

Spis treści

Wykaz skrótów / 17

Wprowadzenie / 21

Rozdział I

Znaczenie konkurencyjnych przetargów dla obrotu gospodarczego / 43

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

Rozdział II

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

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

Rozdział III

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

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

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

Rozdział IV

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

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

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

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

4.2. Treść porozumienia / 283

4.3. Cel porozumienia / 286

5. Wnioski / 286

Rozdział V

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

1. Wprowadzenie / 295

2. Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych
w prawie ochrony konkurencji / 296

2.1. Przedsiębiorca jako podmiot odpowiedzialności
antymonopolowej / 296

2.2. Odpowiedzialność przedsiębiorców za działania osób
fizycznych będących ich reprezentantami / 303

2.3. Odpowiedzialność antymonopolowa uczestników
i organizatorów przetargu / 304

2.4. Odpowiedzialność antymonopolowa a powiązania
między przedsiębiorcami / 307

2.5. Osoba zarządzająca jako podmiot odpowiedzialności
antymonopolowej / 313

3. Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych
w prawie karnym / 317

3.1. Osoba fizyczna jako podmiot odpowiedzialności
prawnokarnej / 318

3.2. Różnorodność ról pełnionych w związku z przetargiem
przez podmioty odpowiedzialności karnej z tytułu
zmowy przetargowej / 319

3.3. Problem porozumień zawieranych przez reprezentantów
przedsiębiorców lub innych podmiotów mogących
oddziaływać na przebieg przetargu / 321

3.4. Podmiot zbiorowy jako podmiot odpowiedzialności
za czyny zabronione pod groźbą kary / 323

4. Podobieństwa i różnice zakresów podmiotowych zakazu
zmów przetargowych w prawie ochrony konkurencji
i w prawie karnym / 328

4.1. Udział w porozumieniu podmiotów niebędących
przedsiębiorcami / 328

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

Rozdział VI

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

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

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

Rozdział VII

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

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

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

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

Rozdział VIII

Podsumowanie – wnioski oraz propozycje interpretacyjne i legislacyjne / 448

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

- 3.2.2. Zbieg odpowiedzialności antymonopolowej z odpowiedzialnością karną lub odpowiedzialnością podmiotów zbiorowych / 473
- 3.2.3. Artykuł 6 u.o.p.z. / 475
- 3.2.4. Zbieg odpowiedzialności tzw. osób zarządzających / 475
- 3.2.5. Zbieg odpowiedzialności przy stosowaniu prawa Unii Europejskiej / 476

4. Wniosek końcowy / 477

Bibliografia / 479

Orzecznictwo / 495

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