

Ochrona zamawiającego przed znowami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rodzaje znow przetargowych wyróżniane w praktyce
- III. Zakres zakazu zawierania znow przetargowych w różnych gałęziach prawa
 1. Podstawowe przepisy służące zwalczaniu znow przetargowych
 2. Zakres przedmiotowy zakazu
 3. Zakres podmiotowy zakazu
 4. Przesłanki strony podmiotowej zakazu
- IV. Sankcje za zawarcie znowy przetargowej
 1. Rodzaje sankcji
 2. Możliwość uniknięcia kary w zamian za współpracę
 3. Przedawnienie
- V. Możliwości dowodzenia zawarcia znowy przetargowej
 1. Uwagi wstępne
 2. Standard dowodu w procesie poszlakowym
 3. Możliwości uzyskania dowodu bezpośredniego
- VI. Wnioski

Streszczenie

Celem artykułu jest porównanie zakresu zastosowania przepisów prawa karnego, prawa ochrony konkurencji oraz prawa zamówień publicznych chroniących zamawiającego przed znowami przetargowymi. W artykule omówiono rodzaje znow przetargowych oraz tzw. ustawienia przetargu, wskazano, które z nich mogą podlegać ocenie z punktu widzenia poszczególnych dziedzin prawa, a także przedstawiono możliwe sankcje dla przedsiębiorcy oraz osób fizycznych. Zwrócono również uwagę na aspekty proceduralne, w szczególności w zakresie możliwych do wykorzystania środków dowodowych oraz standardu dowodu opartego na poszlakach. W artykule poruszono również kwestię potencjalnej odpowiedzialności osób zarządzających za zawarcie antykonkurencyjnych porozumień przetargowych oraz oceniono zasadność tego rozwiązania w świetle zasady *ne bis in idem*.

Słowa kluczowe: znowy przetargowe; „ustawienie przetargu”; art. 305 k.k.; zamówienia publiczne; dowody pośrednie; *ne bis in idem*; domniemanie niewinności.

* Absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; aplikant adwokacki; prawnik w kancelarii CMS Cameron McKenna Greszta i Sawicki sp.k.; e-mail: mariusz.minkiewicz@gmail.com.

I. Wprowadzenie

Zmowy przetargowe, z uwagi na ich negatywne skutki, zwalczane są na gruncie wielu gałęzi prawa. Dotyczy to w szczególności przetargów organizowanych na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: pzp), których ochronę uzasadnia konieczność zapewnienia efektywności wydatkowania środków publicznych. Zawarcie porozumienia w przetargu publicznym jest w związku z tym sankcjonowane przepisami prawa ochrony konkurencji, prawa zamówień publicznych oraz – jako jedyna z praktyk ograniczających konkurencję – przepisami prawa karnego². Jednocześnie jednak zakres działań zakazanych jako znowy przetargowe przez przepisy ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³ (dalej: uokik), pzp oraz kodeksu karnego (dalej: k.k.), a także sankcje grożące za naruszenie zakazu, zostały określone przez ustawodawcę w sposób niejednakowy, a zarazem dopuszczający zbieg odpowiedzialności na podstawie różnych przepisów.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie podstawowych przepisów służących zwalczaniu znow przetargowych w każdej ze wspomnianych gałęzi prawa oraz omówienie zakresu ochrony, jakiej udzielają one zamawiającemu⁴. Wyznaczenie rzeczywistego zakresu ochrony przed znowami przetargowymi wymaga również zwrócenia uwagi na aspekty proceduralne, które mają wpływ na możliwość pociągnięcia uczestników znowy do odpowiedzialności, w szczególności w zakresie środków dowodowych dostępnych organom prowadzącym postępowanie, a także na instytucje prawne uniemożliwiające zastosowanie sankcji z uwagi na upływ czasu (m.in. przedawnienie). Ponieważ tematyka zakresu zastosowania przepisów mających na celu zwalczanie znow przetargowych była już wielokrotnie przedmiotem rozważań doktryny⁵, przedstawienie przedmiotowej problematyki w niniejszym artykule ma na celu jej ujęcie w sposób możliwie syntetyczny i porządkujący, umożliwiający następnie opisanie wybranych aspektów proceduralnych.

Poświęcenie uwagi kwestii zwalczania znow przetargowych jest uzasadnione przede wszystkim wejściem w życie nowelizacji uokik⁶ wprowadzającej odpowiedzialność osób fizycznych oraz wciąż toczącą się w tym zakresie dyskusją co do zagwarantowania poszanowania zasady *ne bis in idem* w odniesieniu do porozumień zawieranych w ramach przetargów⁷. Ponadto, w ostatnich latach można zaobserwować coraz większe zainteresowanie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK)⁸ i organów ścigania znowami zawieranymi w związku z przetargami publicznymi oraz coraz większą współpracę, zwłaszcza w zakresie zbierania dowodów. Cztery decyzje wydane w latach 2013–2014 i opublikowane na stronie Prezesa UOKiK

¹ T. j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.

² A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2011, art. 6, pkt 3.2.4.

³ T. j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184.

⁴ Dla uproszczenia na potrzeby niniejszego artykułu pojęcie zamawiającego powinno być utożsamiane z pojęciem podmiotu, na rzecz którego przetarg jest organizowany. Przy omawianiu przepisów prawa zamówień publicznych pojęcie to należy rozumieć zgodnie z pojęciem zamawiającego przyjętym w przepisach pzp.

⁵ Por. m.in. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, s. 399–400; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 89–92; D. Wojtczak, *Zwalczanie znow przetargowych w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 7, s. 68; R. Szostak, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.

⁶ Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945).

⁷ Por. m.in. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne...*, s. 352–355; M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 391–409.

⁸ Por. ogłoszenia na stronie internetowej UOKiK (<http://uokik.gov.pl/>) na temat znow przetargowych w przetargach zorganizowanych m.in. przez Komendę Główną Policji (z 20.02.2015 r.) oraz przez PKP (z 28.01.2015 r.).

zostały oparte w znacznej mierze na dowodach zgromadzonych w toku postępowania karnego⁹, podczas gdy we wcześniejszym okresie (2000–2014) taka sytuacja miała miejsce tylko raz¹⁰. Zwiększona współpraca może wiązać się z szansą na zwiększenie wykrywalności i skuteczności zwalczania znow przetargowych.

II. Rodzaje znow przetargowych wyróżniane w praktyce

Punktem wyjścia do rozważań na temat zakresu zastosowania poszczególnych przepisów służących zwalczaniu znow przetargowych jest określenie, jakie zachowania są zasadniczo uznawane w praktyce za znowę przetargową. Pozwoli to na późniejsze wskazanie czy dane zachowanie, uznawane powszechnie za niedopuszczalną znowę, jest jednocześnie zakazane pod groźbą sankcji na gruncie poszczególnych gałęzi prawa. W konsekwencji możliwa będzie ocena realnej ochrony zamawiającego w świetle obowiązujących przepisów.

Przez „znowę przetargową” często rozumie się wyłącznie porozumienia zawierane pomiędzy oferentami w ramach przetargu organizowanego na podstawie przepisów pzp¹¹. W ramach niniejszego artykułu, z uwagi na konieczność wyznaczenia zakresu zachowań zakazanych przez poszczególne gałęzie prawa, zasadne jest przyjęcie szerszego rozumienia pojęcia znowy przetargowej obejmującego zarówno porozumienia między oferentami, jak i między oferentami a organizatorami przetargów (tzw. ustawienie przetargu), organizowanych tak przez podmioty publiczne, jak i prywatne na dowolnej podstawie prawnej. Jednocześnie z uwagi na znacznie szerszą skalę problemu zawierania znow w związku postępowaniem o zamówienie publiczne (przede wszystkim w aspekcie zaangażowanych środków)¹², kwestie związane z przetargami nieobjętymi zakresem zastosowaniem przepisów pzp zostaną omówione jedynie w kontekście zakresu zastosowania poszczególnych przepisów¹³.

W praktyce można wyróżnić następujące rodzaje działań, które mogą zostać zakwalifikowane jako znowy przetargowe:

- 1) porozumienia między oferentami, w szczególności:
 - a) uzgodnienie cen w ofertach w celu doprowadzenia do wyboru oferty jednego z uczestników znowy; oferty z wyższymi cenami nie stanowią realnej konkurencji dla oferty wybranej (oferta zabezpieczająca)¹⁴;
 - b) uzgodnienie zakresu oferty prowadzące do podziału przedmiotu zamówienia pomiędzy uczestników, którego efektem jest wyeliminowanie konkurencji między oferentami; do tego rodzaju znowy może dojść w wypadku umożliwienia przez zamawiającego złożenia ofert na jeden lub kilka z wielu określonych zakresów zamówienia, np. obszary geograficzne świadczenia usług (alokacja rynkowa)¹⁵;
 - c) uzgodnienie powstrzymania się od złożenia oferty prowadzącej do ograniczenia liczby ofert przetargowych (*bid suppression*)¹⁶; może to przybrać formę składania tzw. ofert ro-

⁹ Decyzje Prezesa UOKiK z 30.12.2014 r., DOK-8/2014, DOK-10/2014 oraz DOK-11/2014 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2013 r., RKT-46/2013.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 10.06.2008 r., RLU-21/2008.

¹¹ P. Semeniuk, „Polskie znowy przetargowe” – krytyka, iKAR 2013, nr 1(2), s. 57–58.

¹² R. Szostak, *Znowy...*, s. 35–36.

¹³ Rozdział III niniejszego opracowania.

¹⁴ D. Wojtczak, *Zwalczanie...*, s. 68; decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2013 r., RLU 37/2013.

¹⁵ D. Wojtczak, *Zwalczanie...*, s. 69; wyr. SA w Warszawie z 8.04.2011 r., VI ACa 1071/10, Lex nr 1130432.

¹⁶ P. Semeniuk, „Polskie...”, s. 54; D. Wojtczak, *Zwalczanie...*, s. 68; decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2013 r., RBG-47/2013.

- tacyjnych (jeden z uczestników znowy rezygnuje ze złożenia oferty w jednym przetargu w zamian za rezygnację ze złożenia oferty przez drugiego uczestnika w innym)¹⁷;
- d) uzgodnienie złożenia przez część uczestników znowy tzw. ofert kurtuazyjnych, pozornych (*complementary bidding, courtesy bidding*)¹⁸, niestanowiących realnej konkurencji dla oferty pozostałych uczestników porozumienia; może to nastąpić poprzez np. złożenie ofert niespełniających wymogów formalnych, które następnie nie są uzupełniane lub poprzez popełnienie innych błędów dyskwalifikujących ofertę; oferty kurtuazyjne stanowią formę oferty zabezpieczającej, służąc na ogół uwiarygodnieniu przetargu¹⁹;
- e) uzgodnienie złożenia kilku ofert przez uczestników znowy w warunkach konkurencji, a następnie doprowadzenie do odrzucenia ofert niższych (np. poprzez nieuzupełnienie braków formalnych), jeżeli oferty wyższe zajęłyby w takim wypadku ich miejsce²⁰;
- 2) porozumienia między oferentem a zamawiającym, tzw. ustawienie przetargu, w szczególności:
- a) uzgodnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób faworyzujący danego oferenta²¹;
- b) uzgodnienie ujawnienia poufnych informacji, np. o treści złożonych ofert, przed ich otwarciem, pozwalające jednemu lub kilku oferentom pozostającym w znowie na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami lub maksymalizację korzyści kosztem zamawiającego²²;
- c) uzgodnienie faworyzowania danego oferenta przy ocenie spełniania przez niego oraz pozostałych oferentów warunków uczestnictwa w przetargu lub ocenie jego oferty kryteriów innych niż cena²³.

Powyższy katalog, choć ma jedynie charakter przykładowy, identyfikuje najbardziej powszechne rodzaje znowów przetargowych, pozwalając na praktyczną ocenę zakresu ochrony zapewnianej zamawiającemu przez obowiązujące normy prawne.

III. Zakres zakazu zawierania znowów przetargowych w różnych gałęziach prawa

1. Podstawowe przepisy służące zwalczaniu znowów przetargowych

W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK oraz w doktrynie prawa ochrony konkurencji powszechnie przyjmuje się, że przepisem prawa polskiego zakazującym zawierania znowów przetargowych jest art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik²⁴. Na podstawie przywołanego przepisu możemy wyróżnić następujące przesłanki zakwalifikowania danego zachowania jako zakazanej znowy przetargowej: (i) zawarcie porozumienia, (ii) którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, (iii) polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, (iv) przez przedsiębiorców

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2013 r., RKT-46/2013.

¹⁸ P. Semeniuk, *Zwalczanie...*, s. 54.

¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.06.2014 r., DOK-1/2014.

²⁰ Tzw. polska znowa przetargowa – por. P. Semeniuk, *„Polskie znowy...”, s. 57–58; decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., RPZ-12/2009.*

²¹ J. Skorupka, *Przestępstwo utrudniania przetargu (art. 305 k.k.) de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 11-12, s. 119–120.

²² Ibidem, s. 120; A. Sasin, *Znowy przetargowe pionowe, czyli gdy zamawiający znowia się z wykonawcą*, Lex 2014.

²³ J. Skorupka, *Przestępstwo...*, s. 119–120.

²⁴ G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu znowów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 12, s. 4.

przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu.

Z kolei na gruncie prawa karnego, podstawowym przepisem kryminalizującym znowy przetargowe jest jedna z postaci art. 305 § 1 oraz § 2 k.k., zgodnie z którą odpowiedzialność karną ponosi, każdy kto (i) wchodzi w porozumienie z inną osobą, (ii) działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której dokonywany jest przetarg publiczny. Jednocześnie art. 305 § 1 k.k. wymaga, aby (iii) działanie sprawcy następowało w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, natomiast art. 305 § 2 k.k. wskazuje, że (iv) zawarcie porozumienia musi nastąpić w związku z przetargiem publicznym. W istocie, biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisów art. 305 § 1 i 305 § 2 k.k., wskazać należy, że zakres omawianej wyżej postaci czynów zdaje się różnić wyłącznie znamieniem celu działania sprawcy (iii). Oczywiście jest bowiem, że również w przypadku czynu określonego w art. 305 § 1 porozumienie musi zostać zawarte w związku z przetargiem, na co wskazuje pośrednio użycie sformułowania „na rzecz której **dokonywany jest przetarg**”²⁵.

W pzp brak jest wyrażonego wprost zakazu zawierania znow przetargowych, jednak zakaz ten wyprowadzany jest z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji²⁶. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁷ czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższa definicja z całą pewnością obejmuje porozumienia sprzeczne art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik – znowy przetargowe, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, co do zasady naruszają interes zamawiającego (klienta)²⁸. W przypadku wykrycia znowy przetargowej już po zawarciu umowy, zamawiającemu przysługuje roszczenie o unieważnienie zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (art. 70⁵ § 1 kodeksu cywilnego, dalej: k.c., w zw. z art. 146 ust. 5 pzp).

Przechodząc do omówienia poszczególnych przepisów sankcjonujących zawieranie znow przetargowych, na wstępie należy wyróżnić następujące elementy różnicujące zakres zachowań zakazanych przez normy danej gałęzi prawa: (i) zakres przedmiotowy, tj. przesłanki określające zachowania objęte hipotezą danej normy; (ii) zakres podmiotowy, tj. krąg podmiotów, których dotyczy zakaz oraz (iii) strona podmiotowa, tj. przesłanki przypisania danemu podmiotowi odpowiedzialności za dokonanie znowy przetargowej.

2. Zakres przedmiotowy zakazu

W odniesieniu do zakresu przedmiotowego zakazu zawierania znow przetargowych zawartego w poszczególnych dziedzinach prawa, możliwe jest wyróżnienie następujących elementów wspólnych stanowiących przesłanki uznania danego zachowania za zawarcie znowy przetargowej:

²⁵ M. Makowski, *Wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego – (de)penalizacja znow przetargowych w systemie zamówień publicznych*, „Palestra” 2014, nr 3–4, s. 187; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex 2014, art. 305; należy zgodzić się z M. Makowskim i G. Łabudą, że biorąc pod uwagę tożsamość sankcji za czyny określone w § 1 i § 2, należy uznać, że art. 305 k.k. stanowi błędne powtórzenie legislacyjne; redakcja art. 305 k.k. została poddana zasadnej krytyce również przez innych przedstawicieli doktryny (por. M. Gałązka [w:] A. Grześkowiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Lexis.pl 2013, art. 305; W. Wróbel [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III, Zakamycze*, Kraków 2006, art. 305).

²⁶ J. Nowicki, [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex 2014, art. 89; wyroki KIO z 3.03.2014 r., KIO 309/14, Lex nr 1441133 oraz z 2.07.2012 r., KIO 1287/12, Lex nr 1212151.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

²⁸ J. Nowicki, *Prawo zamówień...*; P. Wiśniewski, *Znowy przetargowe*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2013, nr 8, s. 40.

(i) istnienie przetargu; (ii) zawarcie w związku z przetargiem porozumienia o określonej treści; (iii) cel lub skutek porozumienia.

Niewątpliwie zakaz antykonkurencyjnych porozumień ustanowiony przez art. 6 ust. 1 uokik obejmuje zarówno przetargi publiczne organizowane na podstawie p.z.p., jak i przetargi organizowane przez podmioty prywatne²⁹. W przypadku tych drugich należy jednak zwrócić uwagę na konieczność wykazania istnienia interesu publicznego³⁰. A. Stawicki rozważa możliwość objęcia zakazem ustanowionym przez art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zarówno przetargu (dawnego przetargu pisemnego), jak i aukcji (dawnego przetargu ustnego), w rozumieniu art. 70¹ § 1 k.c., natomiast w odniesieniu do rodzajów postępowań przewidzianych przez pzp – również innych niż przetarg ograniczony i nieograniczony typów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o ile występuje w nich konkurencja ofert. Autor ten dochodzi do wniosku, że na przeszkodzie takiemu rozumieniu przepisu stoi zasada określoności (*nullum crimen sine lege*) niedopuszczająca stosowania wykładni rozszerzającej do przepisów wprowadzających sankcję³¹. Z tego względu wydaje się zasadne wyróżnienie zachowań objętych zakresem zastosowania sankcji *stricte* administracyjnych, niepołączonych z nałożeniem kary pieniężnej, od zachowań, za które mogą zostać nałożone sankcje o charakterze penalnym (administracyjne kary pieniężne)³². W pierwszym przypadku, objęcie zakresem zakazu również innych niż przetarg (pisemny), lecz zbliżonych do niego form wyłonienia kontrahenta mogłoby uzasadniać sformułowanie „w szczególności” zawarte w art. 6 ust. 1 uokik. Natomiast w braku ugruntowanego orzecznictwa, zakwalifikowanie przez Prezesa UOKiK porozumienia zawartego w innym niż przetarg postępowaniu o udzielenie zamówienia nie powinno pociągać za sobą nałożenia kary pieniężnej³³.

Z uwagi na szeroki charakter definicji czynu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp obejmuje swoim zakresem porozumienia zawierane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym możemy mieć do czynienia z potencjalną konkurencją ofert różnych wykonawców. Przepis ten z oczywistych względów nie dotyczy przetargów niepodlegających przepisom pzp (np. z uwagi na zbyt niską wartość zamówienia). Zamawiający może natomiast skorzystać z instrumentu przewidzianego w art. 70⁵ k.c.

Najwięcej rozbieżności w poglądach doktryny wywołuje rozumienie pojęcia „przetarg publiczny” zawartego w art. 305 k.k. – wątpliwości nie budzi jedynie objęcie zakresem omawianego przepisu przetargów (pisemnych) organizowanych przez podmioty publiczne, na podstawie pzp, w formie przetargu nieograniczonego. Większość przedstawicieli doktryny łączy przymiotnik „publiczny” z charakterem organizatora przetargu lub podmiotu, na którego rzecz przetarg jest przeprowadzany lub z organizowaniem przetargu na podstawie przepisów prawa (np. pzp, ale również np. przepisów wydawanych przez samorząd terytorialny)³⁴. Z uwagi jednak na umiejscowienie przepisu w rozdziale dotyczącym ochrony obrotu gospodarczego (a nie instytucji państwowych i samorządowych), należy zgodzić się z tą częścią autorów, którzy utożsamiają termin

²⁹ Tak A. Stawicki, *Ustawa o ochronie...*, art. 6; A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz [w:] T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Legalis, Warszawa 2014, art. 6.

³⁰ A. Jurkowska-Gomułka, *Ustawa o ochronie...*, art. 6.

³¹ A. Stawicki, *Ustawa o ochronie...*

³² Por. rozdz. IV poniżej oraz M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 150.

³³ M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*

³⁴ W. Wróbel, *Kodeks...*; Ł. Pohl [w:] R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego*. Tom 10, Legalis, Warszawa 2012, art. 305 k.k.; M. Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2014, art. 305; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2010, art. 305; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne...*, s. 90.

„publiczny” z możliwością uczestniczenia w nim względnie nieograniczonego kręgu osób bez względu na to, kto go organizuje³⁵. Biorąc pod uwagę konieczność rygorystycznego stosowania zasady określoności w prawie karnym, należy zaaprobować również pogląd, niedopuszczający zastosowania art. 305 k.k. do innych niż przetarg form postępowania, takich jak negocjacje z ogłoszeniem i bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki czy zapytania o cenę³⁶. Nie oznacza to, że szkodliwe porozumienia zawierane w związku z postępowaniami nieprzetargowymi pozostaną całkowicie bezkarne³⁷. Porozumienia między oferentem a osobą reprezentującą zamawiającego mogą zostać zakwalifikowane jako karalne podżeganie do przestępstw indywidualnych, takich jak nadużycie zaufania (art. 297 k.k.) lub nadużycie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k.)³⁸ czy ujawnienie tajemnicy w związku z wykonywaną funkcją (art. 266 k.k.)³⁹. Z kolei w określonych warunkach porozumienia między oferentami mogą podlegać kwalifikacji jako oszustwo przetargowe (art. 297 k.k.) – np. w razie złożenia nieprawdziwego oświadczenia o samodzielnym przygotowaniu oferty na zażądanie zamawiającego⁴⁰ lub korupcji w biznesie (art. 296a), np. w przypadku uzgodnienia rotacyjnego udziału w zamówieniach⁴¹.

W przeciwieństwie do przepisów uokik i pzp, które nie zawierają żadnych ograniczeń co do stadium organizacyjnego przetargu, w którym dochodzi do znowy, w przypadku art. 305 k.k. należy wyróżnić zakres temporalny ochrony z uwagi na sformułowanie „na której rzecz przetarg jest dokonywany”⁴². Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, powyższe sformułowanie powoduje, że omawiany przepis nie obejmuje penalizacją znowów przetargowych, zawieranych i realizowanych na etapie przygotowania przetargu, czyli jeszcze przed jego ogłoszeniem⁴³ – w szczególności większości porozumień między oferentem a zamawiającym, takich jak np. uzgodnienie treści SIWZ.

Zawarcie porozumienia mającego charakter znowy przetargowej zarówno w prawie ochrony konkurencji, prawie zamówień publicznych, jak i prawie karnym może nastąpić w dowolnej formie, w szczególności w drodze nieformalnych uzgodnień⁴⁴. Jeśli chodzi o treść porozumienia, art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wskazuje, że musi ono dotyczyć uzgodnienia warunków ofert składanych przez przedsiębiorców już uczestniczących w przetargu, przy czym wystarczające jest ogólne określenie tych warunków (np. ceny nie większej niż x). Powyższy przepis znajduje zatem zastosowanie do większości przykładów znowów wymienionych w rozdz. II niniejszego opracowania, jednak nie obejmuje uzgodnienia ograniczenia liczby ofert ani ofert rotacyjnych^{45,46}, a także uzgodnień co

³⁵ Tak m.in. G. Łabuda, *Kodeks karny...*; M. Gałązka, *Kodeks...*

³⁶ G. Łabuda, *Kodeks karny...*; A. Marek, *Kodeks karny...*; odmiennie R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Legalis, Warszawa 2013, art. 305; J. Skorupka, *Przestępstwo...*, s. 116.

³⁷ Por. P. Wiatrowski, *Odpowiedzialność...*; P. Soszyńska-Purtak, *Odpowiedzialność karna za przestępstwa popełniane przy zamówieniach publicznych*, Lex 2014.

³⁸ W szczególności w przypadku napisania SIWZ „pod” danego wykonawcę pkt 1 lit. a i c w rozdz. II.

³⁹ Por. pkt 1 lit. b w rozdz. III.

⁴⁰ Do żądania składania takich oświadczeń zachęca D. Wojtczak w *Zwalczanie znowów...*

⁴¹ Przestępstwo z art. 296a § 2 k.k. mogłoby polegać na zaferowaniu przedstawicielowi przedsiębiorcy korzyści w postaci zaniechania udziału przez innego przedsiębiorcę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zamian za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji zaniechanie udziału w innym postępowaniu; jeśli chodzi o inne niż przetarg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

⁴² M. Makowski, *Wejście...*, s. 197–198.

⁴³ Por. art. 40 ust. 1 p.z.p.; tak m.in. M. Makowski, *Wejście...*, s. 197–198; P. Wiatrowski, *Odpowiedzialność karna w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 129; G. Łabuda, *Kodeks karny...*; R. Zawłocki, *Kodeks karny...*

⁴⁴ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, art. 6; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2014, art. 6.

⁴⁵ Por. rozdz. II pkt 1, lit. c niniejszego artykułu.

⁴⁶ G. Materna, *Zakres...*, s. 6; odmiennie K. Kohutek, *Ustawa... oraz Prezes UOKiK w decyzjach z 31.12.2013 r., RBG-47/2013 oraz z 16.12.2013 r., RKT-46/2013*.

do faworyzowania oferenta przy ocenie kryteriów innych niż cena⁴⁷. Tego rodzaju znowy nie dotyczą bowiem treści ofert, a wyłącznie zachowania w związku z przetargiem. Jednocześnie jednak znowa co do nieskładania ofert przez niektórych przedsiębiorców lub składanie ofert rotacyjnych mogłyby zostać zakwalifikowane jako porozumienia horyzontalne zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 2 lub 3 uokik (ograniczanie zbytu lub podział rynków), natomiast co do faworyzowania oferenta – jako porozumienie wertykalne określone w pkt 6 przywołanego artykułu (ograniczanie dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem)⁴⁸. O ile kwalifikacja nie miała większego znaczenia w poprzednim stanie prawnym (porozumienie i tak należało uznać za niedozwolone)⁴⁹, o tyle wejście w życie nowelizacji uokik wymaga obecnie precyzyjnego określenia, pod który punkt art. 6 ust. 1 uokik podpada dane porozumienie⁵⁰.

Ani art. 305 k.k., ani też art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie precyzują na czym miałyby polegać niedozwolone porozumienie przetargowe, ujmując zakres zakazu szerszej niż art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik⁵¹. Zakres treściowy porozumienia wyznacza przede wszystkim skutek porozumienia, jakim jest zdolność porozumienia lub działań następujących w jego wykonaniu do wywołania zagrożenia dla zamawiającego⁵². W przypadku art. 305 k.k. jako przepisu karnego sensu stricto tego rodzaju redakcja przepisu, nieokreślająca wprost treści zakazanego porozumienia, budzi poważne wątpliwości nie tylko z punktu widzenia techniki legislacyjnej, lecz także zgodności z zasadą określoności⁵³.

W świetle omawianych przepisów za zakazane porozumienie nie należy zasadniczo uznawać porozumienia co do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne (tzw. konsorcjum przetargowe) jako dopuszczalnego na gruncie art. 23 ust. 1 pzp. Tego rodzaju porozumienia mają zasadniczo na celu umożliwienie wzięcia udziału w przetargu wykonawcom, którzy nie mogliby uczynić tego samodzielnie. Jednocześnie jednak, w razie gdyby wykonawcy mieli realną możliwość uczestniczenia w przetargu samodzielnie, nie można wykluczyć zakwalifikowania zawiązanego przez nich konsorcjum jako porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik⁵⁴, a nawet z art. 305 k.k. Pociągnięcie sprawców do odpowiedzialności karnej wymagałoby jednak wykazania przestępczego zamiaru sprawcy oraz pozostałych znamion przestępstwa.

Przesłanka w postaci szeroko rozumianego skutku porozumienia, może w praktyce stanowić istotny czynnik różnicujący zakres zastosowania poszczególnych przepisów, przede wszystkim ze względu na odmienną wykładnię przepisów poszczególnych gałęzi prawa wynikającą z funkcji, której służy każdy z nich. Dla uznania danego porozumienia za zakazane na gruncie art. 6 ust. 1 uokik konieczne jest wykazanie, że jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Należy zauważyć, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że znowy przetargowe z samej swojej natury są zdolne do wywołania antykonkurencyjnych skutków⁵⁵. Do znowów przetargowych nie ma w związku z tym

⁴⁷ Por. rozdz. II pkt 2 lit. C niniejszego opracowania.

⁴⁸ G. Materna, *Zakres...*, s. 6; A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz, *Ustawa...*, art. 6; A. Stawicki, *Ustawa...*, art. 6.

⁴⁹ K. Kohutek, *Ustawa...*, art. 6.

⁵⁰ Por. rozdz. III pkt 3 niniejszego opracowania.

⁵¹ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne...*, s. 90.

⁵² Wyr. SN z 23.01.2012 r., WA 38/11, Legalis nr 478668; G. Łabuda, *Kodeks...*

⁵³ M. Gałązka, *Kodeks...*; W. Wróbel, *Kodeks...*

⁵⁴ Szerzej na ten temat: A. Zawłocka-Turno, *Znowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 44–56.

⁵⁵ Por. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 91-92; K. Kohutek, *Ustawa...*, art. 6.

zastosowania reguła *de minimis* zawarta w art. 7 ust. 1 uokik⁵⁶, a ponadto w literaturze wskazuje się, że wymierzony w mechanizm konkurencji cel lub skutek znowy przetargowej może być domniemywany⁵⁷. Istnienie domniemania nie może jednak uzasadniać wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego przeciwko przedsiębiorcy całkowicie bez uwzględnienia możliwości wywołania przez znowę przetargową zagrożenia dla konkurencji w konkretnym stanie faktycznym. W wyroku z 14 stycznia 2009 r., Sąd Najwyższy, stwierdzając, że co do zasady możliwe jest przyjęcie domniemania, że celem znowów przetargowych jest ograniczenie konkurencji, wskazał jednak na konieczność wzięcia pod uwagę kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do uzgodnienia warunków udziału w przetargu⁵⁸. Ponadto, Prezes UOKiK powinien wskazać istnienie interesu publicznego w „ściganiu” danej znowy przetargowej (art. 1 uokik). W przypadku jednostkowych znowów przetargowych, do których dochodzi w warunkach konkurencji, takich jak np. znowa dwóch przedsiębiorców powiązanych rodzinnie co do kurtuazyjnego charakteru jednej z ofert złożonych w przetargu, przy znacznej konkurencji ze strony pozostałych oferentów, niezasadne wydaje się prowadzenie postępowania antymonopolowego i nakładanie sankcji na przedsiębiorców. Porozumienie tego rodzaju nie jest bowiem nawet zdolne, w określonym kontekście gospodarczym, do ograniczenia konkurencji.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze dotyczącej art. 305 k.k. brakuje zgodności co do tego czy sformułowanie „działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany” jest znamieniem skutku czy też sposobem działania sprawcy⁵⁹. Niezależnie od zakwalifikowania czynu z art. 305 k.k. jako przestępstwa materialnego (skutkowego) czy też formalnego z narażenia⁶⁰, w praktyce konieczne jest wykazanie, że bądź samo porozumienie, bądź też działania następujące w jego wykonaniu spowodowały realne zagrożenie powstania szkody po stronie zamawiającego⁶¹. Nie wystarcza zatem wykazanie, że sam cel porozumienia groził wyrządzeniem szkody zamawiającemu, ale musi ono być zdolne obiektywnie zaszkodzić zamawiającemu. Przykładowo, rozważmy przypadek uzgodnienia przez dwóch uczestników przetargu, w którym bierze udział znaczna liczba podmiotów, cofnięcia oferty przez jednego z nich. W takim wypadku nie dojdzie do popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k., jeżeli ceny ofertowe zawarte w ważnych ofertach innych uczestników były korzystniejsze dla zamawiającego niż oferta cofnięta. Realność i konkretność zagrożenia wynikającego ze znowy przetargowej, wymagana przez art. 305 k.k., kontrastuje z domniemywanym, potencjalnym celem lub skutkiem ograniczenia konkurencji obowiązującym na gruncie prawa ochrony konkurencji.

Z uwagi na powiązanie kwalifikacji znowy przetargowej w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, znamię celu lub skutku powinno być interpretowane tak samo, jak na gruncie prawa antymonopolowego⁶². Jeśli chodzi o przesłanki unieważnienia umowy, konieczne jest wykazanie, że zawarcie znowy miało wpływ na wynik przetargu (art. 146 ust. 6 pzp i art. 70⁵ § 1 k.c.).

⁵⁶ Art. 7 ust. 3 uokik wyłącza jej zastosowanie do porozumień wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 uokik.

⁵⁷ K. Kohutek, *Ustawa...*, art. 6, A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz, *Ustawa...*, art. 6.

⁵⁸ III SK 26/08, Lex nr 584997; por. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 92; K. Kohutek, *Ustawa...*, art. 6.

⁵⁹ Por. M. Makowski, *Wejście...*, s. 190-192 oraz przywołane tam orzecznictwo i poglądy doktryny.

⁶⁰ Tak m.in. A. Marek, *Kodeks...*; wyr. SN z 14.01.1999 r., V KKN 671/98, Orz. Prok. i Pr. 1999, nr 6, poz. 9.

⁶¹ Wyr. SN z 23.01.2012 r., WA 38/11, Legalis nr 478668; M. Gałązka, *Kodeks...*; J. Potulski [w:] R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis, Warszawa 2012, art. 305.

⁶² Wyr. KIO z 3.03.2014 r., KIO 309/14, Lex nr 1441133.

3. Zakres podmiotowy zakazu

W odniesieniu do zakresu podmiotowego zakazu zawierania znow przetargowych, prawo ochrony konkurencji sankcjonuje zawarcie porozumienia zarówno przez samych oferentów (uczestników przetargu), jak i przez oferentów i organizatora przetargu, przy czym podmioty, którym przypisuje się zawarcie porozumienia, muszą posiadać status przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik. Status przedsiębiorcy może przysługiwać zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym. Odpowiedzialności antymonopolowej nie będą natomiast podlegać m.in. zamawiający nieprowadzący działalności gospodarczej ani usług o charakterze użyteczności publicznej (np. urzędy administracji rządowej, takie jak ministerstwa)⁶³.

Ograniczenia co do kręgu podmiotów odpowiedzialnych nie przewiduje art. 305 k.k., który znajduje zastosowanie do zawarcia porozumienia przez dowolne osoby fizyczne – w tym oferentów wykonujących indywidualnie działalność gospodarczą, pracowników lub innych przedstawicieli oferentów lub zamawiającego, a nawet osób spoza struktury np. zewnętrznych doradców, biegłych. Z uwagi na związek zachowania z przetargiem jedną z nich będzie na ogół przedstawiciel oferenta⁶⁴. Odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa z art. 305 k.k. może podlegać również podmiot zbiorowy (zazwyczaj przedsiębiorca), któremu działanie osoby zawierającej znowę mogło przynieść korzyść – na podstawie przepisów ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej: uopz)⁶⁵. Odpowiedzialność ta ma charakter wtórny – podmiot zbiorowy może być pociągnięty do odpowiedzialności wyłącznie po prawomocnym orzeczeniu stwierdzającym popełnienie czynu zabronionego z art. 305 k.k. przez osobę fizyczną⁶⁶.

Również art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp może znaleźć zastosowanie do porozumień zawieranych przez dowolne osoby, jeżeli w związku z ich zawarciem złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Z natury rzeczy sankcja w postaci odrzucenia oferty obejmuje swoim zakresem wyłącznie oferentów.

Po wejściu w życie nowelizacji uokik z 10 czerwca 2014 r., odpowiedzialność za zawarcie antykonkurencyjnych porozumień wskazanych w art. 6 ust. 1 uokik mogą co do zasady ponosić również osoby fizyczne (osoby zarządzające), które umyślnie dopuściły do zawarcia porozumienia. Odpowiedzialność ta ma charakter akcesoryjny (wtórny) w stosunku do odpowiedzialności przedsiębiorcy – kara pieniężna może zostać nałożona na osobę zarządzającą wyłącznie w decyzji przeciwko przedsiębiorcy (art. 106a ust. 2 uokik). Należy jednocześnie zauważyć, że zarówno art. 6a oraz art. 106a uokik, będące podstawą do pociągania osób zarządzających do odpowiedzialności, w odesłaniu do art. 6 ust. 1 uokik pomijają pkt 7. Zabieg ten jest celowy, ustawodawcy chodziło bowiem o objęcie zakresem zastosowania sankcji wobec osób fizycznych wyłącznie porozumień stypizowanych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik, z wyłączeniem znow przetargowych.

⁶³ Por. G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu znow przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 12, s. 6. Ponieważ zakres podmiotowy zakazu zawierania znow przetargowych na gruncie prawa ochrony konkurencji był już przedmiotem dogłębnych rozważań w cytowanym artykule G. Materny, zbędne jest przeprowadzanie dalszej szczegółowej analizy w ramach niniejszego artykułu.

⁶⁴ Rozważania w literaturze na temat braku karalności zawarcia porozumienia z zamawiającym nie mają większego znaczenia praktycznego. Zachowania przedstawicieli zamawiającego polegające na zawarciu znow przetargowej z oferentem na szkodę tegoż zamawiającego, nie można z reguły przypisać zamawiającemu, będącego na ogół instytucją, a więc podmiotem zbiorowym. Zawarcie znow następuje bowiem z przekroczeniem kompetencji przedstawiciela do reprezentowania zamawiającego (G. Materna, *Zakres...*, s. 7 oraz przywołana tam literatura).

⁶⁵ T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1417, ze zm.

⁶⁶ Por. art. 4 uopz.

Wynika to zarówno z obowiązku przestrzegania zasady określoności zachowań objętych administracyjnymi sankcjami penalnymi⁶⁷, jak i z treści uzasadnienia projektu nowelizacji uokik, zgodnie z którym „[p]rojekt nie przewiduje przepisów kolizyjnych dotyczących eliminacji podwójnego karania osób zarządzających za te same czyny na podstawie przepisów ustawy oraz przepisów karnych – zbieg taki, jak wynika z przeprowadzonych analiz, nie występuje na gruncie obowiązujących przepisów”. Można przypuszczać, że w ocenie ustawodawcy wyłączenie pkt 7 wyeliminuje zbieg przepisów uokik przewidujących nakładanie sankcji na osoby fizyczne z art. 305 k.k.

Wbrew intencji autorów projektu obecne przepisy nie eliminują możliwości zbiegu podstaw odpowiedzialności osób fizycznych, z uwagi na odmienną zakres przedmiotowy art. 305 k.k. oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, przede wszystkim w odniesieniu do wymaganej treści porozumienia. Zbieg taki może wystąpić w przypadku znow przetargowych dotyczących ograniczenia liczby ofert przetargowych czy też składania ofert rotacyjnych, które nie realizują przesłanki „uzgodnienia warunków ofert” wymaganej przez art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Ponadto, art. 106a uokik przewiduje również możliwość pociągnięcia osób zarządzających do odpowiedzialności za dopuszczenie do naruszenia art. 101 TFUE, który w katalogu antykonkurencyjnych porozumień w ogóle nie wymienia znow przetargowych. Jednocześnie zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów unijnych określone rodzaje porozumień cenowych mogą być kwalifikowane jako określone typy porozumień horyzontalnych lub wertykalnych (np. uzgodnienie zakresu jako podział rynków z art. 101 ust. 1 lit. c TFUE, uzgodnienie cen ofertowych – porozumienie cenowe z art. 101 ust. 1 lit. a TFUE)⁶⁸. Wreszcie, do tej pory nie został jednoznacznie wyeliminowany zbieg administracyjnych sankcji penalnych oraz sankcji karnych w przypadku zawarcia znowy przez osobę fizyczną będącą jednocześnie niezależnym przedsiębiorcą⁶⁹.

Uniknięcie dwukrotnego ukarania osoby na podstawie przepisów karnych i przepisów uokik byłoby teoretycznie możliwe z uwagi na fakultatywny charakter kar pieniężnych nakładanych na osoby zarządzające (z uwagi na użycie w art. 106a uokik sformułowania „może nałożyć”). Uokik nie przewiduje jednak żadnych wytycznych w tym zakresie, które obligowałyby Prezesa UOKiK do odstąpienia od ukarania osoby zarządzającej w przypadku objęcia danego zachowania hipotezą art. 305 k.k.⁷⁰. Ponadto, z uwagi na obowiązek nakładania kary pieniężnej już w decyzji stwierdzającej stosowanie danej praktyki, w momencie podejmowania decyzji co do nałożenia kary na podstawie art. 106a uokik kwestia odpowiedzialności karnej danej osoby fizycznej na ogół nie będzie jeszcze prawomocnie rozstrzygnięta. Postępowania karne trwają bowiem zazwyczaj znacznie dłużej niż administracyjne postępowanie antymonopolowe.

Mając na uwadze powyższe, rozwiązanie wprowadzone nowelizacją uokik należy ocenić negatywnie. Wydaje się, że z uwagi na różnice w zakresie zastosowania oraz różne funkcje, jakim służy art. 305 k.k. i art. 106a w zw. z 6a uokik, nie byłaby możliwa całkowita eliminacja potencjalnego zbiegu. Realizacji zasady *ne bis in idem* lepiej mogłoby posłużyć wprowadzenie do uokik przepisu przewidującego sprzężenie kary pieniężnej nakładanej na osobę zarządzającą

⁶⁷ W uzasadnieniu projektu nowelizacji wyraźnie wskazano, że „[k]atalog praktyk, za które karane będą osoby fizyczne, będzie zamknięty, aby wyeliminować zarzut nieokreśloności przepisów nakładających sankcję karną”.

⁶⁸ K. Kohutek, *Ustawa...*, art. 6.

⁶⁹ Por. G. Materna, *Zakres...*, s. 8-9. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 399.

⁷⁰ Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego możliwość wymierzenia za to samo zachowanie zarówno administracyjnych kar pieniężnych o charakterze penalnym, jak i kar za przestępstwo jest dostrzegana jako poważny problem; por. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, 414-415; wyr. Trybunału Konstytucyjnego z 18.11.2010 r., P 29/09.

z ewentualnym jej prawomocnym skazaniem przez sąd karny np. poprzez zawieszenie egzekucji kary pieniężnej (połączone z ewentualnym jej zabezpieczeniem na majątku osoby zarządzającej), a następnie zarządzenie jej wykonania lub umorzenia dopiero po prawomocnym zakończeniu postępowania karnego.

4. Przesłanki strony podmiotowej zakazu

Pojęcie znamion strony podmiotowej stanowi dorobek doktryny prawa karnego i w związku z tym należy rozpocząć od ich omówienia na gruncie art. 305 k.k.⁷¹ Pociągnięcie osoby uczestniczącej w znowie przetargowej do odpowiedzialności karnej wymaga wykazania jej umyślności, a więc możliwości zarzucenia jej działania w zamiarze realizacji znamion strony przedmiotowej (wejścia w porozumienie, którego zawarcie lub wykonanie spowodowało realne zagrożenie dla zamawiającego). Niewątpliwie uczestnik porozumienia nie może być nieświadomy bezprawności zawieranego porozumienia i konsekwencji, jakie jego zawarcie będzie miało dla zamawiającego⁷². Ponadto, sprawca musi działać w zamiarze bezpośrednim – chce zawrzeć porozumienie, działając na szkodę zamawiającego lub w zamiarze ewentualnym – godzić się na to, że jego działanie może zrealizować znamiona strony przedmiotowej⁷³. W praktyce, z uwagi na sposób sformułowania art. 305 k.k., w przypadku większości znow przetargowych wymienionych w pkt 2 niniejszego opracowania, sprawca na ogół będzie działał w zamiarze bezpośrednim⁷⁴.

Do przypisania odpowiedzialności quasi-karnej przedsiębiorcy niebędącemu osobą fizyczną, art. 3 ust. 1 uopz wymaga co do zasady – poza wykazaniem możliwości uzyskania korzyści majątkowej z przestępstwa oraz prawomocnego stwierdzenia popełnienia czynu zabronionego przez osobę fizyczną – wykazania, że osoba ta (i) działała 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; (ii) została dopuszczona do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt (i); (iii) działała w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt (i), jako przedsiębiorca bezpośrednio współdziałał z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego. Ponadto konieczne jest wykazanie winy w wyborze, winy w nadzorze lub nieprawidłowej organizacji niezapobiegającej popełnieniu czynu zabronionego ze strony organu przedsiębiorcy (art. 5 uopz).

W prawie ochrony konkurencji, przesłanki strony podmiotowej zastosowania sankcji *stricte* administracyjnych różnią się od przesłanek nałożenia sankcji penalnych. W pierwszym przypadku odpowiedzialność ma zasadniczo postać odpowiedzialności obiektywnej, bez konieczności wykazywania jakiegokolwiek winy. Do przypisania odpowiedzialności przedsiębiorcy wystarczające jest stwierdzenie działania w interesie przedsiębiorcy, niezależnie od tego czy dana osoba posiadała formalne umocowanie do zawarcia znowy⁷⁵. Do nałożenia sankcji penalnych konieczne

⁷¹ Na potrzeby niniejszego artykułu przez stronę podmiotową należy rozumieć przesłanki przypisania danemu podmiotowi odpowiedzialności z uwagi na możliwość postawienia mu indywidualnego zarzutu.

⁷² Por. art. 29 § 1 k.k. (kontrakt uprzedmiotowiony nieświadomości bezprawności) oraz art. 28 § 1 k.k. (kontrakt błędu co do znamienia).

⁷³ W przypadku czynu z art. 305 § 1 k.k. możliwe jest jego popełnienie wyłącznie w zamiarze bezpośrednim – w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

⁷⁴ Należy pamiętać, że „chce» wcale nie jest równoznaczny ze zwrotem «pragnie». Sprawca «chce» popełnić czyn nie tylko wtedy, gdy pragnie realizacji znamion i gdy następstwa czynu są dlań pożądane, ale również wtedy, gdy realizację znamion wyobraża sobie jako konieczny, choć obojętny lub nawet niepożądany, skutek swego zachowania” – wyr. SN z 2.06.2003 r., II KK 232/02, Lex nr 78373.

⁷⁵ G. Materna, *Zakres...*, s. 5.

jest natomiast wykazanie winy, przy czym w przypadku nałożenia ich na przedsiębiorcę – winy co najmniej nieumyślnej (art. 106 ust. 1 uokik), a w przypadku odpowiedzialności osób zarządzających – winy umyślnej. Uokik nie zawiera żadnych wytycznych co do sposobu rozumienia pojęcia umyślności i nieumyślności. W przypadku sankcji nakładanych na osoby zarządzające, można z powodzeniem przyjąć sposób rozumienia pojęcia umyślności wypracowany w doktrynie prawa karnego (jako działanie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym). Problematiczne jest jednak wyjaśnienie zasad pociągnięcia do odpowiedzialności przedsiębiorców, których gros stanowią osoby prawne i jednostki organizacyjne. W doktrynie prawa ochrony konkurencji brakuje wypracowanej jednolitej koncepcji winy podmiotów zbiorowych, a szczegółowe omówienie powyższej problematyki wykracza poza ramy niniejszego opracowania⁷⁶. W świetle wprowadzonej nowelizacją uokik regulacji odpowiedzialności osób zarządzających zbliżającej model sankcji do tych przewidzianych przez szeroko rozumiane prawo karne, jak również orzecznictwa wskazującego na potrzebę stosowania standardów prawa karnego również do nakładania sankcji na podstawie uokik, zasadne wydaje się posłkowanie się zasadami przypisania podmiotowi zbiorowemu odpowiedzialności wskazanymi w art. 3 i 5 uopz.

W prawie zamówień publicznych obowiązuje zasadniczo zobiektywizowana przesłanka winy. Do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie jest konieczne przypisywanie odpowiedzialności za działania pracowników zawierających znowę przetargową w imieniu oferentów⁷⁷. Podobnie w postępowaniu o unieważnienie umowy, wystarczające jest bądź wykazanie cywilistycznej bezprawności (sprzeczności zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami), bądź też po prostu naruszenia przez osoby działające w imieniu zamawiającego przepisów pzp (art. 146 ust. 6 pzp).

IV. Sankcje za zawarcie znowy przetargowej

1. Rodzaje sankcji

M. Król-Bogomilska wyróżnia dwa rodzaje sankcji grożących za naruszenie zakazów określonych w uokik lub TFUE: sankcje (*stricte*) administracyjne oraz sankcje penalne⁷⁸. W ramach sankcji administracyjnych do znowów przetargowych w poprzednim stanie prawnym zastosowanie znajdowały przede wszystkim decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję (decyzje stwierdzające), z uwagi na to, że tego rodzaju praktyki są na ogół związane z danym przetargiem i trwają zbyt krótko, by Prezes UOKiK mógł wydać innego rodzaju decyzję⁷⁹. Po nowelizacji uokik nie przewiduje już osobnej kategorii decyzji stwierdzających zaniechanie – zgodnie z art. 10 ust. 2 uokik Prezes UOKiK, wydając decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jednocześnie nakazuje zaniechanie jej stosowania, jeżeli do czasu wydania decyzji praktyka ta nie została zaprzestana. W praktyce nakazanie zaniechania praktyki może mieć miejsce w przypadku wykrycia trwającego porozumienia co do składania ofert rotacyjnych. Z uwagi na kwalifikacje

⁷⁶ Szerzej o tym: M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 183–193; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne...*, s. 74–76.

⁷⁷ Wyr. KIO z 14.09.2010 r., KIO/UZP 1874/10, Lex nr 686902: „uznanie porozumienia za ograniczające konkurencję nie wymaga ustalenia, czy porozumienie zostało zawarte przez osoby upoważnione do reprezentowania danego podmiotu”.

⁷⁸ M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie...*, s. 149–150.

⁷⁹ Nie zmienia tego przerzucenie ciężaru dowodu zaniechania praktyki na przedsiębiorcę, jako że fakt zaniechania wynika na ogół z samej natury znowy przetargowej oraz materiału dowodowego zebranego z urzędu przez Prezesa UOKiK.

zmów przetargowych jako najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji nie jest możliwe wydanie decyzji zobowiązującej⁸⁰.

Nową „sankcją” administracyjną za dopuszczenie się praktyk ograniczających konkurencję jest możliwość zastosowania przez Prezesa UOKiK tzw. środków zaradczych (art. 10 ust. 4–6 uokik)⁸¹. Są to środki stosowane w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia trwających skutków naruszenia konkurencji. Co istotne, mogą mieć one zastosowanie również do praktyk zaprzestanych. Wydaje się jednak, że z uwagi na zazwyczaj „jednorazowy” charakter skutków, jakie wywołują znowy przetargowe (na ogół zawarcie jednostkowej umowy z zamawiającym), a także istnienie autonomicznych instytucji prawnych służących ich usunięciu (m.in. możliwość unieważnienia umowy lub powtórzenia czynności przez zamawiającego), co do zasady środki zaradcze nie będą miały do nich zastosowania. Ewentualne należałoby rozważyć możliwość zastosowania środków zaradczych w przypadku znowów dotyczących większej liczby przetargów, np. obejmujących składanie ofert rotacyjnych lub mających *de facto* charakter stałego podziału rynku między uczestnikami⁸².

W zakresie sankcji penalnych za zawarcie znowy przetargowej przepisy uokik przewidują obecnie możliwość nałożenia na przedsiębiorcę sankcji w postaci kary pieniężnej, co do zasady w wysokości do 10% obrotu osiągniętego w roku poprzedzającym nałożenie kary (art. 106 ust. 1 uokik)⁸³. Biorąc pod uwagę rozważania opisane w pkt 3 w rozdz. III powyżej niniejszego opracowania, nie można również wykluczyć możliwości nałożenia kary pieniężnej na osobę zarządzającą w wysokości do 2.000.000 zł (art. 106a uokik). W przeciwieństwie do sankcji *stricte* administracyjnych, których zastosowanie jest obowiązkiem Prezesa UOKiK w przypadku stwierdzenia praktyki, sankcje penalne mają charakter fakultatywny⁸⁴. Jednocześnie wyłączona została możliwość nałożenia kary pieniężnej na osobę zarządzającą, na którą została już nałożona kara pieniężna jako na przedsiębiorcę (art. 106a ust. 3 uokik).

Popelnienie przestępstwa określonego w art. 305 k.k. wiąże się dla osoby fizycznej będącej uczestnikiem znowy przetargowej nie tylko z możliwością skazania na karę pozbawienia wolności do lat trzech, lecz także z możliwością wymierzenia jej grzywny obok kary pozbawienia wolności, jeżeli dopuściła się ona czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnęła (art. 33 § 2 k.k.). Dodatkową dotkliwą sankcją dla osoby prawomocnie skazanej za przestępstwo z art. 305 k.k. jest brak możliwości pełnienia funkcji członka zarządu (art. 18 § 2 kodeksu spółek handlowych).

Konsekwencją skazania osoby fizycznej, która, zawierając zakazane porozumienie przetargowe, działała na rzecz podmiotu zbiorowego, jest możliwość orzeczenia wobec tego podmiotu przepadku korzyści uzyskanej w wyniku znowy (art. 52 k.k.). Ponadto, podmiot zbiorowy może również podlegać sankcjom określonym w uopz, takim jak (i) przepadek korzyści; (ii) kara pieniężna w wysokości od 1.000 do 5.000.000 zł, nie wyższa jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku

⁸⁰ Ibidem, s. 156.

⁸¹ W literaturze wskazuje się co prawda, że środki te nie mają charakteru prewencyjno-represyjnego, jednak mogą one stanowić istotną dolegliwość dla przedsiębiorcy; por. J. Sroczyński, *Tzw. środki zaradcze (remedies) w znowelizowanej ustawie antymonopolowej: istotny wzrost uprawnień Prezesa UOKiK*, PUG 2015, nr 2, s. X oraz przywołana tam literatura.

⁸² Również w tym przypadku nie jest jasne, jaki środek zaradczy mógłby zostać zastosowany. Nie wydaje się, aby w ramach kompetencji przyznanych Prezesowi UOKiK w art. 10 ust. 4–6 uokik mógł on np. zakazać określonym przedsiębiorcom kontaktów handlowych w celu zaniechania praktyki zawierania znowów przetargowych lub nakazania udziału w określonych przetargach.

⁸³ Art. 106 ust. 5–6 przewidują odstępstwa od tej zasady.

⁸⁴ Ibidem, s. 170; K. Kohutek, *Opracowanie. Kara pieniężna nakładana na osobę zarządzającą za naruszenie reguł konkurencji*, Lexis.pl 2015.

obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony; (iii) dodatkowe sankcje, przede wszystkim zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.

Sankcją za niedopuszczalne porozumienie przetargowe przewidzianą przez art. 89 ust. 1 pzp jest zasadniczo odrzucenie ofert obu oferentów pozostających w znowie⁸⁵. W przypadku wykrycia znowy już po zawarciu umowy, zamawiający może wystąpić o jej unieważnienie na podstawie art. 70⁵ k.c. W przypadku „ustawienia przetargu”, które na ogół będzie kwalifikowane jako naruszenie pzp mające wpływ na wynik postępowania, w szczególności obowiązku zapewnienia wykonywania przez osoby bezstronne i obiektywne (art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 pzp. czy zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 pzp)⁸⁶, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) mógłby wystąpić o unieważnienie zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 6 pzp.

2. Możliwość uniknięcia kary w zamian za współpracę

Możliwość odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia w przypadku współpracy z organem prowadzącym postępowanie przewidują obecnie przepisy rozdziału 2 działu VII uokik (program *leniency*)⁸⁷. Uczestnik znowy (przedsiębiorca), jak również osoba zarządzająca⁸⁸, może liczyć na uniknięcie kary, jeżeli jako pierwszy (pierwsza) złoży wniosek do Prezesa UOKiK, współpracuje z Prezesem, dostarczając dowody istotne dla postępowania, których Prezes nie posiadał oraz nie nakłaniał (nie nakłaniała) innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu. Kolejni, poza pierwszym uczestnikiem, mogliby hipotetycznie liczyć na obniżenie kary.

Mimo początkowej koncepcji wprowadzenia możliwości uniknięcia kary za przestępstwo z art. 305 k.k. w przypadku skorzystania z programu *leniency*⁸⁹, nie zdecydowano się na przyjęcie takiego rozwiązania. Zamiast tego podjęto (nieudaną) próbę eliminacji zbiegu podstaw odpowiedzialności w przypadku osób fizycznych. *De lege lata* na gruncie prawa karnego osoba fizyczna będąca uczestnikiem znowy, która ujawni informacje dotyczące współuczestników oraz okoliczności jej zawarcia, może skorzystać z instytucji tzw. małego świadka koronnego (art. 60 § 3 k.k.). W niektórych przypadkach może to skutkować nawet odstąpieniem od wymierzenia kary (art. 61 § 1 k.k.). Nie eliminuje to jednak innych dotkliwych skutków skazania, w szczególności zakazu pełnienia funkcji członka zarządu, utraty zaufania i nieposzlakowanej opinii oraz ewentualnej możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, w którego interesie działał skazany.

W praktyce do skorzystania z powyższych możliwości złagodzenia lub odstąpienia od wymierzenia kary zniechęcać mogą właśnie inne, poza samą karą, skutki skazania. Uczestnicy znowy są również świadomi trudności w zdobyciu dowodów na zawarcie porozumienia, do którego dochodzi niejednokrotnie na spotkaniach w zamkniętym gronie.

Ze względu na charakter sankcji (odrzucenie oferty, unieważnienie umowy) oraz bezwzględny obowiązek zapewnienia poszanowania zasady konkurencyjności, możliwości uniknięcia sankcji nie przewiduje prawo zamówień publicznych.

⁸⁵ J. Nowicki, *Prawo zamówień...*

⁸⁶ A. Sasin, *Znowy...*

⁸⁷ Z uwagi na ograniczony charakter niniejszego artykułu instytucje umożliwiające uniknięcie kary zostaną omówione jedynie pobieżnie.

⁸⁸ Por. uwagi na temat możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności osoby zarządzającej za udział w znowie przetargowej zawarte w pkt 3 rozdz. III niniejszego opracowania.

⁸⁹ Por. art. 1 pkt 59 projektu ustawy o zmianie uokik oraz niektórych innych ustaw z 21.11.2012 r.

3. Przedawnienie

Zgodnie z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. karalność przestępstwa stypizowanego w art. 305 k.k. ustaje z upływem 5 lat od jego popełnienia. Po wejściu w życie nowelizacji uokik, termin przedawnienia antymonopolowego (tj. termin, do którego może być wszczęte postępowanie przez Prezesa UOKiK) jest dłuższy niż okres przedawnienia karnego – wynosi 5 lat od końca roku, w którym zaprzestano stosowania danej praktyki.

Z perspektywy możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za zawarcie znow przetargowych wydłużenie okresu przedawnienia należy ocenić pozytywnie. Termin roczny mógł być bowiem za krótki, aby uzyskać dowody pozwalające na wszczęcie postępowania, zwłaszcza w przypadku „ustawienia przetargu”, którego ujawnienie mogło wiązać się np. ze zmianą na kierowniczych stanowiskach u zamawiającego będącego przedsiębiorcą. Ponadto, w przypadku braku dostatecznych dowodów zawarcia znowy, Prezes UOKiK ma obecnie możliwość oczekiwania na zakończenie ewentualnego postępowania karnego i ewentualnego wykorzystania wyroków skazujących w postępowaniu antymonopolowym dla wykazania istnienia znowy⁹⁰.

W przypadku zamówień publicznych, z uwagi na charakter sankcji wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp (odrzucenie oferty), trudno mówić o instytucji przedawnienia czy nawet szeroko rozumianej „dawności”. Natomiast w przypadku roszczeń o unieważnienie umowy, roszczenie zamawiającego z art. 70⁵ k.c. wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym dowiedział się o zawarciu znowy przetargowej, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Z kolei roszczenie Prezesa UZP o unieważnienie umowy wygasa z upływem 4 lat od zawarcia umowy (art. 144a ust. 2 pzp).

V. Możliwości dowodzenia zawarcia znowy przetargowej

1. Uwagi wstępne

Z uwagi na całkowitą odmienność procedur wykrywania i dowodzenia zawarcia znowy przetargowej na gruncie każdej z omawianych dziedzin prawa, niezwykle trudne byłoby omówienie wszystkich możliwych różnic i podobieństw. Z tego względu, w ramach niniejszego opracowania zostaną omówione wyłącznie dwa zagadnienia: (i) standardu dowodu oraz (ii) różnic w zakresie możliwości zdobywania dowodów.

Na wstępie należy zauważyć, że dowodzenie znowy przetargowej może opierać się bądź na dowodach bezpośrednich (np. zeznaniach świadków potwierdzających zawarcie porozumienia, dokumentach i korespondencji e-mail dotyczącej ustaleń co do sposobu działania w przetargu), bądź też na dowodach pośrednich tzw. poszlakach. W praktyce, z uwagi na świadomość bezprawności podejmowanych działań, uczestnicy znowy starają się zachować je w tajemnicy, co utrudnia zdobycie dowodów bezpośrednich i podmioty odpowiedzialne za przeciwdziałanie znowom zmuszone są opierać się na poszlakach. Zagadnienie standardu dowodu należy zatem postrzegać jako możliwość wykazania istnienia znowy za pomocą dowodów pośrednich.

2. Standard dowodu w procesie poszlakowym

W istocie brakuje powodów różnicowania zasad dowodzenia i standardu dowodu zarówno w postępowaniach karnym, jak i w postępowaniach antymonopolowym, prowadzonych na podstawie poszlak. Postępowania z zakresu prawa ochrony konkurencji, w których nakładane są

⁹⁰ Por. rozdz. V pkt 2 niniejszego opracowania.

kary pieniężne, należy traktować na równi z postępowaniami karnymi w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Respektowanie postanowień Konwencji, w szczególności art. 6 ust. 2 ustanawiającego zasadę domniemania niewinności, wymaga jednolitego postrzegania standardu oceny materiału dowodowego na gruncie postępowań antymonopolowych i karnych oraz rozstrzygnięcia wszelkich niewyjaśnionych wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy (oskarżonego)⁹¹. Funkcję zasady *in dubio pro reo* w postępowaniu z zakresu ochrony konkurencji pełnią zasady rozkładu ciężaru dowodu wymagające od Prezesa UOKiK udowodnienia stosowania praktyk naruszających konkurencję⁹².

Proces poszlakowy polega na dowodzeniu faktu głównego za pomocą wniosków, jakie można wysnuć z udowodnionych faktów ubocznych przy zachowaniu zasad logicznego rozumowania⁹³. Orzecznictwo i doktryna prawa karnego wyróżniają następujące warunki uznania dopuszczalności tego rodzaju dowodu: (i) udowodnienie faktów ubocznych; (ii) logiczną poprawność wnioskowania ustalającego fakt główny na podstawie faktów ubocznych; (iii) wykorzystanie przez organ procesowy wszelkich możliwości, aby potwierdzić lub wykluczyć określoną tezę dowodową⁹⁴; (iv) wyłączenie konkurencyjnej hipotezy, co do przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem rozpoznania⁹⁵. Jeżeli istnieje inna od zarzucanej oskarżonemu racjonalna wersja zdarzeń, nie jest możliwe uznanie danego faktu za udowodniony na podstawie poszlak⁹⁶.

Wyżej wskazany standard dowodu zdaje się znajdować zastosowanie również w ramach postępowań antymonopolowych, w których dowodzenie zawarcia znowy niejednokrotnie ma charakter poszlakowy, tj. opiera się na domniemaniach faktycznych (art. 231 k.p.c.). Podobnie jak w postępowaniu karnym, ustalenie faktu w drodze domniemania faktycznego wymaga ustalenia faktów stanowiących jego logiczne przesłanki⁹⁷ (i), a następnie zastosowania reguł logicznego rozumowania, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego⁹⁸ (i oraz ii). Udowodnienie znowy wymaga bowiem od organu ochrony konkurencji wykazania, że okoliczności stanu faktycznego – wsparte dowodami lub poszlakami – w sposób spójny wskazują, że zachowanie przedsiębiorców nie jest wynikiem niezależnego zachowania się przedsiębiorców, lecz znowy⁹⁹. Stosowanie domniemań faktycznych jest niedopuszczalne, gdy organ procesowy dysponuje dowodami bezpośrednimi, np. zeznaniami świadków (iii)¹⁰⁰. Jednocześnie dla obalenia tego rodzaju dowodu wystarczające jest, aby odwołujący wykazał okoliczności, które pozwalają na odmienne wyjaśnienie faktów niż to przyjęte za podstawę zaskarżonej decyzji¹⁰¹ (iv).

⁹¹ Wyr. SA w Warszawie z 4.07.2012 r., VI ACa 202/12, Lex nr 1238361; por. także wyr. SN z 14.04.2010 r., III SK 1/10, Lex nr 1037765, oraz przywołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; wyr. SN z 21.09.2010 r., III SK 8/10, Lex nr 1113035; wyr. ETS z 5.10.2011 r. w sprawie T-II/06 *Romana Tabacchi Srl*, pkt 129, 132.

⁹² Wyr. SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06, Lex nr 354144; wyr. SN z 12.04.2013 r., III SK 28/12, Lex nr 1324312 oraz cytowane tam orzecznictwo.

⁹³ Wyr. SA w Krakowie z 12.12.1991 r., II AKr 110/91, KZS 1992, nr 1, poz. 9.

⁹⁴ Wyr. SA w Katowicach z 25.04.2013 r., II AKa 91/13, Lex nr 1341988.

⁹⁵ Wyr. SN z 16.03.2010 r., III KK 298/09, Lex nr 583857.

⁹⁶ Wyr. SN z 7.03.2001 r., IV KKN 455/00, Lex nr 51429; K.J. Pawelec, *Proces dowodzenia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010 (Lexis.pl), rozdz. I pkt 2.

⁹⁷ H. Dolecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, art. 231, Lex 2011; por. również cytowane tam orzecznictwo: wyroki SN: z 11.12.2007 r., I PK 157/07, Lex nr 375735, z 3.12.2003 r., I CK 297/03, M. Prawn. 2006, nr 3, s. 147, z 8.11.1974 r., II PR 242/74, Lex nr 14273, z 8.09.1967 r., I PR 207/67, Lex nr 6210.

⁹⁸ Wyr. SN z 18.05.2012 r., IV CSK 486/11, Lex nr 1243071; wyr. SA w Katowicach z 27.02.2014 r., V ACa 744/13, Lex nr 1439044.

⁹⁹ Por. m.in. wyr. ETS (obecnie TS UE) z 28.03.1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 *Compagnie Royale Austrienne des Mines SA (CRAM) i Societe Rhein zinc przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1984, s. 1679 oraz wyr. SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06, Lex nr 354144.

¹⁰⁰ Wyr. SN z 18.05.2012 r., IV CSK 486/11, Lex nr 1243071; wyr. SA w Katowicach z 27.02.2014 r., V ACa 744/13, Lex nr 1439044.

¹⁰¹ Por. wyr. ETS (obecnie TS UE) z 28.03.1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83, motyw 16; E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie...*, art. 4, s. 134.

Również w orzeczeniach KIO wydanych w rezultacie rozpatrzenia odwołań od czynności zamawiającego i dotyczących art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, KIO dopuszcza możliwość podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty w przypadku ustalenia istnienia znowy przetargowej w oparciu o dowody pośrednie i wyznacza w swoim orzecznictwie zasadniczo taki sam standard dowodowy, jak w postępowaniu antymonopolowym¹⁰².

W świetle powyższego, udowodnienie zawarcia znowy przetargowej wymaga wykazania realnej możliwości zawarcia porozumienia (kontaktów przedsiębiorców przed złożeniem ofert) oraz okoliczności świadczących o tym, że oferty nie były wynikiem samodzielnych działań (nietypowe okoliczności). W praktyce mogą być to takie okoliczności, jak: użycie podobnych formularzy druku, czcionki lub sformułowań w ofertach¹⁰³, złożenie ofert niekolidujących ze sobą co do zakresu prac¹⁰⁴, rotacyjne składanie ofert w kolejnych przetargach, nieuzasadnione nieuzupełnienie braków formalnych (oferta kurtuazyjna, polska znowa przetargowa) czy zawarcie w SIWZ warunków faktycznie faworyzujących danego przedsiębiorcę. Jeżeli jednak oskarżony o znowę oferent przedstawi inne racjonalne wytłumaczenie dla nietypowych okoliczności (np. wskaże wiarygodne przyczyny niewzięcia udziału w poszczególnych przetargach), nie będzie możliwe uznanie jego działania za znowę.

3. Możliwości uzyskania dowodu bezpośredniego

Choć zdobycie bezpośrednich dowodów znowy może być trudne, Prezes UOKiK dysponuje środkami procesowymi, które mogą mu na to pozwolić. Po pierwsze, Prezes UOKiK może próbować nakłonić jednego z uczestników znowy do złożenia wyjaśnień w ramach *leniency*, które mogą posłużyć za dowód w postępowaniu¹⁰⁵. Po drugie, Prezes UOKiK może za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) przeprowadzić przeszukanie u przedsiębiorców podejrzanych o znowę i to nawet na etapie czynności wyjaśniających (art. 105n uokik). Przeszukanie może dotyczyć również systemów informatycznych i urządzeń, co pozwala np. na znalezienie korespondencji elektronicznej przechowywanej na serwerze przedsiębiorcy, a nawet SMS-ów przechowywanych na telefonach służbowych pracowników. Nowelizacja uokik, poddając przeszukanie w zasadniczej części zasadom dotyczącym zajęcia rzeczy i przeszukania w postępowaniu karnym, zwiększyła nie tylko gwarancje procesowe, w tym m.in. w zakresie ochrony tajemnic służbowych, lecz także realną możliwość uzyskania przez Prezesa dowodów w wyniku przeszukania. W poprzednim stanie prawnym, z uwagi na generalne odwołanie do ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁰⁶, przedsiębiorca mógł bowiem złożyć sprzeciw w stosunku do przeszukania, co wstrzymywało jego wykonanie i mogło doprowadzić do zatarcia dowodów znowy przetargowej¹⁰⁷.

Jeszcze większe możliwości zdobycia dowodów bezpośrednich istnieją w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. Poza możliwością przeszukania pomieszczeń, rzeczy i systemów informatycznych, dopuszczalne pod pewnymi warunkami jest również stosowanie

¹⁰² Wyr. KIO z 9.04.2014 r., KIO 560/14, KIO 569/14, Lex nr 1455519: „[n]ie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu znowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności”; por. także wyr. KIO z 9.07.2014 r., KIO 3016/13, Lex nr 1506523, i z 20.03.2013 r., KIO 517/13, Lex nr 1303245.

¹⁰³ *Kulisy znowy przetargowej*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2013, nr 5; s. 47–53.

¹⁰⁴ Wyr. SA w Warszawie z 8.04.2011 r., VI ACa 1071/10, Lex nr 1130432.

¹⁰⁵ Por. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2013 r., RBG-47/2013.

¹⁰⁶ T.j. Dz.U. 2013 r., poz. 672 ze zm.

¹⁰⁷ Uzasadnienie projektu nowelizacji, cz. III.B.

podśluchu procesowego, o którym mowa w art. 237 i n. kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.), a przed wszczęciem postępowania – również kontroli operacyjnej (m.in. art. 19 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹⁰⁸). W ramach przedmiotowych środków, organy procesowe mogą utrzymywać bieżące rozmowy telefoniczne oraz inne informacje przekazywane za pomocą innych środków komunikowania się na odległość, a nawet teoretycznie założyć podsłuch w siedzibie przedsiębiorcy. Zastosowanie omawianych środków możliwe jest wyłącznie za zgodą sądu i pod ściśle określonymi warunkami.

W związku z powyższym, po stronie Prezesa UOKiK może pojawić się pokusa, aby w celu wykazania istnienia znowy przetargowej wykorzystać dowody zdobyte w toku kontroli operacyjnej lub procesowej. Tego rodzaju działanie byłoby jednak niedopuszczalne, ponieważ dowody mogą zostać wykorzystane wyłącznie w postępowaniu karnym – *a contrario*, nie mogą być wykorzystane w postępowaniu antymonopolowym¹⁰⁹. Zakaz wykorzystania dowodów w postępowaniu antymonopolowym uzasadnia konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności ingerencji w konstytucyjnie chronioną wolność i tajemnicę komunikowania się. Kontrola operacyjna i podsłuch procesowy stanowią bowiem najdalej idącą ingerencję w przedmiotową wolność, dozwoloną wyłącznie w przypadku zagrożenia interesów na tyle istotnych z punktu widzenia państwa, że ustawodawca zdecydował się objąć je ochroną prawnokarną. W związku z powyższym, jedynym sposobem na wprowadzenie dowodów uzyskanych w wyniku stosowania przedmiotowych środków do postępowania antymonopolowego jest oczekiwanie na wyrok sądu karnego skazujący uczestników znowy, który mógłby zostać wykorzystany jako dokument urzędowy lub prejudykat w postępowaniu sądowym. Należy przy tym oczywiście pamiętać, że moc dokumentu urzędowego dotyczyłaby w takim wypadku wyłącznie sentencji wyroku, ponieważ uzasadnienie orzeczenia sądu karnego, stanowi jedynie dowód tego, że sąd ten w określony sposób ustalił i ocenił określone fakty, nie zaś dowód istnienia określonych faktów; uzasadnienie nie może więc zastąpić dokonania samodzielnych ustaleń przez Prezesa UOKiK lub SOKiK okoliczności nie objętych sentencją wyroku¹¹⁰.

VI. Wnioski

Podsumowując, należy stwierdzić, że obecne przepisy prawa zamówień publicznych, prawa ochrony konkurencji i prawa karnego do pewnego stopnia chronią zamawiającego przed najczęściej występującymi w praktyce znowami przetargowymi. *De lege ferenda* należałoby jednak postulować zmianę zakresu prawnokarnej ochrony, którą obecnie ma gwarantować art. 305 k.k. Ze względu na błędną redakcję, przepis ten nie tylko nie obejmuje innych niż przetarg postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wielu rodzajów „ustawienia przetargu”, lecz także dodatkowo budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege*.

Jeśli chodzi o różnice w przedmiotowym i podmiotowym zakresie zastosowania przepisów służących zwalczaniu znowów przetargowych, to wydają się one nieuniknione z uwagi na odmienności

¹⁰⁸ T.j. Dz.U. 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.

¹⁰⁹ Zakaz dowodowy ustanawia art. 237 § 8 k.p.k. oraz np. art. 19 ust. 15a ustawy o Policji. Analogiczne przepisy zawierają również inne ustawy regulujące uprawnienia tzw. służb (m.in. ABW, CBA, kontroli skarbowej); por. A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, Prok. i Pr. 2007, nr 2, s. 87 za: W. Kotowski, *Ustawa o policji. Komentarz*, art. 19, Lex 2012; por. także J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, art. 237, Legalis, Warszawa 2014; uchwała SN z 15.11.2005 r., SNO 57/05, Lex nr 471928; wyr. SN z 3.07.2013 r., V KK 412/12, Legalis nr 704576.

¹¹⁰ Wyr. SN z 11.12.1967 r., II PR 155/67, Lex nr 6258; uchwała 7 sędziów SN – zasada prawna z 22.10.1974 r., III PZP 20/74, Lex 1755.

funkcji, jakie pełni każda z gałęzi prawa. Celem zakazu zawierania znow przetargowych wynikającego z pzp – który charakteryzuje teoretycznie najszerszy zakres przedmiotowy, a zarazem stosunkowo najmniej dotkliwe sankcje – jest bowiem nie tylko ochrona zamawiającego, ale również zapewnienie transparentności i poszanowania konkurencji przy wydatkowaniu środków publicznych. Przepisy uokik chronią natomiast przede wszystkim interes publiczny, jakim jest konkurencja na rynku właściwym. Z kolei podstawowym przedmiotem ochrony art. 305 k.k. jest ochrona interesów zamawiającego (a nie innych oferentów), czego wyrazem jest w szczególności zasada ścigania sprawców wyłącznie na jego wniosek.

Przepisy poszczególnych gałęzi prawa mogą do pewnego stopnia znaleźć zastosowanie do tych samych zachowań i podmiotów. Zbieżność zakresów nie budzi obiekcji w przypadku kar o charakterze *stricte* administracyjnym oraz sankcji cywilnych na gruncie przepisów pzp i k.c. (tj. sankcji nieważności lub unieważnienia umowy). Jednak w przypadku sankcji o charakterze penalnym, istniejący w stanie prawnym zmieniony nowelizacją uokik zbieg podstaw odpowiedzialności karnej i antymonopolowej może skutkować naruszeniem zasady *ne bis in idem* w przypadku, gdy (i) przedsiębiorca jest osobą fizyczną (zbieg sankcji z art. 106 uokik i art. 305 k.k.); (ii) przedsiębiorca jest osobą prawną (zbieg sankcji z art. 106 uokik i z przepisów uopz); (iii) osoba zarządzająca weźmie udział w zawarciu znowy przetargowej objętej zakresem innych przepisów uokik niż art. 6 ust. 1 pkt 7 (zbieg sankcji z art. 106a uokik i art. 305 k.k.). Nowelizacja uokik nie dość, że nie rozwiązała problemu podwójnej karalności, ale wręcz wprowadziła dodatkową możliwość jego wystąpienia.

Ponadto, możliwość prowadzenia odrębnych postępowań na gruncie prawa karnego i prawa ochrony konkurencji oraz różnej kwalifikacji zachowań mogących stanowić znowy przetargowe umożliwia współpracującym ze sobą organom ścigania i ochrony konkurencji podjęcie próby wykorzystania zebranych dowodów w postępowaniu antymonopolowym, w razie braku możliwości wykazania spełnienia znamion z art. 305 k.k.. Tego rodzaju współpraca może z jednej strony przyczynić się do zwiększenia efektywności zwalczania znow przetargowych (co należy ocenić pozytywnie), z drugiej jednak – może podważać zaufanie przedsiębiorców do państwa (w razie uniewinnienia w procesie karnym i nałożenia kary przez Prezesa UOKiK) i naruszać przyznane im gwarancje procesowe. Mimo teoretycznie tożsamego, wysokiego standardu dowodzenia istnienia znowy, w praktyce jego przestrzeganie w administracyjnym i sądowym postępowaniu antymonopolowym może bowiem budzić pewne wątpliwości¹¹¹. Przykładem tego jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 kwietnia 2011 r.¹¹², w którym sąd uznał za zasadne oddalenie wniosków dowodowych przedsiębiorców ukaranych za zawarcie znow zgłoszonych na okoliczność treści spotkań, na których zdaniem sądu doszło do uzgodnień dotyczących ofert składanych w przetargu. Niezależnie od istotnie silnych poszlak wskazujących na istnienie znowy, sąd nie powinien *a priori* uznawać braku wiarygodności określonych zeznań czy wyjaśnień składanych przez przedsiębiorcę, które mogą teoretycznie świadczyć o istnieniu innej wiarygodnej wersji wydarzeń niż ta przyjęta przez Prezesa UOKiK. Można żywić nadzieję, że coraz większe zbliżanie przepisów uokik i przepisów karnych będzie iść w parze z praktycznym przyjęciem i respektowaniem przez Prezesa UOKiK i sądy stojące prawo antymonopolowe standardów i gwarancji procesowych znanych procedurze karnej.

¹¹¹ W literaturze od dłuższego czasu zwraca się uwagę na nieodpowiadającą standardom karnym weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK pod względem naruszeń procesowych. Por. M. Bernatt, B. Turno, *O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dnia 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2015, nr 2(4) s. 89.

¹¹² VI ACa 1071/10, Lex nr 1130432.