

# 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

Zamów książkę w księgarni internetowej

**proinfo.pl**  
księgarnia internetowa

*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](http://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. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: [ksiazki@wolterskluwer.pl](mailto:ksiazki@wolterskluwer.pl)

[www.wolterskluwer.pl](http://www.wolterskluwer.pl)

księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://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 zμών 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 zμών przetargowych a przetargi prywatne / 149

#### Rozdział IV

#### **Zachowania objęte zakresem zakazu zμών przetargowych w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym / 151**

1. Wprowadzenie / 151
2. Zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję jako znamię zmony 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 wewnątrzorganizacyjne / **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 „wewnątrzorganizacyjne” / **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. Umyślność lub nieumyślność jako znamiona charakteryzujące stronę podmiotową czynu zabronionego w prawie karnym / **347**
- 3.2. Znamiona charakteryzujące stronę podmiotową zmywy 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 zmywy 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 zmywami 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 zmywy 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 z umowy przetargowe w świetle zasady *ne bis in idem* / **406**
  6. Zbieg podstaw odpowiedzialności za z umowy 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 zmów przetargowych / **423**
- 8.2. Eliminacja zbiegu podstaw odpowiedzialności z tytułu zmów 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 zmów przetargowych oraz prawnych instrumentów przeciwdziałania tym praktykom / **448**
  - 1.2. Wielotorowość prawnej interwencji służącej przeciwdziałaniu znikom przetargowym / **450**
- 2. Zakres odpowiedzialności z tytułu zmów 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 zmów przetargowych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów / **464**
- 3. Wielość podstaw odpowiedzialności z tytułu zmów 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)



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

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

### Inne

<b>ETPC</b>	Europejski Trybunał Praw Człowieka
<b>KIO</b>	Krajowa Izba Odwoławcza
<b>SA</b>	sąd apelacyjny
<b>SIWZ</b>	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
<b>SN</b>	Sąd Najwyższy
<b>SOKiK</b>	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
<b>TK</b>	Trybunał Konstytucyjny
<b>UOKiK</b>	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 zmwowie. Stanowią również istotny problem gospodarki z uwagi na powszechność tej formy zawierania umów<sup>1</sup> oraz znaczącą wartość transakcji objętą przetargami<sup>2</sup>.

Podstawowym celem zmwowy przetargowej jest wpłynięcie na wynik przetargu: spowodowanie zwycięstwa uzgodnionego oferenta lub uzyskanie przedmiotu przetargu przez zwycięskiego oferenta na określonych, korzystnych dla niego warunkach<sup>3</sup>. 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-

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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 zmw 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 największych<sup>4</sup>. Waga problemu zmw przetargowych w polskiej gospodarce dostrzegana jest też w oficjalnych dokumentach kształtujących politykę gospodarczą państwa<sup>5</sup>.

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 beneficjenta<sup>6</sup>. Przy braku

<sup>4</sup> „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](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.

<sup>5</sup> 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](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](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11907).

<sup>6</sup> 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 umowy wpływać na przebieg tych przetargów<sup>7</sup>.

Podkreślenia wymaga, że problematyka przeciwdziałania znikom przetargowym nie może być utożsamiana wyłącznie z przetargami organizowanymi w systemie zamówień publicznych<sup>8</sup>. 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 publiczne<sup>9</sup>. 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](http://www.pois.2007-2013.gov.pl/Dokumenty/Wzorydokumentow/Strony/przeplywy_finansowe.aspx).

<sup>7</sup> Na ten temat zob. m.in. publikacje prasowe: V. Krasnowska-Salustowicz, *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](http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,12983958,Zmowa_przy_przetargach_drogowych__Operacja_ABW__Rydwan_.html).

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> Przykładowe rozstrzygnięcie dotyczące 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.

**Grzegorz Materna** – doktor nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych PAN; członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie; były pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w tym przez prawie sześć lat dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji zajmującego się wdrażaniem polskiego i unijnego prawa konkurencji; autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa ochrony konkurencji i konsumentów oraz prawa własności intelektualnej, m.in. monografii *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji* (Warszawa, 2009); współautor komentarzy do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, red. T. Skoczny (Warszawa 2009 i 2014) i do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, red. A. Wróbel (Warszawa, 2012) oraz pracy zbiorowej *Kooperencja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne* (Warszawa, 2013).

Monografia zawiera omówienie uregulowań służących przeciwdziałaniu znikom przetargowym w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym. W publikacji przedstawiona jest krytyczna analiza przyjętego w polskim systemie prawnym modelu wielotorowej odpowiedzialności – antymonopolowej i karnej – za zromy przetargowe. Autor, opowiadając się zasadniczo za utrzymaniem tego modelu, uzasadnia potrzebę zmian zapewniających respektowanie zasady niedublowania się postępowań i odpowiedzialności tego samego podmiotu za ten sam czyn (*ne bis in idem*) oraz zasady proporcjonalności.

W opracowaniu zawarto m.in.:

- porównanie zakresu zastosowania zakazu zromów przetargowych w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym,
- wskazówki dotyczące interpretacji problematycznych pojęć,
- wnioski *de lege ferenda*,
- aktualne krajowe i unijne orzecznictwo sądowe i administracyjne.

Książka przeznaczona jest dla pracowników UOKiK i pracowników innych służb, do których kompetencji należy przeciwdziałanie znikom, a także sędziów oraz arbitrów KIO, którzy w swojej działalności orzeczniczej poszukują zarówno teoretycznych wyjaśnień, jak i praktycznych wskazówek na temat sposobu oceny określonych zjawisk gospodarczych. Monografia zainteresuje również pracowników praktyków oraz pracowników naukowych specjalizujących się w problematyce prawa gospodarczego publicznego.



9 788326490859 W01P01

ISSN 1897-4392  
ISBN 978-83-264-9085-9



9 788326490859

#### ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45, FAX 22 535 80 01

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL