii Europejskiej** (w treści pracy wymiennie używane są pojęcia „prawo Unii Europejskiej”, „prawo UE”, „prawo unijne”). Wejście w życie w dniu 1 grudnia 2009 r. traktatu z Lizbony⁵⁶ zaowocowało przekształceniem Wspólnoty Europejskiej w Unię Europejską, która nadto uzyskała osobowość prawną i podmiotowość prawnomiędzynarodową. Zmiany objęły treść i numerację artykułów w traktatach regulujących funkcjonowanie Unii Europejskiej, a dotychczasowemu traktatowi ustanawiającemu Wspólnotę Europejską, zawierającego regulacje z zakresu ochrony konkurencji, nadano też nazwę traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wraz z wejściem w życie traktatu z Lizbony zakaz porozumień ograniczających konkurencję zawarty jest w art. 101 TFUE (dawniej: art. 81 TWE), a zakaz nadużywania pozycji dominującej w art. 102 TFUE (dawniej: art. 82 TWE). Traktat z Lizbony wprowadził też zmiany w treści przepisów dotyczących ochrony konkurencji, wskutek zastąpienia w całym traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a więc także w art. 101 i 102 TFUE, określenia „wspólny rynek” pojęciem „rynek wewnętrzny”⁵⁷. Prowadzone w tej pracy rozważania uwzględniają treść tych przepisów i ich numerację zgodną z obecnym stanem prawnym.

Z uwagi na liczne odwołania do orzecznictwa unijnego zaznaczenia wymaga, że w niniejszej publikacji posłużono się aktualnym nazewnictwem sądów unijnych, zgodnym ze zmianami wprowadzonymi na mocy traktatu z Lizbony⁵⁸. Wspomniany traktat dokonał zmian w organizacji i nazewnictwie tych sądów. Połączył wcześniej odrębne organy sądowe w jeden Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którego skład wchodzi obecnie: Try-

⁵⁵ Wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, Legalis nr 65577, pkt III.2. Por. także: B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, s. 17; B. Namysłowska-Gabrysiak, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, Kraków 2004, s. 67.

⁵⁶ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).

⁵⁷ Art. 2 pkt 2 lit. g traktatu z Lizbony.

⁵⁸ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r.

bunał Sprawiedliwości (TS), Sąd⁵⁹ i Sąd do spraw Służby Publicznej⁶⁰. Dla uniknięcia niejasności terminologicznych obecnie obowiązujące nazewnictwo tych organów sądowych zostało w pracy przyjęte również w przypadku, gdy przywoływane są wyroki wydawane przed 1 grudnia 2009 r.⁶¹

Niniejsza publikacja jest rezultatem badań prowadzonych w Zakładzie Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Jej przygotowanie możliwe było dzięki wsparciu wielu osób. W szczególny sposób pragnę podziękować Pani Profesor Małgorzacie Król-Bogomilskiej za cenne uwagi i wsparcie w całym okresie powstawania tej pracy. Za wskazówki przekazane w recenzji wydawniczej bardzo dziękuję prof. UW r. dr. hab. Markowi Szydło. Serdeczne podziękowanie za uwagi, które pozwoliły ulepszyć niniejszą rozprawę, składam także dr Annie Zientarze. Wszystkim członkom Zakładu Prawa Konkurencji, a także koleżankom i kolegom – byłym współpracownikom z Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dziękuję za prowadzone na przestrzeni lat dyskusje, które inspirowały mnie do pogłębionych badań nad zagadnieniami ujętymi w tej rozprawie.

Wyrazy wdzięczności za wsparcie przez cały okres przygotowywania niniejszej publikacji i za wielką wyrozumiałość kierującą do moich najbliższych, szczególnie do żony Pauli oraz synów Michasia i Jaśka.

⁵⁹ Sąd określany jest w literaturze również mianem Sądu Unii Europejskiej (Sądu UE); zob. np. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony...*, s. 39.

⁶⁰ Art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 13). Sąd do spraw Służby Publicznej powstał jako „sąd wyspecjalizowany” dla pewnych dziedzin, których tworzenie przewidziano na podstawie przywoływanego przepisu.

⁶¹ Przed tą datą obecny Sąd miał nazwę Sąd Pierwszej Instancji.

Rozdział I

Znaczenie konkurencyjnych przetargów dla obrotu gospodarczego

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego rozdziału jest wykazanie istotnej roli, jaką przetargi odgrywają w obrocie gospodarczym, a zarazem kluczowej roli, jaką dla osiągnięcia korzyści płynących z przetargów odgrywa zapewnienie warunków uczciwej konkurencji. Zostanie zarazem wskazane, że ograniczanie konkurencji w przetargach przez ich uczestników to problem aktualny, a nasilenie tych zachowań jest postrzegane jako poważne zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki. Powyższe okoliczności świadczą o aktualności podjętej w tej pracy problematyki przeciwdziałania znikom przetargowym, należącym do najpoważniejszych naruszeń konkurencji w przetargach.

Opisane w tym rozdziale uregulowania prawne wskażą na powszechność wykorzystywania procedur przetargowych zarówno w relacjach gospodarczych pomiędzy podmiotami prawa prywatnego (jako sposób konkursowego wyłaniania kontrahenta), jak i w relacjach kształtowanych na podstawie przepisów prawa publicznego. W sferze zamówień publicznych procedury przetargowe służą przede wszystkim optymalnemu wykorzystaniu środków publicznych⁶². Poza tą sferą procedury przetargowe mogą być wykorzystywane do realizacji innych istotnych celów publicznych. Powszechne wykorzystanie procedur przetargowych w obrocie oznacza istotną wartość transakcji, w których kontrahent wyłaniany jest w ten sposób. Warto odno-

⁶² A. Powałowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych* (w:) H. Nowicki, P. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 107.

tować, że wartość samych tylko zamówień publicznych wydatkowanych na usługi i dobra wyniosła w 2014 r. 133,2 mld zł (stanowiło to 7,72% produktu krajowego brutto z tego roku), w 2013 r. – 143,2 mld zł, a w 2012 r. – 132,7 mld zł (stanowiło to około 9% produktu krajowego brutto z tych lat)⁶³. Uzasadnia to twierdzenie, że sposób funkcjonowania procedur przetargowych może istotnie oddziaływać na warunki prowadzenia działalności gospodarczej, a na rynkach, na których transakcje zawierane są w znacznej mierze za pomocą procedur przetargowych, wyniki przetargów mogą mieć bezpośredni wpływ na określenie struktury podmiotowej rynku. Uczciwość warunków, w jakich wyłaniania są zwycięzcy przetargów, w tym zachowanie warunków konkurencji, może bezpośrednio oddziaływać na obrót gospodarczy i wywierać wpływ na istotne parametry gospodarcze: może decydować o istnieniu lub braku warunków do prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego, w tym dla realizowania przez przedsiębiorców swoich celów gospodarczych uczciwymi metodami.

W niniejszym rozdziale zostanie wykazane, że podstawowym uzasadnieniem i zarazem największą korzyścią prowadzenia przetargów jest ściśle wkomponowanie w tę instytucję mechanizmu konkurencji. Stwarza to organizatorowi przetargu możliwość wyłonienia zwycięzcy najbardziej optymalnego, to jest w największym stopniu spełniającego relewantne kryteria. Na wymierne korzyści płynące z zastosowania konkurencyjnych procedur przetargowych wskazują badania, w świetle których wprowadzenie obowiązkowych konkurencyjnych procedur przetargowych przy rozdysponowywaniu środków publicznych pozwala zredukować koszty zamawianych w ten sposób dóbr i usług nawet o 10%⁶⁴.

Ze wskazanych względów istotne znaczenie dla osiągnięcia celów przetargów ma tworzenie warunków ich organizacji i przebiegu oraz sposobu wyłaniania zwycięzcy przetargu z zachowaniem zasad konkurencji. W niniejszym roz-

⁶³ Zob. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.*, Warszawa, maj 2015, s. 7 i 29; *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, Warszawa, maj 2014, s. 7 i 27.

⁶⁴ Zob. A. Rodrigues, S. Ennis, *Hearing on the use of tenders and auctions – Issues Note by the Secretariat*, DAF/COMP/WP2(2014)15, s. 3, [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2014\)15&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doclanguage=en).

dziale zostanie wykazane, że te założenia determinują treść kluczowych dla funkcjonowania instytucji przetargów przepisów kodeksu cywilnego, a także prawa zamówień publicznych oraz innych przepisów prawa przewidujących wykorzystanie procedur przetargowych. Nie eliminuje to w pełni zagrożenia praktykami przedsiębiorców ograniczającymi konkurencję. Jak zostanie wykazane, naruszenie reguł konkurencji stanowią istotny aktualny problem dla prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego w Polsce. Z uwagi na szczególne cechy rynków przetargowych zagrożenie antykonkurencyjnymi porozumieniami jest w tych sektorach nawet większe niż na innych rynkach.

2. Przetarg w obrocie gospodarczym

2.1. Wprowadzenie

Instytucja przetargu spełnia w obrocie gospodarczym wiele funkcji i ma szerokie zastosowanie. Jest sposobem zawierania umów między bezpośrednimi uczestnikami obrotu gospodarczego oraz między tymi podmiotami i instytucjami publicznymi. W najszerszym zakresie przetargi mają zastosowanie w systemie zamówień publicznych, gdzie zapewniają możliwie najbardziej optymalne, ekonomicznie efektywne wydatkowanie środków publicznych na zakup dóbr i usług⁶⁵. Instytucja przetargu służy też optymalizacji realizacji innych celów publicznych, poza sferą zamówień publicznych.

2.2. Przetarg jako tryb zawierania umów w świetle przepisów prawa cywilnego

Podstawowe znaczenie dla organizacji i przeprowadzenia przetargu – zarówno wówczas gdy wykorzystywane są przez podmioty prywatne (przy braku odrębnych przepisów szczególnych obligujących do organizacji przetargu, **tzw. przetargi prywatne**), jak i wówczas, gdy przetarg służy realizacji celów publicznych – mają przepisy prawa cywilnego (art. 70¹–70⁴ k.c.)⁶⁶. W przypadku przetargów, których organizacja jest obligatoryjna, w szczególności

⁶⁵ A. Wójcik, *Zawarcie umów w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 29.

⁶⁶ W kodeksie cywilnym przetarg został uregulowany dopiero w 1996 r. Zob. art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 114, poz. 542).

w sferze **zamówień publicznych**, przepisy szczególne, na podstawie których przetarg jest organizowany (np. przepisy prawa zamówień publicznych), mają charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego⁶⁷. Wyraźnie wynika to z przepisów prawa zamówień publicznych, w świetle których do umów w sprawach zamówień publicznych przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie, o ile przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej⁶⁸.

W świetle prawa cywilnego przetarg jest odrębnym od oferty i negocjacji sposobem zawierania umów⁶⁹. Cechy szczególne przetargu, wyróżniające go od innych sposobów zawierania umowy, wskazuje definicja słownikowa, według której jest to „konkurs ofert na wykonanie określonych robót i usług, organizowany przez przedsiębiorstwa lub instytucje administracyjne”⁷⁰. Przetarg jest więc postępowaniem o charakterze: a) **wielostronnym** (wyraża się to w tym, że uczestniczyć w nim może więcej niż jeden potencjalny kontrahent, przy czym do każdego uczestnika stosują się te same reguły postępowania i każdy uczestnik ma w trakcie postępowania przetargowego taką samą sytuację prawną); b) **eliminacyjnym** (strona przyszłej umowy nie jest zindywidualizowana w momencie zainicjowania postępowania przetargowego)⁷¹. Przetargi mogą mieć **różny zakres uczestników**. Ogłoszenie o przetargu może być kierowane do nieograniczonego kręgu podmiotów, do podmiotów określonej kategorii (do grupy podmiotów o określonych cechach) lub też mieć charakter zamknięty, gdy zaproszenia do składania

⁶⁷ Zob. Z. Radwański, *Zawarcie umowy* (w:) Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 373; W. Robaczyński (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 776; wyrok SN z dnia 19 listopada 2009 r., IV CSK 211/09, Legalis nr 304044; w odniesieniu do przepisów o gospodarce nieruchomościami zob. E. Gniewek, *Nabywanie i utrata własności* (w:) E. Gniewek (red.), *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 603; wyrok SN z dnia 19 listopada 2009 r., IV CSK 211/09, Legalis nr 304044; w odniesieniu do przepisów o komercjalizacji i prywatyzacji zob. uchwała SN z dnia 27 lipca 2006 r., III CZP 55/06, OSNC 2007, nr 5, poz. 68.

⁶⁸ Art. 139 p.z.p.

⁶⁹ Z. Radwański, *Zawarcie umowy* (w:) Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 360.

⁷⁰ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 746.

⁷¹ Z. Radwański, *Zawarcie umowy* (w:) Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 360.

ofert są kierowane do indywidualnie określonych adresatów (dwóch lub większej ich liczby)⁷².

W aktualnym stanie prawnym przetarg występuje w przepisach kodeksu cywilnego obok **aukcji**. Ta z kolei stanowi formę zawierania umów charakteryzującą się głównie tym, że uzgodnieniu podlega zasadniczo tylko jeden element treści umowy, którym może być przykładowo cena lub termin⁷³. Aukcja w praktyce jest szczególną, bo ustną formą postępowania przetargowego⁷⁴. Wspólny rodowód wymienianych instytucji prawnych dobrze wyraża to, że zawierają w znacznej części wspólną regulację kodeksową. Pierwotnie aukcja była zresztą określana w przepisach kodeksu cywilnego mianem **przetargu ustnego**, podczas gdy przetarg mianem przetargu pisemnego. Terminologiczne wyodrębnienie aukcji od przetargu nastąpiło dopiero później, w wyniku nowelizacji z 2003 r.⁷⁵

2.3. Przetarg jako mechanizm realizacji zadań publicznych

Obowiązek realizacji różnych zadań publicznych w oparciu o konkurencyjne procedury przetargowe przewidziano w wielu przepisach prawa publicznego. Instytucja przetargu jest wykorzystywana najszerzej z uwagi na uregulowania prawa zamówień publicznych⁷⁶. W tej funkcji służy przede wszystkim możliwie najbardziej optymalnemu, ekonomicznie efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych na zakup dóbr i usług służących realizacji zadań sektora publicznego. Poza sferą zamówień publicznych procedury przetargowe są również wykorzystywane do realizacji innych istotnych celów publicznych.

⁷² P. Machnikowski (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 188.

⁷³ A. Brzozowski (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹⁰*, t. I, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 402.

⁷⁴ P. Machnikowski (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 190.

⁷⁵ Art. 1 pkt 14 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408).

⁷⁶ A. Wójcik, *Zawarcie umów...*, s. 29.

2.3.1. Przepisy o zamówieniach publicznych

O istotnej roli instytucji przetargu w sferze zamówień publicznych świadczy już to, że w świetle przepisów prawa zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego jest właśnie przetarg, nieograniczony lub ograniczony (art. 10 ust. 1 p.z.p.). Tryb przetargu nieograniczonego w najpełniejszym stopniu realizuje zasadę konkurencji o udzielenie zamówienia, ponieważ przewiduje, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 p.z.p.). Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert (art. 47 p.z.p.).

Poza trybami określonymi mianem przetargu przepisy o zamówieniach publicznych przewidują również inne tryby udzielania zamówienia. W świetle obecnie obowiązujących przepisów zamawiający może udzielać zamówienia w trybie:

- negocjacji z ogłoszeniem (art. 54 i n. p.z.p.), polegających na tym, że po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert;
- dialogu konkurencyjnego (art. 60a i n. p.z.p.), który wyróżnia to, że po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert;
- negocjacji bez ogłoszenia (art. 61 i n. p.z.p.), w których zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert;
- zamówienia z wolnej ręki (art. 66 i n. p.z.p.), charakteryzujących się tym, że zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą;
- zapytania o cenę (art. 69 i n. p.z.p.), którego cechą odróżniającą jest to, że zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert;
- licytacji elektronicznej (art. 74 i n. p.z.p.), w której za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie

niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

Powyższe tryby udzielania zamówienia zostały uzupełnione, na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁷⁷, o nową procedurę przeznaczoną do nabywania produktów i usług, które nie są jeszcze dostępne na rynku⁷⁸: partnerstwo innowacyjne (art. 73a i n. p.z.p.). Według tego trybu zamawiający, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert. Partnerstwo innowacyjne ma zastosowanie wyłącznie do zamówień na opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych niedostępnych na rynku oraz sprzedaż tych produktów, usług lub robót budowlanych.

Relacje zachodzące pomiędzy przetargiem w sensie ścisłym a innymi trybami postępowania będą stanowić przedmiot rozważań w dalszej części opracowania.

2.3.2. Wybrane inne źródła przetargów

Instytucja przetargu jest wykorzystywana do optymalnej realizacji celów publicznych poza sferą zamówień publicznych. Przetarg może wówczas pełnić inne funkcje niż tylko być sposobem organizacji procesu zawierania umów. Może być wykorzystywana celem **zapewnienia właściwego rozdyponowania, przejrzystości i jawności rozporządzeń mieniem** państwowym lub samorządowym (ruchomościami, nieruchomościami, zorganizowanymi składnikami mienia). Taki cel przyświeca odwołującym się do instytucji przetargu uregulowaniom zawartym między innymi w:

⁷⁷ Dz. U. poz. 1020.

⁷⁸ Szerzej zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 366, s. 33–37; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366>.

- ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1774 z późn. zm.)⁷⁹: w ustawie przewidziano, że dla „ochrony nieruchomości publicznych przed niewłaściwym rozdysponowaniem, dla przejrzystości, jawności i jednolitości przeprowadzanych procedur w zakresie obrotu nimi”⁸⁰ sprzedaż i oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowych Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego odbywa się w trybie przetargowym lub bezprzetargowym (art. 28 ust. 1), jednak generalną zasadą jest stosowanie trybu przetargowego (art. 37 ust. 1); przepisy prawa dopuszczają tryb bezprzetargowy w charakterze wyjątku (art. 37 ust. 2), gdy odstępianie od konieczności przeprowadzenia przetargu usprawiedliwiają względy natury społecznej, gospodarczej, politycznej czy ustrojowe⁸¹;
- ustawie z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1014 z późn. zm.): ustawa przewiduje, że w przypadku niezrealizowania przez wymienione w niej podmioty prawa pierwokupu, a także w przypadkach, gdy reguły dotyczące pierwokupu nie mają zastosowania, nieruchomości rolne pozostające w zasobie własności rolnej Skarbu Państwa podlegają sprzedaży w trybie przetargowym (art. 29 ust. 2 i n.);
- ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1651); jako podstawowy tryb rozporządzania nieruchomościami przez parki narodowe został przewidziany przetarg (art. 10a ust. 8), przy czym dyrektor parku narodowego decyduje o przeprowadzeniu przetargu w formie przetargu ustnego nieograniczonego lub przetargu pisemnego nieograniczonego (art. 10d); od tej zasady ustawa przewiduje również wyjątki, kiedy – w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w ustawie – umowa dotycząca rozporządzenia nieruchomością jest zawierana w drodze bezprzetargowej (art. 10b);
- ustawie z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1384 z późn. zm.) przewidziano sprzedaż

⁷⁹ W sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania przetargów zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1490 z późn. zm.).

⁸⁰ D. Pęchorzewski, komentarz do art. 28 (w:) D. Pęchorzewski (red.), *Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2010.

⁸¹ E. Gniewek, *Nabycie i utrata własności* (w:) E. Gniewek (red.), *System...*, s. 604.

przez przedsiębiorstwo państwowe określonych kategorii mienia w trybie „publicznego przetargu” (art. 46);

- ustawie z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 747 z późn. zm.): „przetarg publiczny” oraz „aukcja ogłoszona publicznie” stanowią jedno z kilku trybów zbywania przez Skarb Państwa akcji w spółkach (art. 33 ust. 1);
- ustawie z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2100 z późn. zm.): „przetarg publiczny” stanowi podstawowy tryb, w jakim odbywa się sprzedaż lasów, gruntów i innych nieruchomości znajdujących się w zarządzie Lasów Państwowych; dopiero w przypadku gdy dwukrotnie przeprowadzony przetarg zakończy się wynikiem negatywnym, przedmiot sprzedaży można zbyć w drodze „negocjacji cenowej” (art. 38 ust. 4).

Kolejnym dającym się zidentyfikować celem publicznym, dla którego realizacji przewiduje się w przepisach prawa obligatoryjne zastosowanie procedur przetargowych, jest zapewnienie przejrzystego, sprawiedliwego **wyłaniania dysponentów koncesji i zezwoleń** uprawniających do prowadzenia pewnych rodzajów działalności rynkowej⁸². W tej kategorii wskazać można między innymi:

- ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.): obowiązek zarządzenia przez organ koncesyjny przetargu przewidziano na udzielanie koncesji w przypadkach, gdy liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia (art. 52);
- ustawę z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 471 z późn. zm.): na ministra właściwego do spraw finansów publicznych nałożony został obowiązek ogłoszenia i przeprowadzenia przetargu na koncesje na prowadzenie kasyna gry lub zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne, jeżeli o ich wydanie ubiega się więcej niż jeden podmiot spełniający określone w ustawie warunki (art. 33 ust. 2);
- ustawę z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 196 z późn. zm.): przetarg może poprzedzać

⁸² Por. A. Wójcik, *Zawarcie umów...*, s. 259.

ustanowienie użytkowania górniczego, w szczególności gdy o jego ustanowienie ubiega się więcej niż jeden podmiot (art. 14);

- ustawę z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 282): na zarządzającego strefą nałożono obowiązek, by w drodze przetargu (lub też rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia) ustalał przedsiębiorców, którzy uzyskują zezwolenie na prowadzenie na terenie strefy działalności gospodarczej uprawniające do korzystania z pomocy publicznej (art. 17).

Zastosowanie procedury przetargowej może również służyć **wyborowi podmiotów mających realizować określone zadania użyteczne publicznie**. Taki cel wydaje się przyświecać unormowaniom zawartym między innymi w następujących przepisach:

- ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.): a) w drodze przetargu, w którym uczestniczyć mogą przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje na obrót paliwami gazowymi lub energią elektryczną, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki wyłącza przedsiębiorców do realizacji zadań sprzedawcy z urzędu (art. 9i), tj. do świadczenia usług kompleksowych odbiorcom paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy (art. 3 pkt 29), b) ponadto w celu przeciwdziałania możliwości wystąpienia długookresowego zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej Prezes URE, działając jako *statio fisci* Skarbu Państwa w obrocie cywilnoprawnym, a nie jako organ administracji w sferze władczej⁸³, organizuje przetarg na budowę nowych mocy wytwórczych energii elektrycznej lub realizację przedsięwzięć zmniejszających zapotrzebowanie na tę energię (art. 16a);
- ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 401 z późn. zm.): w związku z organizacją interwencyjnych zakupów, przechowywania i sprzedaży mięsa Prezes Agencji Rynku Rolnego dokonuje w drodze przetargów wyboru podmiotów wspomagających te zadania poprzez wykonywanie odkostniania i przechowywania mięsa (art. 27 art. 1

⁸³ M. Czarnecka, T. Ogłódek, komentarz do art. 16a (w:) M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012.