

Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji
 1. Uwagi wprowadzające
 2. Porozumienie przetargowe – zмова przetargowa czy inne porozumienie nazwane?
 3. Zakres odpowiedzialności administracyjnej osób fizycznych za wejście przedsiębiorcy w porozumienie przetargowe
 4. Karalność porozumień przetargowych na podstawie uokik w ujęciu statystycznym
 5. Podsumowanie
- III. Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie karnym
 1. Uwagi wprowadzające
 2. Strona przedmiotowa przestępstwa zakłócenia przetargu publicznego poprzez wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego
 3. Strona podmiotowa przestępstwa zakłócenia przetargu publicznego poprzez wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego
 4. Przepis art. 305 § 1 i 2 k.k. w ujęciu statystycznym
 5. Podsumowanie
- IV. Wzajemne relacje przepisów ustanawiających odpowiedzialność administracyjną i karną osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego
 1. Kumulacja podstaw odpowiedzialności osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego
 2. Brak możliwości pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności w związku z zawarciem porozumienia przetargowego
 3. Podsumowanie
- V. Wnioski końcowe

* Doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy; e-mail: p.korycinska@gmail.com.

Streszczenie

W artykule omówione zostały wzajemne relacje zakresu odpowiedzialności administracyjnej i karnej za umyślne doprowadzenie przez osobę fizyczną do zawarcia przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego. W pierwszej kolejności przedstawione zostały regulacje prawne dotyczące odpowiedzialności osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym. Następnie opisano istniejące różnice w zakresach podmiotowych i przedmiotowych tych regulacji, wskazując na obszary, w których może dochodzić do kumulacji podstaw odpowiedzialności osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego oraz na obszary, w których brakuje podstaw prawnych do wymierzenia sankcji wobec takiej osoby fizycznej. W ostatniej części autorka dokonuje oceny obecnie obowiązujących przepisów regulujących odpowiedzialność administracyjną i karną za umyślne doprowadzenie przez osobę fizyczną do zawarcia przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego.

Słowa kluczowe: zmowa przetargowa; porozumienie ograniczające konkurencję; kara pieniężna; art. 305 k.k.

JEL: K14, K21

I. Wprowadzenie

Porozumienia przetargowe¹ nie tylko są jednymi z najcięższych naruszeń negatywnie oddziałujących na konkurencję, lecz także nierzadko prowadzą do wyrządzenia szkody po stronie zamawiającego czy też innych uczestników postępowania przetargowego. Przepisy odnoszące się do zjawiska wchodzenia w tego rodzaju porozumienia znajdują się w ustawach należących do różnych gałęzi prawa, w szczególności w ustawie z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)², ustawie z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (dalej: k.k.)³, ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp)⁴ czy też ustawie z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)⁵. Wprawdzie charakter tych regulacji jest odmienny, ale fakt, że do porozumień przetargowych bezpośrednio odnoszą się przepisy tak wielu ustaw, może stanowić dowód na to, że zwalczanie tego rodzaju porozumień jest w ocenie ustawodawcy istotne. Spośród wymienionych powyżej aktów prawnych w kontekście odpowiedzialności osoby fizycznej za wejście przedsiębiorcy w porozumienie przetargowe najistotniejsze są przepisy zawarte w uokik oraz k.k.

Porozumienie przetargowe może stanowić porozumienie ograniczające konkurencję i w ten sposób jego zawarcie może naruszać zakaz określony w przepisie art. 6 ust. 1 uokik. Przepis

¹ Przez pojęcie „porozumienie przetargowe” autorka publikacji rozumie wszelkiego rodzaju porozumienia zawierane w związku z przetargiem zarówno publicznym, jak i prywatnym, których celem lub skutkiem jest niezgodne z prawem wpłynięcie przez jego strony na przebieg lub wynik przetargu. W konsekwencji w zakresie tego określenia mieszczą się tak z umowy przetargowe, tj. porozumienia określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, jak i porozumienia, które ze względu na swój zakres nie mogą zostać uznane za znowę przetargową, jako że dotyczą one uzgadniania przez ich strony innych elementów niż treść składanych ofert (o czym szerzej w punkcie II.2. niniejszej publikacji).

² T.j. Dz.U. 2017, poz. 229.

³ T.j. Dz.U. 2016, poz. 1137 ze zm.

⁴ T.j. Dz.U. 2015, poz. 2164 ze zm.

⁵ T.j. Dz.U. 2016, poz. 380 ze zm.

art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wyróżnia szczególny, bo nazwany rodzaj porozumienia ograniczającego konkurencję – zmwę przetargową. Stosownie do tego przepisu porozumieniem ograniczającym konkurencję jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Już w tym miejscu należałoby zasygnalizować, że porozumieniem przetargowym, naruszającym zakaz porozumień ograniczających konkurencję, może być także uzgodnienie przez przedsiębiorców uczestniczących lub dopiero zamierzających wziąć udział w przetargu innych elementów niż warunki składanych ofert. Wprawdzie takie porozumienie nie powinno być uznawane za zmwę przetargową, jednakże zakwalifikowanie go jako inne porozumienie nazwane (np. porozumienie cenowe czy porozumienie podziałowe) lub porozumienie nienazwane (naruszające ogólny zakaz porozumień ograniczających konkurencję określony w art. 6 ust. 1 uokik, ale niewyczerpujący przesłanek warunkujących jego subsumpcję pod art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik) nie jest wykluczone (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 86; Stawicki, 2016, s. 266; Podrecki, 2014, s. 878–879; Materna, 2016, s. 188–190).

Do 17 stycznia 2015 r. przepisy uokik przewidywały, że w związku z naruszeniem przez przedsiębiorców zakazów niedozwolonych praktyk określonych w tej ustawie do odpowiedzialności administracyjnej określonej w prawie ochrony konkurencji mogli zostać pociągnięci sami przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik (jako adresaci określonych w ustawie zakazów). W konsekwencji w przypadku naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję, w tym zawarcia porozumienia przetargowego, warunkiem pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności administracyjnej na podstawie przepisów uokik było wypełnienie przez tę osobę przesłanek do uznania jej za przedsiębiorcę w rozumieniu z art. 4 pkt 1 uokik (np. prowadzenie jednoosobowej działalności gospodarczej lub wykonywanie wolnego zawodu). Natomiast w przypadku przedsiębiorców będących podmiotami zbiorowym pociągnięcie osób fizycznych, działających w imieniu takiego przedsiębiorcy, do odpowiedzialności określonej w przepisach uokik nie było możliwe.

Ustawa z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego⁶ wprowadziła z dniem 18 stycznia 2015 r. odpowiedzialność osoby zarządzającej⁷ za umyślne dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) (art. 6a uokik). Odpowiedzialność administracyjnoprawna osób zarządzających na podstawie przepisów uokik została tym samym ograniczona wyłącznie do ściśle określonych, nazwanych porozumień ograniczających konkurencję. Jej zakres nie obejmuje jednak umyślnego dopuszczenia do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, czyli dopuszczenia do zawarcia zmwę przetargowej. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wyjaśniono, że możliwość pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności karnej za tego rodzaju porozumienia przewidziana jest w k.k.⁸, a w ocenie projektodawcy zjawisko podwójnego karania osób zarządzających za te same czyny na podstawie przepisów uokik oraz

⁶ Dz.U. 2014, poz. 945.

⁷ Warto zaznaczyć, że osobą zarządzającą w rozumieniu art. 4 pkt 3a uokik może być nie tylko osoba fizyczna, lecz także podmiot zbiorowy, np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będąca komplementariuszem w spółce komandytowej lub spółce komandytowo-akcyjnej (szerzej zob.: Piszcz, 2014, s. 115). Jednakże ze względu na problematykę poruszaną w tej publikacji autorka w zakresie pojęcia osoby zarządzającej ograniczy się jedynie do osób fizycznych.

⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z projektami aktów wykonawczych z 30.08.2013 r., Druk nr 1703, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1703> (02.02.2017), s. 35.

k.k. nie występuje⁹. Jak się wydaje, choć nie zostało to wprost wyrażone w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, fakt, że przepisy k.k. umożliwiają karanie osób fizycznych za zminy przetargowe zdecydował o nieobejmowaniu przepisem art. 6a uokik zachowania polegającego na umyślnym dopuszczeniu przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Wejście w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, jest jedną z postaci przestępstwa zakłócenia przetargu publicznego określonego w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k.¹⁰. Ochronie prawnej na podstawie tego przepisu podlega wyłącznie przetarg publiczny (Wróbel, 2016, s. 800; Zawłocki, 2013, s. 879)¹¹. Przestępstwo to zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat trzech.

Celem niniejszej publikacji jest zbadanie wzajemnych relacji przepisów ustanawiających odpowiedzialność administracyjną określoną w prawie ochrony konkurencji i odpowiedzialność karną osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego. Wnioski płynące z tej analizy powinny pozwolić znaleźć odpowiedź na pytanie, czy obowiązujące przepisy prawa ochrony konkurencji i prawa karnego, regulujące zasady ponoszenia przez osobę fizyczną odpowiedzialności za doprowadzenie do zawarcia przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego, są wobec siebie komplementarne. Udzielenie odpowiedzi na powyższe pytanie wymaga przeanalizowania także czy w obowiązującym stanie prawnym możliwe jest, aby osoba fizyczna, która umyślnie dopuściła do zawarcia przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego, nie poniosła żadnego rodzaju odpowiedzialności z uwagi na brak podstawy prawnej do wymierzenia wobec niej sankcji administracyjnej, czy też sankcji karnej. Już na wstępie warto wskazać, że w zakresie relacji przepisów prawa ochrony konkurencji i prawa karnego odnoszących się do problematyki porozumień przetargowych w doktrynie zwrócono uwagę na pojawiający się problem kumulacji obu wspomnianych rodzajów odpowiedzialności (por. m.in. Minkiewicz, 2015, s. 29; Materna, 2016, s. 388 i n.; Materna i Zawłocka-Turno, 2015, s. 20; Zientara, 2015, s. 104). W związku z powyższym problematyka podwójnej odpowiedzialności zostanie jedynie zasygnalizowana i nie będzie szczegółowo analizowana.

Rozwiązanie tak zakreślonego problemu badawczego będzie wymagało przeanalizowania przepisów uokik, regulujących odpowiedzialność osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹² oraz przepisów k.k. penalizujących przestępstwo zakłócenia przetargu publicznego, polegającego na wejściu w porozumienie z inną osobą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany¹³.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z projektami aktów wykonawczych z 30.08.2013 r., s. 43.

¹⁰ T.j. Dz.U. 2016, poz. 1137 ze zm.

¹¹ W przypadku porozumień zawieranych na szkodę zamawiającego organizującego przetarg prywatny podstawę odpowiedzialności karnej może stanowić przepis art. 286 k.k. dotyczący oszustwa (Wróbel, 2016, s. 802).

¹² W artykule omówione zostaną jedynie porozumienia przetargowe zawierane pomiędzy uczestnikami przetargu (porozumienia horyzontalne). W konsekwencji poza zakresem publikacji pozostawione zostaną zagadnienia związane z zawieraniem porozumień przetargowych pomiędzy organizatorem przetargu a uczestnikiem przetargu, albowiem ze względu na złożony charakter obu zagadnień, w ocenie autorki, wymagają one omówienia w osobnych publikacjach.

¹³ Pozostałe postaci tego przestępstwa nie będą analizowane.

II. Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie ochrony konkurencji

1. Uwagi wprowadzające

Przepis art. 6 ust. 1 uokik ustanawia zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Przesłankami tego zakazu są zawarcie porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 uokik pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Polski ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie w otwartym katalogu porozumień ograniczających konkurencję zmowy przetargowej jako odrębnego, nazwanego rodzaju zakazanego porozumienia (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik). Analogiczny zabieg nie został zastosowany w prawie unijnym – w przepisie art. 101 ust. 1 TFUE, na którym polska regulacja zakazu była wzorowana, praktyka polegająca na antykonkurencyjnym wpływaniu na przebieg lub wynik postępowania przetargowego nie została wyodrębniona. Nie oznacza to jednak, że zawieranie tego rodzaju porozumień jest dopuszczalne w świetle unijnego prawa ochrony konkurencji. Zmowy przetargowe, jeżeli mogą wywierać wpływ na handel między państwami członkowskimi, naruszają także unijny zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ spełniają one ogólne przesłanki tego zakazu (por. m.in. Król-Bogomilska, 2013, s. 89; Stawicki, 2016, s. 263; Kohutek, 2014, pkt 6.7., Materna, 2016, s. 153). Wprowadzenie przez ustawodawcę krajowego zmowy przetargowej jako odrębnego rodzaju nazwanego porozumienia ograniczającego konkurencję może świadczyć o tym, że ten rodzaj porozumień został przez krajowego ustawodawcę uznany za szczególnie szkodliwy dla konkurencji (Stawicki, 2016, s. 263; Kohutek, 2014, pkt 6.7.).

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik obejmuje swym zakresem wszystkie przetargi bez względu na to, przez kogo przetarg jest organizowany, jaki jest jego przedmiot oraz do jakiego kręgu adresatów jest on skierowany (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 298). Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje czy reguły przeprowadzania przetargu określone są normami prawa publicznego, czy też prywatnego (Stawicki, 2016, s. 265–266). Niemniej jednak, w przypadku przetargów innych niż prowadzone na podstawie przepisów pzp podjęcie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) działań przeciwko przedsiębiorcom zawierającym porozumienie przetargowe odnoszące się do tego rodzaju przetargów wymaga uprzedniego ustalenia istnienia przesłanki interesu publicznego (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 298).

2. Porozumienie przetargowe – zmowa przetargowa czy inne porozumienie nazwane?

Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Na tle powyższej regulacji w doktrynie prawa ochrony konkurencji podnoszone są wątpliwości czy wobec tego, że powyższy przepis odnosi się wprost jedynie do uzgadniania warunków składanych ofert, możliwe jest obejmowanie zakresem tej regulacji także uzgodnień dotyczących nie tyle treści składanych ofert, ile warunków udziału w przetargu, czy

też uzgadniania kręgu podmiotów, które wezmą udział w przetargu (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 299). Ich źródłem jest zasada *nullum crimen sine lege*, zakazująca dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów, za których naruszenie przewidziana jest sankcja (Stawicki, 2016, s. 266)¹⁴.

Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 6a uokik, który nie przewiduje odpowiedzialności osoby zarządzającej na podstawie uokik za umyślne dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, rozstrzygnięcie czy zakres przedmiotowy przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik obejmuje porozumienie, na podstawie którego jego strony uzgadniają jedynie sposób zachowania w toku postępowania przetargowego, jest kluczowe¹⁵. W przypadku uznania, że tego rodzaju porozumienia nie mogą zostać zakwalifikowane jako zachowania naruszające przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, ale powinny być traktowane jako naruszenie przepisów art. 6 ust. 1 pkt 1–3 uokik, pociągnięcie osoby zarządzającej, która umyślnie doprowadziła do zawarcia takiego porozumienia przetargowego, do odpowiedzialności na podstawie uokik pozostawałoby sprawą otwartą.

Ścisła wykładnia przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik¹⁶ nakazuje jego stosowanie tylko do tych porozumień, które polegają na uzgadnianiu warunków składanych ofert (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 86; Podrecki, 2014, s. 878–879; Stawicki, 2016, s. 266; Materna, 2016, s. 188; por. również: Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 299). Jeżeli zatem przedmiotem porozumienia jest ustalenie innych niż warunki składanych ofert aspektów wiążących się z przetargiem (np. dotyczy ono warunków, po spełnieniu których wybrany przedsiębiorca uchyli się od podpisania umowy), to porozumienie takie nie może zostać uznane za porozumienie, o którym mowa w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Podobnie będzie w przypadku, gdy przedmiotem porozumienia jest zobowiązanie się przedsiębiorcy do powstrzymania się od złożenia oferty w określonym postępowaniu, w zamian za zobowiązanie się przez innego uczestnika porozumienia do niezłożenia oferty w innym przetargu. Takie porozumienie nie powinno być uznawane za znowę przetargową i kwalifikowane na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, ale analizowane raczej jako naruszające przepis art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik. Zakwalifikowanie takiego zachowania na drugiej ze wskazanych podstaw prawnych otwierałoby możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję także osoby zarządzającej. Przy ocenie czy porozumienie, na podstawie którego przedsiębiorcy dzielą pomiędzy siebie przetargi, może zostać uznane za znowę przetargową w rozumieniu przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, konieczne staje się zatem wnikliwe analizowanie treści zawartego porozumienia, w tym także analiza zachowań przedsiębiorców przejawianych w wykonaniu tego porozumienia.

Analiza odnoszących się do porozumień przetargowych decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję wydanych do 31 grudnia 2016 r. pokazuje, że powyższe rozróżnienie nie było przez Prezesa UOKiK dotychczas dokonywane. W praktyce decyzyjnej wielokrotnie zdarzało się, że pomimo postawienia przedsiębiorcy zarzutu naruszenia zakazu

¹⁴ Zdaniem A. Stawickiego przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie obejmuje porozumień, których przedmiotem jest powstrzymanie się przez przedsiębiorców od udziału w przetargu w zamian za powstrzymanie się przez inne strony porozumienia od udziału w innych przetargach (Stawicki, 2016, s. 266). E. Modzelewska-Wąchal uważa, że tego rodzaju porozumienia nie stanowią znowy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, ale stanowią porozumienie podziałowe według kryteriów podmiotowych określone w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 86).

¹⁵ W oparciu o regulację prawną obowiązującą do 17.01.2015 r. K. Kohutek wskazywał, że rozstrzygnięcie tych wątpliwości jest bezprzedmiotowe, jako że niezależnie od uznania, że zachowania takie stanowią praktyki określone w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik lub w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik, stanowić będą zakazane porozumienie i niemożliwe będzie skorzystanie z wyłączenia jako porozumienia bagatelne (art. 7 ust. 3 uokik). Zob. Kohutek, 2014, pkt 6.7. Po zmianach wprowadzonych z dniem 18.01.2015 r. problematyka ta zyskała na znaczeniu.

¹⁶ Z uwagi na zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów wprowadzających odpowiedzialność zastosowanie innego rodzaju wykładni niż ścisła byłoby niedopuszczalne.

porozumień ograniczających konkurencję polegającego na uzgadnianiu obok warunków składanych ofert także innych zachowań w postępowaniu przetargowym, w sentencji decyzji jako podstawę prawną wydania decyzji wskazywano jedynie przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik¹⁷. Co więcej, jedna z decyzji wydana na podstawie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zarówno w sentencji, jak i w uzasadnieniu wskazuje na to, że przedmiotem zarzucanej praktyki było zawarcie porozumienia polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców zachowania w toku prowadzonego przetargu, co miało doprowadzić do wyboru oferty jednego z nich¹⁸. Jednocześnie Prezes UOKiK w żadnej części tej decyzji nie powołał się na uzgadnianie przez przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniu.

3. Zakres odpowiedzialności administracyjnej osób fizycznych za wejście przedsiębiorcy w porozumienie przetargowe

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję skierowany jest do przedsiębiorcy w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 1 uokik. Dlatego też w przypadku, gdy przedsiębiorcą zawierającym porozumienie przetargowe, będące porozumieniem ograniczającym konkurencję, jest osoba fizyczna, Prezes UOKiK może nałożyć na nią karę pieniężną. Możliwość wymierzenia osobie fizycznej (przedsiębiorcy) kary jest niezależna od sposobu zakwalifikowania naruszenia (jako naruszającego regułę ogólną z art. 6 ust. 1 uokik czy też jako porozumienie nazwane – zmwę przetargową lub inne porozumienie nazwane).

W przypadku innych osób fizycznych, kwestie związane z odpowiedzialnością administracyjną na podstawie przepisów uokik są znacznie bardziej złożone. Jak zostało wskazane na wstępie, przepisy uokik umożliwiają pociągnięcie do osobistej odpowiedzialności administracyjnej tylko takiej osoby fizycznej, niebędącej przedsiębiorcą naruszającym zakaz, która jednocześnie spełnia przesłanki do uznania jej za osobę zarządzającą w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 3a uokik. W przypadku innych osób fizycznych, uokik nie daje podstaw pociągnięcia ich do odpowiedzialności administracyjnej za doprowadzenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Należy także zauważyć, że przepis art. 6a uokik nie przewiduje odpowiedzialności osoby zarządzającej, która w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia zakazu zawierania porozumienia określonego w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę tego zakazu. Dlatego też w przypadku uznania, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpało przesłanki określone w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nałożenie na osobę zarządzającą tym przedsiębiorcą kary pieniężnej na podstawie przepisu art. 106a ust. 1 uokik będzie wyłączone. W przypadku jednak, gdy przedmiotem porozumienia dotyczącego co prawda udziału przez przedsiębiorców w przetargu byłoby uzgadnianie innych kwestii niż warunki ofert i zakwalifikowania takiego porozumienia, np. jako porozumienie podziałowe z art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik, odpowiedzialność osoby fizycznej za umyślne dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę tego zakazu nie jest wykluczona.

¹⁷ Zob. przykładowo dec. Prezesa UOKiK z: 19.08.2016 r., RLU-5/2016, 28.12.2015 r., RKT-19/2015, 15.12.2015 r., RŁO-11/2015, 14.12.2015 r., RKT-14/2015, 28.08.2015 r., RKR-8/2015, 27.08.2015 r., RŁO-6/2015, 30.06.2015 r., RGD-1/2015.

¹⁸ W uzasadnieniu tej decyzji wskazano, że „[w] ocenie Prezesa UOKiK, strony niniejszego postępowania zawarły porozumienie polegające na ograniczaniu ofert przetargowych poprzez cofnięcie oferty złożonej przez dwóch uczestników porozumienia”. Zob. dec. Prezesa UOKiK z 3.11.2014, RPZ-32/2014, s. 14.

4. Karalność porozumień przetargowych na podstawie uokik w ujęciu statystycznym

Jak wynika z bazy decyzji wydanych w latach 2013–2015, Prezes UOKiK¹⁹ stwierdzał naruszenie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik relatywnie często.

W 2015 r. wydał 10 decyzji, w których stwierdził naruszenie przez przedsiębiorców zakazu porozumień ograniczających konkurencję, z czego aż w ośmiu²⁰ z nich jako podstawę prawną wskazano art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Jedynie dwie decyzje²¹ z tego okresu dotyczą innych rodzajów porozumień ograniczających konkurencję. Podobnie było także w 2014 r. Prezes UOKiK wydał wówczas 18 decyzji stwierdzających naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Aż 13 z tych decyzji²² wydanych zostało na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, podczas gdy inna podstawa prawna została wskazana jedynie w pięciu²³. Natomiast zupełnie inną tendencję zaobserwować można w 2013 r., kiedy wydano łącznie 25 decyzji stwierdzających naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, z czego jedynie dziewięć decyzji²⁴ dotyczyło naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, a 16 decyzji²⁵ wskazywało na inny rodzaj porozumienia ograniczającego konkurencję.

5. Podsumowanie

Odpowiedzialność administracyjna przedsiębiorcy, będącego osobą fizyczną, za naruszenie zakazu zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest niezgodne z prawem ochrony konkurencji wpłynięcie na przetarg, nie budzi wątpliwości. W odniesieniu zaś do osób fizycznych innych niż przedsiębiorca naruszający zakaz, kwestia możliwości pociągnięcia takiej osoby do indywidualnej odpowiedzialności administracyjnej jest bardziej złożona.

Przepis art. 6a uokik nie przewiduje odpowiedzialności osoby zarządzającej, która w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę tego zakazu. Jeżeli jednak treść porozumienia związanego z uczestnictwem w przetargu wykluczałaby możliwość uznania tego porozumienia za naruszające art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik i jednocześnie umożliwiała zakwalifikowanie go jako naruszenia z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 uokik, wówczas kwestia możliwości pociągnięcia osoby zarządzającej, która umyślnie doprowadziła do zawarcia przez przedsiębiorcę takiego zakazu, nie może zostać wyłączone.

Warto także zauważyć, że wysokość kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na osobę fizyczną w związku z zawarciem porozumienia przetargowego, uzależniona jest od roli tej osoby. W przypadku osoby fizycznej, będącej przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik, za naruszenie

¹⁹ Zob. http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf (02.02.2017).

²⁰ Dec. Prezesa UOKiK z: 30.06.2015 r., RGD-1/2015, 14.07.2015 r., DOK-2/2015, 27.08.2015 r., RŁO-6/2015, 28.08.2015 r., RKR-8/2015, 14.12.2015 r., RKT-14/2015, 15.12.2015 r., RŁO-11/2015, 28.12.2015 r., RKR-19/2015, 30.12.2015 r., RKR-18/2015.

²¹ Dec. Prezesa UOKiK z: 8.12.2015 r., DOK-4/2015, 28.12.2015 r., RWA-24/2015.

²² Dec. Prezesa UOKiK z: 27.06.2014 r., DOK-1/2014, 7.10.2014 r., RKR-21/2014, 17.10.2014 r., RPZ-30/2014, 3.11.2014 r., RPZ-32/2014, 28.11.2014 r., RGD-21/2014, 15.12.2014 r., RKR-30/2014, 30.12.2014 r., DOK-10/2014, 30.12.2014 r., RKR-35/2014, 30.12.2014 r., DOK-8/2014, 30.12.2014 r., DOK-9/2014, 30.12.2014 r., DOK-11/2014, 30.12.2014 r., RLU-29/2014, 31.12.2014 r., RBG-47/2014.

²³ Dec. Prezesa UOKiK z: 31.03.2014 r., RKT-04/2014, 2.12.2014 r., RLU-24/2014, 8.12.2014 r., RLU-25/2014, 8.12.2014 r., RKT-42/2014, 30.12.2014 r., DOK-7/2014.

²⁴ Dec. Prezesa UOKiK z: 25.10.2013 r., RWR-31/2013, 20.12.2013 r., RLU-37/2013, 24.12.2013 r., RLU-40/2013, 30.12.2013 r., RŁO-59/2013, 30.12.2013 r., RŁO-60/2013, 30.12.2013 r., RŁO-61/2013, 30.12.2013 r., RŁO-62/2013, 30.12.2013 r., RKR-51/2013, 31.12.2013 r., RBG-47/2013.

²⁵ Dec. Prezesa UOKiK z: 25.06.2013 r., DOK-1/2013, 28.06.2013 r., RKT-16/2013, 19.07.2013 r., RKT-21/2013, 21.08.2013 r., DOK-2/2013, 28.08.2013 r., DOK-3/2013, 6.12.2013 r., DOK-4/2013, 16.12.2013 r., RKT-46/2013, 24.12.2013 r., RKT-50/2013, 24.12.2013 r., RKT-51/2013, 24.12.2013 r., RLU-39/2013, 30.12.2013 r., RBG-42/2013, 30.12.2013 r., RKR-48/2013, 31.12.2013 r., RŁO-63/2013, 31.12.2013 r., DOK-5/2013, 31.12.2013 r., DOK-6/2013, 31.12.2013 r., DOK-7/2013.

zakazu i zawarcie takiego porozumienia (niezależnie od jego kwalifikacji jako naruszające regułę ogólną z art. 6 ust. 1 uokik, czy też uznania go za porozumienie nazwane, w tym za zmwę przetargową) kara pieniężna nie może być wyższa niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik). Natomiast w przypadku osoby fizycznej, spełniającej przesłanki do uznania jej za osobę zarządzającą, maksymalna kara pieniężna za umyślne dopuszczenie do zawarcia porozumienia nie może przekroczyć 2.000.000 zł (art. 106a ust. 1 uokik), przy czym warunkiem nałożenia tej kary byłoby zakwalifikowanie porozumienia jako porozumienia nazwanego innego niż zмова przetargowa określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Analiza decyzji Prezesa UOKiK wydanych w latach 2013–2015 pokazuje, że decyzje stwierdzające naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję relatywnie często dotyczą porozumień przetargowych. Zwłaszcza w latach 2014–2015 decyzje stwierdzające zawarcie porozumienia przetargowego stanowiły istotną część wszystkich decyzji w sprawach porozumień ograniczających konkurencję.

III. Odpowiedzialność osoby fizycznej w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego w prawie karnym

1. Uwagi wprowadzające

Przepisy art. 305 § 1 i 2 k.k. określają dwie postaci przestępstwa zakłócania przetargu publicznego, przy czym przepis art. 305 § 1 k.k. należy traktować jak *lex specialis* wobec art. 305 § 2 k.k. (Wróbel, 2016, s. 811). Oba czyny zagrożone są karą pozbawienia wolności do lat trzech, w związku z czym przestępstwo określone w przepisie art. 305 § 1 k.k. nie ma charakteru typu kwalifikowanego wobec przepisu art. 305 § 2 k.k. (Wróbel, 2016, s. 811).

Przepisy te ustanawiają ochronę prawną przetargów publicznych, jednakże pojęcie „przetargu publicznego” nie zostało zdefiniowane. W doktrynie brakuje jednolitej interpretacji tego pojęcia. Na ogół przyjmuje się, że przetarg ma charakter publiczny w rozumieniu przepisów art. 305 § 1 i 2 k.k., jeżeli liczba podmiotów mogących wziąć w nim udział jest nieograniczona bądź też ograniczenia w tym zakresie wynikają z przyjętego kryterium o charakterze generalnym (Wróbel, 2016, s. 811; Zawłocki, 2013, s. 878; podobnie również: Marek, 2010). W doktrynie nie ma jednak zgody czy dla uznania przetargu za publiczny konieczne jest, aby źródłem reguł jego prowadzenia były przepisy prawa publicznego (Wróbel, 2016, s. 811; Zawłocki, 2013, s. 878; podobnie również: Marek, 2010), czy też publiczny charakter przetargu jest niezależny od źródeł jego regulacji (Łabuda, 2014, pkt 3). Odmienne stanowiska prezentowane są także w zakresie wpływu charakteru mienia objętego przetargiem na uznawanie przetargu za publiczny. R. Zawłocki uważa, że przetarg możemy określić jako publiczny jedynie wówczas, gdy jego przedmiotem jest mienie o charakterze publicznym (Zawłocki, 2013, s. 878), podczas gdy W. Wróbel stoi na stanowisku, że charakter mienia objętego przetargiem nie ma w tym zakresie znaczenia (Wróbel, 2016, s. 811). Szczegółowa analiza pojęcia „przetarg publiczny” przekraczałaby ramy niniejszej publikacji. Warto jednak podkreślić, że tak znaczne rozbieżności w zakresie rozumienia pojęcia „przetarg publiczny” nieuchronnie wiążą się z ryzykiem stosowania omawianych przepisów do nieokreślonego katalogu porozumień przetargowych.

2. Strona przedmiotowa przestępstwa zakłócenia przetargu publicznego poprzez wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego

Odpowiedzialność karna za wejście w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, stanowi element wspólny dla obu tych przestępstw, co uznawane jest za usterkę legislacyjną (Wróbel, 2016, s. 804). W przypadku przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. wymagane jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla siebie lub kogo innego (art. 115 § 4 k.k.)²⁶. Dlatego też należy przyjmować, że przepis art. 305 § 2 k.k. obejmuje każde wejście w porozumienie z inną osobą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, z wyłączeniem tych porozumień, które są zawierane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Te ostatnie porozumienia podpadają natomiast pod przepis art. 305 § 1 k.k. (Zawłocki, 2013, s. 887).

Znamionami wspólnymi dla omawianych postaci przestępstw określonych w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k. jest wejście w porozumienie z inną osobą, działającą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Z przepisów art. 305 § 1 i 2 k.k. nie wynika wprost, na czym powinno polegać zachowanie objęte porozumieniem, jak również cel takiego porozumienia, co może być postrzegane jako naruszenie zasady dostatecznej określoności czynu karalnego wynikającej z art. 42 Konstytucji RP (Wróbel, 2016, s. 804). Przyjmuje się, że wejście w porozumienie realizujące znamię określone w przywołanych przepisach należy rozumieć jako uzgodnienie przez co najmniej dwie osoby sposobu zachowania się w trakcie przetargu (Łabuda, 2014, pkt 13; Oczkowski, 2016, pkt 5). Istotne jest także to, że porozumienie lub jego realizacja muszą spowodować niebezpieczeństwo dla interesów właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, skoro wejście w porozumienie ma być działaniem na szkodę tych osób. Innymi słowy, jeżeli celem zawarcia porozumienia jest działanie na szkodę wymienionych osób, ale poprzez fakt zawarcia lub wykonania porozumienia cel ten realnie (obiektywnie) nie może być osiągnięty, takie porozumienie nie będzie stanowiło realizacji znamion przepisów art. 305 § 1 i 2 k.k. (Wróbel, 2016, s. 805). Także uzgodnienia, których celem będzie osiągnięcie jak najlepszego wyniku w przetargu, nie będą naruszały przepisu art. 305 § 1 lub 2 k.k., jeżeli jednocześnie porozumienie to nie będzie stanowiło działania na szkodę podmiotów wymienionych w tych przepisach (Oczkowski, 2016, pkt 5).

W doktrynie brak jest jednolitości w zakresie interpretacji zawartego w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k. określenia „działając na szkodę”. Pojawiają się stanowiska, zgodnie z którymi działanie na szkodę nie stanowi skutku czynu zabronionego, ale raczej charakteryzuje kierunek działania sprawcy. Przykładowo A. Marek wskazuje, że działanie na szkodę jest niezbędne do bytu przestępstwa, jednakże wyrządzenie szkody nie jest warunkiem popełnienia przestępstwa, określając przestępstwo z art. 305 § 1 k.k. jako przestępstwo formalne z narażenia (Marek, 2010, pkt 6). Również W. Wróbel wskazuje, że do popełnienia przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. wyrządzenie szkody nie jest niezbędne, a wystarczające jest już spowodowanie niebezpieczeństwa jej powstania. W jego ocenie jednak przestępstwo to nie jest przestępstwem formalnym (Wróbel, 2016, s. 808). Na brak konieczności wyrządzenia szkody majątkowej zwraca uwagę także T. Oczkowski, który uważa, że narażenie na niebezpieczeństwo interesów osób wskazanych w przepisach art. 305

²⁶ Korzyść majątkowa może przybierać różne postacie, np. uzyskanie przysporzenia od innego uczestnika przetargu w zamian za złożenie oferty, która zostanie oceniona niżej przez organizatora przetargu.

§ 1 i 2 k.k. jest wystarczające dla bytu przestępstw określonych w tych przepisach (Oczkowski, 2016, pkt 6). Skrajnie odmienne stanowisko wyraża natomiast R. Zawłocki, który uważa, że przestępstwa te są przestępstwami materialnymi (Zawłocki, 2013, s. 882; szerzej co do charakteru przestępstw z art. 305 § 1 i 2 k.k. zob. Makowski, 2014, s. 185–189).

3. Strona podmiotowa przestępstwa zakłócenia przetargu publicznego poprzez wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego

Sprawcą przestępstw określonych w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k. może być każda osoba podlegająca odpowiedzialności karnej. Tym samym przestępstwa te mają charakter powszechny.

R. Zawłocki twierdzi, że fakt, iż sprawcą przestępstwa określonego w przepisie art. 305 § 1 k.k. może być wyłącznie osoba fizyczna, istotnie zawęża krąg podmiotów mogących ponosić odpowiedzialność karną za to przestępstwo, zwracając uwagę na to, że w przetargach publicznych najczęściej uczestniczą podmioty zbiorowe. Wskazuje on jednocześnie, że ponieważ klauzula odpowiedzialności zastępczej z art. 308 k.k. nie znajduje zastosowania do przepisu art. 305 k.k., możliwość karania na podstawie tego przepisu reprezentanta podmiotu zbiorowego jest wyłączona, jeżeli nie zostaną jednocześnie spełnione warunki z przepisu art. 18 § 1–3 k.k. (Zawłocki, 2013, s. 879). Ze stanowiskiem tym nie sposób jest jednak się zgodzić, ponieważ ani § 1, ani § 2 w art. 305 k.k. nie przewidują, że przestępstwo to może być popełnione wyłącznie przez podmiot uczestniczący w przetargu. Dlatego też przy ocenie wypełnienia znamion czynów zabronionych określonych w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k. istotne są jedynie zachowania osób fizycznych. Z tego też względu, nawet jeżeli uczestnikiem przetargu będzie podmiot zbiorowy, nie wyłącza to możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za wspomniane przestępstwa reprezentantowi działającemu w imieniu tego podmiotu zbiorowego. W konsekwencji bez znaczenia w tym zakresie pozostaje czy sprawca działa w imieniu własnym, czy też jako reprezentant podmiotu zbiorowego (Wróbel, 2016, s. 803).

Przestępstwa określone w przepisach art. 305 § 1 i 2 k.k. można popełnić wyłącznie z winy umyślnej. Dodatkowo w przypadku przestępstwa z § 1 wina umyślna musi przybrać postać zamiaru bezpośredniego kierunkowego, skoro dla wyczerpania znamion tego przestępstwa niezbędne jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Natomiast przestępstwo z art. 305 § 2 k.k. można popełnić w zamiarze zarówno bezpośrednim, jak i ewentualnym.

4. Przepis art. 305 § 1 i 2 k.k. w ujęciu statystycznym

Jak wynika z publikowanych przez Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości opracowań wieloletnich pt. „Skazania prawomocne – dorośli wg – rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l. 2008–2015”²⁷, skazania za przestępstwo zakłócenia przetargu publicznego stanowią niewielki procent wszystkich skazań.

W 2015 r. na podstawie przepisu art. 305 § 1 k.k. skazano prawomocnie jedynie 11 osób, podczas gdy liczba wszystkich osób skazanych w tym roku wynosiła 260.034. W stosunku do 10 osób wymierzono kary pozbawienia wolności nieprzekraczające roku z warunkowym zawieszeniem wykonania, w stosunku zaś do jednej osoby zastosowano samoistną karę grzywny. Jednocześnie brak było prawomocnych skazań na podstawie przepisu art. 305 § 2 k.k. Podobne

²⁷ Dostępny na: <https://isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (02.02.2017).

tendencje obserwowano w latach wcześniejszych. W 2014 r. na podstawie przepisu art. 305 § 1 k.k. skazano prawomocnie 16 osób (w stosunku do 13 osób wymierzono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku z warunkowym zawieszeniem wykonania, a wobec trzech osób zastosowano samoistną karę grzywny), podczas gdy liczba wszystkich osób skazanych w tym roku osób wynosiła 295.353. Jednocześnie, podobnie jak w 2015 r., brak było prawomocnych skazań na podstawie przepisu art. 305 § 2 k.k. Natomiast w 2013 r. na podstawie przepisu art. 305 § 1 k.k. skazano prawomocnie sześć osób (w stosunku do czterech osób wymierzono kary pozbawienia wolności nieprzekraczające 11 miesięcy z warunkowym zawieszeniem wykonania, a wobec dwóch osób zastosowano samoistną karę grzywny), a na podstawie przepisu art. 305 § 2 k.k. – dwie osoby (w stosunku do jednej osoby wymierzono karę ograniczenia wolności, wobec drugiej – karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania), podczas gdy liczba wszystkich osób skazanych w tym roku osób wynosiła 353.208.

5. Podsumowanie

Przedstawione powyżej statystyki pokazują, że praktyczne znaczenie przepisów art. 305 § 1 i § 2 k.k. jest znikome. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy mogą być trudności z wykrywaniem porozumień zawieranych na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, ponieważ tego rodzaju porozumienia najczęściej zawierane są poufnie, a fakt ich zawarcia jest przez strony ściśle chroniony. To w zestawieniu z pięcioletnim terminem przedawnienia karalności tego przestępstwa, który to termin liczony jest od czasu popełnienia przestępstwa (art. 101 § 1 pkt 4 k.k.) może wyjaśniać, dlaczego liczba skazań na podstawie tych przepisów jest nieznaczna.

U podstaw niewielkiego praktycznego znaczenia omawianych regulacji może leżeć także wadliwa redakcja tych przepisów, która rodzi liczne wątpliwości interpretacyjne (np. w zakresie rozumienia pojęcia „przetarg publiczny”), mogące utrudniać praktyczne stosowanie tych przepisów. Ponadto jak zostało wykazane powyżej, zakres przedmiotowy przepisów art. 305 § 1 i § 2 k.k. obejmuje wyłącznie porozumienia zawierane na szkodę wymienionych powyżej podmiotów, wyłączając z tego zakresu działanie na szkodę innych uczestników przetargu.

IV. Wzajemne relacje przepisów ustanawiających odpowiedzialność administracyjną i karną osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego

1. Kumulacja podstaw odpowiedzialności osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego

Problem kumulacji odpowiedzialności może pojawić się w przypadku, gdy przedmiotem porozumienia będzie uzgodnienie warunków ofert składanych w przetargu prowadzonym w oparciu o przepisy pzp, jeżeli chociażby jedną ze stron tego porozumienia będzie przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik, będący osobą fizyczną (por. Zientara, 2015, s. 104; Materna, 2016, s. 391). Takie porozumienie będzie bowiem spełniało przesłanki naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję w postaci określonej w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik i jednocześnie będzie wyczerpywało znamiona co najmniej przestępstwa z przepisu art. 305 § 2 k.k. (jeżeli

dodatkowo pojawiłoby się działanie w celu uzyskania korzyści majątkowej – wówczas z art. 305 § 1 k.k.). W takim przypadku na przedsiębiorcę – osobę fizyczną – Prezes UOKiK mógłby nałożyć karę pieniężną, co nie wykluczałoby odpowiedzialności karnej takiej osoby na podstawie przepisu art. 305 § 1 lub § 2 k.k.

Kumulacja odpowiedzialności osoby fizycznej za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz odpowiedzialności karnej może pojawić się również wówczas, gdy podmiotem zawierającym porozumienie będzie przedsiębiorca, będący podmiotem zbiorowym. Dotyczyć to będzie naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję, które co prawda odnoszą się do przebiegu przetargu, ale ze względu na treść tych porozumień wykluczone jest ich uznanie za zмовę przetargową określoną w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, a możliwa jest ich subsumpcja pod którykolwiek z przepisów art. 6 ust. 1 pkt 1–3 uokik (por. Materna, 2016, s. 394). Przypadek taki może nastąpić wówczas, gdy przedmiotem porozumienia będzie zobowiązanie się przez jednego z przedsiębiorców do powstrzymania się od złożenia oferty w określonym przetargu, co umożliwiłoby drugiemu przedsiębiorcy złożenie oferty z wyższą ceną i w tym sensie mniej korzystnej dla organizatora przetargu. Tego typu porozumienie, o ile nie obejmowałoby kwestii dotyczących uzgadniania warunków składanych ofert, nie mogłoby zostać uznane za zмовę przetargową określoną w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, ale mogłoby zostać zakwalifikowane jako porozumienie nazwane określone w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik. Taka kwalifikacja zawartego porozumienia otwierałaby przed Prezesem UOKiK możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności administracyjnej także osoby zarządzającej, która w ramach sprawowania swojej funkcji umyślnie dopuściła do naruszenia przez tego przedsiębiorcę zakazu. Z kolei nałożenie na taką osobę kary pieniężnej nie stanowiłoby przeszkody do skazania osoby zarządzającej za przestępstwo z art. 305 § 1 albo § 2 k.k.

2. Brak możliwości pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności w związku z zawarciem porozumienia przetargowego

Możliwe są także sytuacje, w których pomimo zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia przetargowego, obowiązujące przepisy nie będą stanowiły podstawy do wymierzenia żadnego z omawianych rodzajów odpowiedzialności wobec osoby fizycznej, która umyślnie doprowadziła do zawarcia takiego porozumienia. Niemożność pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności przewidzianej w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym za wejście w porozumienie przetargowe pojawi się w sytuacji, gdy porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami, będącymi podmiotami zbiorowymi, będzie polegało na uzgadnianiu warunków składanych ofert i w związku z tym będzie spełniało przesłanki z przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. To wykluczyłoby określoną przepisami uokik odpowiedzialność osoby zarządzającej za dopuszczenie do zawarcia takiego porozumienia. Jeżeli jednocześnie działanie na szkodę zamawiającego nie mogłoby zostać wykazane, gdyż celem porozumienia byłoby działanie nie tyle na szkodę organizatora przetargu, ile na szkodę innych uczestników, wykluczona byłaby odpowiedzialność karna za dokonanie takiego uzgodnienia. Z takim przypadkiem możemy się spotkać, gdy podmioty zbiorowe, posiadające znaczną siłę rynkową, podejmują decyzję o zawiązaniu konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty, pomimo że każdy z nich mógłby złożyć ofertę samodzielnie. Współdziałając w taki sposób, konkurenci mają możliwość zaoferowania ceny niższej niż ta, która może realnie zostać

zaoferowana przez drobnych konkurentów, nieobjętych porozumieniem. Celem konkurentów zawierających takie porozumienie byłoby wyeliminowanie niewielkich konkurentów z rynku, co w dalszej perspektywie umocniłoby pozycję stron porozumienia. Skoro konsorcjanci zaoferowaliby zamawiającemu cenę niższą niż cena pozostałych oferentów, to niemożliwe byłoby przypisanie konsorcjantom działania na szkodę zamawiającego (ich działanie nakierowane jest raczej na wyrządzenie szkody innym konkurentom). Brak działania na szkodę zamawiającego wyłączyłby odpowiedzialność karną osób działających w imieniu konsorcjantów przy jednoczesnym braku możliwości pociągnięcia osób fizycznych zarządzających tymi przedsiębiorcami do odpowiedzialności na podstawie uokik.

Innym przykładem będzie sytuacja, w której porozumienie przetargowe zawarte przez podmioty zbiorowe dotyczy uzgadniania warunków ofert składanych w przetargu, który nie jest przetargiem publicznym w rozumieniu art. 305 § 1 i § 2 k.k. (np. porozumienie spółek prawa handlowego dotyczące cen w ofertach składanych w przetargu prywatnym). Wówczas niemożliwe stanie się pociągnięcie osoby fizycznej, działającej w imieniu podmiotu zbiorowego, do odpowiedzialności karnej. Natomiast z uwagi na to, że porozumienie przetargowe mogłoby zostać uznane za zmwę przetargową, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, wyłączona zostałaby możliwość pociągnięcia osoby zarządzającej takim przedsiębiorcą na podstawie art. 106a uokik.

Podobnie będzie w przypadku, gdy celem zmwę przetargowej podmiotów zbiorowych będzie wyrządzenie szkody organizatorowi przetargu, ale obiektywnie cel ten, niezależnie od przyczyn, nie mógłby zostać osiągnięty. Sytuacja taka może wystąpić, gdy przedmiotem uzgodnień pomiędzy stronami jest cena ofertowa. Jeżeli oferta złożona przez którąkolwiek ze stron porozumienia będzie najkorzystniejszą, ale jej cena przewyższy kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie będzie mógł tej kwoty zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty, wówczas zamawiający zobowiązany będzie do unieważnienia przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Takie porozumienie stanowiłoby zmwę przetargową w rozumieniu przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, co nie pozwalałoby na wymierzenie osobie zarządzającej (osobie fizycznej) kary pieniężnej, ale równocześnie z uwagi na niewyczerpanie znamion przestępstw z art. 305 § 1 i § 2 k.k. wykluczyłoby odpowiedzialność karną tej osoby zarządzającej.

3. Podsumowanie

Analiza wzajemnych relacji przepisów ustanawiających odpowiedzialność administracyjną i karną osoby fizycznej w związku z zawarciem porozumienia przetargowego pokazuje, że obowiązujące przepisy ustanawiające oba te rodzaje odpowiedzialności są ze sobą niespójne. Z jednej strony pojawiają się sytuacje, w których osoba fizyczna, która umyślnie doprowadziła do zawarcia porozumienia przetargowego może ponieść odpowiedzialność i administracyjną, i karną. Oznacza to, że cel w postaci niedopuszczenia do kumulacji tych dwóch rodzajów odpowiedzialności nie został osiągnięty. Z drugiej – w innych stanach faktycznych obowiązujące przepisy nie przewidują podstawy do wymierzenia wobec takiej osoby fizycznej któregośkolwiek z omawianych rodzajów sankcji. Równocześnie trudno jest doszukać się racjonalnego uzasadnienia dla takiego określenia zasad odpowiedzialności osoby fizycznej za wejście przedsiębiorcy w porozumienie przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, które niekiedy dopuszcza kumulację obu rodzajów odpowiedzialności, w niektórych zaś – pomimo że szkodliwość społeczna tych czynów niekiedy

jest zbliżona do tych, za które możliwe jest poniesienie odpowiedzialności na obu podstawach – brakuje możliwości pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności przewidzianej w prawie ochrony konkurencji lub też odpowiedzialności karnej.

V. Wnioski końcowe

Jak wynika z powyższej analizy, istniejące różnice w zakresach podmiotowych i przedmiotowych tych regulacji powodują, że w niektórych przypadkach możliwość ponoszenia przez osobę fizyczną obu omawianych rodzajów odpowiedzialności nie będzie wykluczona. Z kolei w innych – pociągnięcie osoby fizycznej, która swoim zachowaniem umyślnie doprowadziła do zawarcia przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego, do odpowiedzialności na którejkolwiek z omawianych podstaw prawnych w ogóle nie będzie możliwe. Trudno jest także odnaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiego ukształtowania zasad odpowiedzialności określonej w uokik i k.k., które pozwalają na różne traktowanie zbliżonych sytuacji. Przy porównaniu stanów faktycznych, w których możliwa jest kumulacja odpowiedzialności, z tymi, w których brak jest możliwości wymierzenia któregokolwiek rodzaju odpowiedzialności, okazuje się bowiem, że szkodliwość społeczna obu grup czynów jest zbliżona. Wobec powyższego koniecznie staje się podjęcie przez ustawodawcę działań nakierowanych na usunięcie wskazanych w artykule wadliwości wspomnianych regulacji.

Pewnym rozwiązaniem w tym zakresie mogłoby być przyjęcie jednego rodzaju odpowiedzialności osób fizycznych w związku z zawarciem przez przedsiębiorcę porozumienia przetargowego. Wybór jednak rodzaju odpowiedzialności, który miałby zostać wyeliminowany, może być problematyczny. Uchylenie przepisów regulujących odpowiedzialność określoną w uokik za czyny związane z zawarciem porozumienia przetargowego, co proponuje S. Żółtek (2009, s. 243), nie wydaje się możliwe. Wynika to przede wszystkim z tego, że zachowania objęte art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wyczerpują przesłanki do uznania ich za naruszające ogólny zakaz porozumień ograniczających konkurencję określony w art. 6 ust. 1 uokik (katalog porozumień nazwanych zawartych w art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik ma jedynie charakter przykładowy). W związku z powyższym samo uchylenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie rozwiązałoby problemu podwójnej karalności przedsiębiorców – osób fizycznych. Natomiast ingerowanie w ogólną regułę z art. 6 ust. 1 uokik byłoby zbyt daleko idące.

Dlatego też w przypadku podejmowania decyzji o likwidacji jednej z podstaw odpowiedzialności, wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby uchylenie przepisów ustanawiających odpowiedzialność karną za zawarcie porozumienia przetargowego. Za powyższym mogłaby przemawiać zasada subsydiarności prawa karnego, z której wynika, że wprowadzanie sankcji karnej powinno następować dopiero wówczas, gdy zastosowanie innych sankcji przewidzianych w prawie nie jest wystarczające (Gardocki, 2015, s. 29). Dodatkowym argumentem mógłby być także stosunkowo wąski zakres przedmiotowy czynów objętych przestępstwami z art. 305 § 1 i § 2 k.k., które pozostawiają poza swoim zakresem przetargi inne niż przetargi o charakterze publicznym oraz dla bytu tych przestępstw wymagają działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Uchylenie przepisów przewidujących odpowiedzialność karną za zakłócenie przetargu publicznego poprzez wejście w porozumienie na szkodę wymienionych powyżej podmiotów byłoby uzasadnione również z uwagi na niewielką liczbę skazań na podstawie tych przepisów. Jednakże przeciwko likwidacji odpowiedzialności karnej przemawia okoliczność, że odpowiedzialność na podstawie uokik mogą ponosić wyłącznie

podmioty posiadające status przedsiębiorcy lub – w przypadku porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik – spełniające przesłanki do uznania je za osoby zarządzające. Tymczasem porozumienia przetargowe mogą być zawierane także pomiędzy podmiotami niebędącymi przedsiębiorcą (Materna, 2016 s. 429–430). Ponadto utrata statusu przedsiębiorcy przez stronę porozumienia przetargowego wykluczyłaby możliwość wymierzenia wobec niej sankcji administracyjnej określonej przepisami uokik.

Rozwiązaniem problemu dublowania się podstaw odpowiedzialności mogłoby być przyjęcie odpowiednich norm kolizyjnych, przyznających prymat odpowiedzialności administracyjnej za zawarcie porozumienia przetargowego (Król-Bogomilska, 2013, s. 415; Materna, 2016, s. 436). Wprowadzenie reguł kolizyjnych z pewnością zmniejszyłoby ryzyko podwójnej karalności za ten sam czyn. Biorąc jednak pod uwagę to, że całkowite uchylenie ryzyka naruszania zasady *ne bis in idem* wiązałoby się nie tylko z potrzebą wyeliminowania podwójnego wymierzenia odpowiedzialności, ale i również z koniecznością zapewnienia niedopuszczalności ponownego prowadzenia wobec tego samego podmiotu postępowania o ten sam czyn (Król-Bogomilska, 2013, s. 412), pełne usunięcie zbiegu podstaw odpowiedzialności w drodze zmiany obowiązujących przepisów, wymagałoby stworzenia bardzo szczegółowych, wręcz kazuistycznych, norm kolizyjnych albo wprowadzenia obowiązku powstrzymywania się przez organy postępowania karnego z wszczęciem postępowania karnego do momentu upływu okresu, w którym organ antymonopolowy jest uprawniony do wszczęcia postępowania. Zastosowanie drugiego ze sposobów wiązałoby się nieuchronnie z oddaleniem w czasie postępowania karnego, co mogłoby zmniejszać szanse na zgromadzenie pełnego materiału dowodowego.

Pewnym rozwiązaniem, zmniejszającym skalę problemu multiplikowania odpowiedzialności administracyjnej i karnej, mogłaby być także zmiana przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez objęcie jego zakresem porozumień dotyczących uzgadniania przez przedsiębiorców – obok warunków składanych ofert – także sposobu zachowania w związku z postępowaniem przetargowym. W takim przypadku, przy utrzymaniu przepisu art. 6a uokik w dotychczasowym brzmieniu, problem kumulacji odpowiedzialności osób zarządzających, będących osobami fizycznymi, w związku z zawarciem porozumienia przetargowego zostałyby uchylony. Jednakże nadal nierozwiązywalna pozostałaby kumulacja odpowiedzialności w przypadku przedsiębiorców będących osobami fizycznymi.

Na koniec należy dodać, że w obecnym stanie prawnym priorytetem powinno stać się przede wszystkim zabezpieczenie przed podwójnym orzekaniem i podwójnym wykonywaniem kar wobec tej samej osoby za ten sam czyn (Król-Bogomilska, 2013, s. 412). W drugiej kolejności zaś należałoby dążyć do zapewnienia zgodności przepisów z zasadą *ne bis in idem* poprzez wyeliminowanie ryzyka prowadzenia dwóch postępowań wobec tego samego podmiotu za ten sam czyn.

Bibliografia

- Gardocki, L. (2015). *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 255–312). Warszawa: C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 6. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Lex.

- Król-Bogomilska, M. (2013). *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Łabuda, G. (2014). Komentarz do art. 305. W: J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Warszawa: Lex.
- Makowski M. (2014). Wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego – (de)penalizacja zmwów przetargowych w systemie zamówień publicznych. *Palestra*, 3–4.
- Marek, A. (2010). Komentarz do art. 305. W: A. Marek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Lex.
- Materna, G. (2016). *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Materna, G. i Zawłocka-Turno, A. (2015). Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów. *iKAR*, 2(4), 11–26.
- Minkiewicz, M. (2015). Ochrona zamawiającego przed zmwami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych. *iKAR*, 4(4), 19–38.
- Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*. Warszawa: Twigger.
- Oczkowski, T. (2016). Komentarz do art. 305. W: V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: LEX.
- Piszcz, A. (2014). Komentarz do art. 4 pkt 3a. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 110–115). Warszawa: C.H. Beck.
- Podrecki, P. (2014). Zakaz porozumień ograniczających konkurencję. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*. (T. 15, s. 781–796). Warszawa: C.H. Beck & Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Stawicki, A. (2016). Komentarz do art. 6. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 210–294). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wróbel, W. (2016). Komentarz do art. 305. W: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363* (s. 798–811). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zawłocki, R. (2013). Komentarz do art. 305. W: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz, art. 222-316*. Warszawa: C.H. Beck, s. 876–887.
- Zientara, A. (2015). Odpowiedzialność karna i administracyjna za udział w zmwie przetargowej – możliwość podwójnego ukarania. W: M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa* (s. 94–109). Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Żółtek, S. (2009). *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*. Warszawa: Wolters Kluwer.