

ABC ADMINISTRACJI

praca zbiorowa pod red.

Sławomira Fundowicza, Pawła Świtala

Tom XIV, marzec 2017

ABC ADMINISTRACJI

praca zbiorowa pod red.
Sławomira Fundowicza, Pawła Świtala

„SKAUTH”

Monografia naukowa

ISBN 978-83-944559-3-4

Recenzenci

Dr hab. Sławomir Fundowicz

Dr Wojciech Jasiński

Dr hab. Katarzyna Bagan – Kurluta

Dr Marzena Myślińska

Dr hab. Maria Królikowska – Olczak

Dr Anna Trela

Dr hab. Andrzej Sakowicz

Dr Iwona Warchoń

Dr hab. Wojciech Sońta

Dr Wojciech Wojtyła

Dr Anna Dąbrowska

Redaktorzy naukowci:

dr hab. Sławomir Fundowicz, prof UTH

mgr Paweł Śwital

Redakcja techniczna: Emilia Gulińska

Skład: Paweł Śwital, Emilia Gulińska

© Copyright: Studenckie Koło Naukowe Administratywistów „SKAUTH”,

Wydział Nauk Ekonomicznych i Prawnych, Uniwersytetu Technologiczno- Humanistycznego
im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu

tel. (48) 361 74 33 email: skauth@wp.pl

www.skauth.uniwersytetradom.pl

ISBN 978-83-944559-3-4

Utwór w całości ani we fragmentach nie może być powielany ani rozpowszechniany za pomocą urządzeń elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych bez pisemnej zgody posiadacza praw autorskich.

Spis treści

Rozdział I Znaczenie uczciwej konkurencji dla realizacji celów przetargu.....	5
Rozdział II Pojęcie „przetarg publiczny” a zakres penalizacji przestępstw z art. 305 Kodeksu karnego.....	17
Rozdział III Konsorcjum przetargowe a zakaz porozumień ograniczających konkurencję.....	34
Rozdział IV Analiza prawna wejścia w porozumienie jak znamię zmowy przetargowej w prawie karnym.....	47
Rozdział V Finanse Unii Europejskiej, charakterystyka budżetu UE.....	56
Rozdział VI Zmowa przetargowa jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom -aspekty teoretycznoprawne	71
Rozdział VII Organizacja i prawne zasady działania systemu krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem ich znaczenia dla społeczeństwa.....	84
Rozdział VIII Zjawisko dumpingu w przetargach publicznych.....	100
Rozdział IX Ograniczenia antykorupcyjne dotyczące funkcjonariuszy samorządowych.....	109
Rozdział X Naruszenie prawa konkurencji jako delikt cywilnoprawny.....	121

Rozdział I

Znaczenie uczciwej konkurencji dla realizacji celów przetargu

Jabłońska Paulina¹; Abramczyk Piotr²

The purpose of the article is analysis of signifcation of fair competition for purpose of tendering. The primary procedures for awarding contracts are open tendering and restricted tendering. The purpose of tendering is effective management public funds. The principle of fair competition has great signifcation for purpose of tandering. First part of article presents the purpose of tendering. The purpose of tendering is effective management public funds, selection the most advantageous tender and due performance of the contract. Next part of article presents the principle of fair competition., which is the main principle of contrach award procedure. In the last part of article shows action of unfair competiotion. These action may be committed in the determination the criterias of participation in the procedure or the subject-matter of public matter.

Wstęp

Zamówienia publiczne zostały powołane do życia w celu efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, a najpełniejsza realizacja tych celów uwidoczniła się w trybach przetargowych, gdyż pozwalają na wybór najkorzystniejszej oferty. Przetarg nieograniczony i ograniczony stanowią podstawę udzielania zamówień publicznych, dlatego ich prowadzenie wymaga aby odbywały się w oparciu o zasadę uczciwej konkurencji. Jest ona jedną z głównych zasad udzielania zamówień publicznych, która pozwala na uniknięcie sytuacji w których dochodzi do nieprawidłowości w procedurze przetargowej. Celem artykułu jest ukazanie znaczenia uczciwej konkurencji dla celów przetargu. Zamawiający w swych działaniach ma obowiązek kierowania się zasadą uczciwej konkurencji, a jakiegokolwiek odstępstwo od tej reguły może prowadzić do naruszenia interesu publicznego lub interesu wykonawcy spełniającego warunki przetargu, a także nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

¹**Jabłońska Paulina**- studentka I roku II stopnia na kierunku administracja na Uniwersytecie Technologiczno-Humanistycznym im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu. Członek Studenckiego Koła Naukowego Administratywistów (SKAUTH) Uniwersytetu Technologiczno - Humanistycznego.

²**Abramczyk Piotr** - student I roku II stopnia na kierunku administracja na Uniwersytecie Technologiczno-Humanistycznym im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu. Członek Studenckiego Koła Naukowego Administratywistów (SKAUTH) Uniwersytetu Technologiczno - Humanistycznego.

I. Cele przetargowego udzielania zamówień publicznych

Zamówieniem publicznym w świetle ustawy Prawo Zamówień Publicznych³ jest odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane⁴. Naczelną zasadą i celem zamówień publicznych jest sprzyjanie wolnej, a jednocześnie uczciwej konkurencji prowadzącej do utworzenia takiego mechanizmu zamówień publicznych, który pozwoli, efektywnie, racjonalnie i uczciwie gospodarować środkami publicznymi⁵. Skuteczność konkurencji, może być zwiększona poprzez zwiększenie jasności procedur przetargowych, ograniczenie zakresu, w jakim decyzje mogą być podejmowane przez organy zamawiające na zasadzie swobodnego wyboru oraz zapewnienie sprawnego systemu informowania o zamówieniach⁶.

Przetarg nieograniczony oraz ograniczony stanowią podstawę trybu udzielania zamówień. W najpełniejszy sposób realizują zasady ich udzielania oraz dają gwarancje największej konkurencyjności prowadzonego postępowania⁷. Gwarancja ta, wynika z wszczęcia postępowania poprzez publikację ogłoszenia w publikatorach oraz brak możliwości negocjowania warunków wykonania zamówienia w trakcie postępowania⁸. A przecież im większa konkurencja, tym większe szanse na właściwy wybór wykonawcy zamówienia. Zastosowanie innego niż przetarg podstawowy trybu udzielanie zamówienia⁹ w pewnym stopniu wpływa na ograniczenie konkurencji, dlatego powinno się je stosować tylko w sytuacji, gdy zastosowanie podstawowego trybu nie jest możliwe¹⁰. Podstawowymi cechami przetargu są udział wielu uczestników, mających takie same obowiązki i prawa oraz podlegających tym samym regułom. Postępowanie przetargowe ma charakter postępowania eliminacyjnego, którego celem jest doprowadzenie do wyboru spośród wszystkich jego uczestników jednego oferenta z którym zgłaszający zawrze umowę¹¹.

³Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 nr 19 poz. 117 ze zm.).

⁴L. Bogacz, M. Lempicka, G. Pyliński, *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz.*, Bydgoszcz-Warszawa 2006, s. 56.

⁵H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Bydgoszcz –Gdańsk 2005, s. 47.

⁶A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004, s. 48.

⁷L. Bogacz, M. Lempicka, G. Pyliński, *Prawo Zamówień...*, *op.cit.*, s. 94.

⁸M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 85.

⁹Zamawiający, wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych, może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę lub aukcji elektronicznej.

¹⁰A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz-Warszawa 2004, s. 58.

¹¹A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne...*, *op.cit.*, s. 54.

Zawieranie umów w trybie przetargów przynosi zamawiającemu różnorodne korzyści. Pozwala na wybór najkorzystniejszej oferty i najodpowiedniejszego kontrahenta reprezentującego wysoki poziom techniki wykonania i dysponowania odpowiednimi zasobami kapitałowymi dla terminowego wykonania umowy. Daje możliwość sprawnego przebiegu przetargu i prawidłowe wykonanie podjętego zobowiązania. Umożliwia nieograniczony dostęp oferentów co zwiększa konkurencyjność i przyczynia się do uzyskania korzystniejszej oferty przy jednoczesnej eliminacji nieprawidłowości występujących przy zawieraniu umów. Pozwala także na racjonalne i oszczędne wydatkowanie środków publicznych przy przetargach organizowanych w celu zakupów, wykonania robót budowlanych i świadczenia usług finansowych ze środków publicznych¹².

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji. Zasada ta pozwalają na realizację celów ustawowych, efektywnego i gospodarczego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnych do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasada ta nabrała dodatkowego znaczenia, gdyż stosowana jest nie tylko do wykonawców krajowych, ale zapewnia także przestrzeganie odpowiednich regulacji przepisów traktatowych oraz dyrektyw¹³. Jednym z głównych celów wprowadzenia regulacji wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych był właśnie zapewnienie warunków równej konkurencji. Celem polityki konkurencji jest zapewnienie lepszych pod względem jakości oraz tańszych robót budowlanych, dostaw i usług¹⁴.

II. Zasada uczciwej konkurencji w trybie przetargowym

Konkurencja to rywalizacja co najmniej dwóch przedsiębiorstw w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi. Natomiast ochrona prawna konkurencji ma na celu zapewnienie wszystkim przedsiębiorcom funkcjonowanie zgodnie z wolnością gospodarczą, a także zapobieganie zjawiskom polegającym na uzyskiwaniu przez niektórych przedsiębiorców takiej pozycji w gospodarce, która zagrażać może interesowi innych przedsiębiorców¹⁵. Z konkurencją mamy do czynienia wówczas, gdy na tym samym rynku asortymentowym i geograficznym występuje po stronie popytu lub podaży co najmniej dwóch przedsiębiorców¹⁶.

¹²W. Jaślan, *Zamówienia publiczne*, Warszawa 1999, s. 5.

¹³M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 75.

¹⁴I. Marcinowska, *Zamówienia publiczne [w:] Konkurencja*, pod red. Z Brodeckiego, Warszawa 2004, s. 392.

¹⁵S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienie*, Warszawa 2013, s. 232.

¹⁶E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2005, s. 34.

Zasada uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jest to jedna z podstawowych reguł postępowania, a jej nieprzestrzeganie jest jedną z najczęstszych przyczyn odwołań od decyzji zamawiającego. Celem tej zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku¹⁷. Zasad uczciwej konkurencji „obliguje zamawiającego do sprawdzenia i oceny, czy złożone przez dostawców oferty nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji. Oceny tej zamawiający musi dokonać w oparciu o przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”¹⁸.

Postępowanie o zamówienie publiczne powinno być prowadzoną w sposób przejrzysty. W związku z tym osoby występujące po stronie zamawiającego powinny być bezstronne i obiektywne w czasie prowadzenia postępowania. Ewentualny brak zachowania obiektywizmu i bezstronności osób występujących po stronie zamawiającego wpływałby negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji¹⁹. Bezstronność oznacza brak faworyzowania oraz dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Obiektywizm natomiast oznacza konieczność dokonywania czynności zgodnie z przepisami prawa oraz wiedzy dotyczącą formalno-prawnych i merytorycznych kwestii związanych z udzieleniem zamówienia²⁰.

Zasada uczciwej konkurencji wyraża się w przepisach dotyczących określania przedmiotu zamówienia i warunków postępowania, ogłoszeń, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odrzucenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji oraz trybów postępowania²¹. Obowiązek przestrzegania uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenie postępowania znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach odnoszących się do poszczególnych rozwiązań ustawowych i instytucji. Na etapie określania warunków stawianych wykonawcom może dojść do naruszenia uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywane przez wykonawcę wiarygodnego i zdolnego do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia ograniczenie może polegać na wskazaniu wąskiej grupy produktów lub usług, nieuzasadnionych celem udzielenia zamówienia. Zachowanie uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu

¹⁷P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje zamówień publicznych* [w:] *Zamówienia publiczne*, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2010, s. 101.

¹⁸Wyrok ZA z dnia 29 lipca 1999 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-613/99 opublikowane w „*Zamówienia Publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów*”, Warszawa 2000.

¹⁹M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 77.

²⁰L. Bogacz, M. Lempicka, G. Pyliński, *Prawo Zamówień...*, op.cit., s. 88-89.

²¹H. Zalewski, *Prawo zamówień...*, s. 48.

dotarcie do informacji o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszenia o zamówieniu w określonych publikatorach²². Obowiązek przeprowadzenia postępowania, aby przebiegało zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji spoczywa tylko na barkach zamawiającego²³. Sąd okręgowy stwierdził, że „obowiązki zamawiającego nie ograniczają się jedynie do zachowania przez niego samego zasad uczciwej konkurencji i takiego określenia przedmiotu i warunków zamówienia, który gwarantuje ich przestrzeganie, a także przeprowadzenie postępowania przetargowego w sposób gwarantujący poszanowanie tych zasad. Obowiązki zamawiającego w tym zakresie, są szersze i polegają również na dołożeniu starań, aby wyeliminować z postępowania oferty naruszające te zasady”²⁴.

III. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji

Na pojęcie nieuczciwej konkurencji składają się dwa element, które muszą wystąpić łącznie. Z jednej strony czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami²⁵, z drugiej zaś działanie to musi naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Naruszenie to jednak musi wskazywać podmiot gospodarczy lub grupę klientów, których interesy zostały naruszone²⁶. Konieczne jest aby naruszony przepis regulował stosunki z zakresu konkurencji lub jego naruszenie dało sprawcy przewagę wobec konkurentów postępujących zgodnie z prawem²⁷. Stwierdzenie czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wymaga każdorazowej dokładnej analizy zaistnienia oznak takiego czynu²⁸. Z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji możemy spotkać się na każdym etapie prowadzonego postępowania. Jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁹, należy ocenić charakter tego działania na podstawie zawartej w ustawie klauzuli generalnej³⁰.

Konstrukcje prawne poszczególnych czynów nieuczciwej konkurencji znajdują swe uregulowanie w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustalenie zamkniętej lity czynów nieuczciwej konkurencji jest niemożliwe. Od czasu uchwalenia

²²M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 75.

²³P. Szustakiewicz, „*Podstawowe instytucje...*”, op.cit., s. 103.

²⁴Orzeczenie sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 września 2003 r. sygn. akt V Ca 1477/03 opublikowane w „*Zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze Nr 3*”, Warszawa 2004.

²⁵Dobre obyczaje to normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. Nie jest przy tym istotne istnienie po stronie działającego świadomość ich naruszenia.

²⁶P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, op.cit., s. 102

²⁷E. Nowińska, M. du vall, *Komentarz do ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2005, s. 43.

²⁸M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 298.

²⁹Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211 ze zm.).

³⁰A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 53.

pierwotnego tekstu ustawy ulegała ona znacznym zmianom. Wciąż bowiem ujawniają się w obrocie gospodarczym nowe postacie czynów godzących w interes publiczny oraz w interesy prywatne przedsiębiorców i klientów. Jeśli zatem określone działanie mieści się w katalogu czynów wyraźnie wymienionych przez ustawę, to sądy mogą na podstawie klauzuli generalnej uznać konkretny czyn za zabroniony i stosować sankcje przewidziane w ustawie³¹. Zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachowanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcje publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym³².

Wykonawca powinien przygotować ofertę w taki sposób, aby jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie zmuszony odrzucić taką ofertę³³. Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa oraz dyrektywy będące podstawą takiego rozwiązania nie precyzują jednak pojęcia rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji należy przyjąć, iż użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych³⁴. Może to być cena za którą nie można pokryć wszystkich kosztów związanych z należytyym wykonaniem zamówienia. Rażąco niska cena nie odnosi się więc do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lecz do przedmiotu zamówienia. Do powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że cena jest rażąco niska, nie wystarczy więc, że jest ona znacznie niższa od cen zaoferowanych przez innych wykonawców³⁵. Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu takiej oferty zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy, który ją złożył, o udzielenie wyjaśnień na piśmie związanych z ceną zawartą w złożonej ofercie³⁶.

³¹C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 357.

³²L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo Zamówień...*, op.cit., s. 309.

³³A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 53.

³⁴M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 298.

³⁵L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 313.

³⁶A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 222.

Obowiązek odrzucenia takiej oferty jest spowodowany z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brakiem zgody na zachowania wykonawców godzące w uczciwą konkurencję³⁷. Zamawiający musi mieć na względzie publiczny interes, który wymaga aby zamówiony produkt został wykonany, przy jednoczesnym braku dyskryminacji innych przedsiębiorców, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania³⁸. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny w celu eliminacji z rynku innych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji a w związku z tym oferta zawierająca taką cenę podlega odrzuceniu, gdyż taka oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji³⁹. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości⁴⁰. W jednym z orzeczeń wydanych w postępowaniu odwoławczym Zespół Arbitrów wskazał, że „złożenie oferty może być traktowane jako naruszające mechanizm uczciwej konkurencji tylko wtedy, gdy oferta obliczona jest na samo zdobycie zamówienia i wyeliminowanie innych z dostępu do zamówienia⁴¹”.

Jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Oprócz tego, że stanowi on podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niezbędny dla prawidłowego określenia wartości zamówienia⁴². Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie może tego robić w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Zamawiający powinien tak skonstruować SIWZ, aby bez trudu można było określić potrzeby zamawiającego, ale te potrzeby muszą być możliwe do sprawdzenia według obiektywnych kryteriów⁴³. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt oraz potencjalnie wpływa na konkurencję na rynku⁴⁴. Według wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 21 sierpnia 2002 r. „Preferowanie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, produktów jednego producenta stanowi w tej sytuacji działanie utrudniające w sposób zasadniczy

³⁷M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s.299.

³⁸P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, op.cit., s. 104.

³⁹Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 313-314.

⁴⁰A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień...*, op.cit., s.223.

⁴¹Wyrok ZA z dnia 17 grudnia 2003 r sygn. Akt UZP/ZO/0-2081/03, *Zamówienia Publiczne w orzecznictwie* Nr 4, Warszawa 2004.

⁴²M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 133.

⁴³P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, op.cit., s. 107-108.

⁴⁴M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 134.

uczciwą konkurencję”⁴⁵. Powołując się na zasadę uczciwej konkurencji zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem przeprowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, chyba, że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji⁴⁶.

Warunki udziału w postępowaniu określone są w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia. Zamawiający poprzez ustalenie warunków powinien zaakceptować te aspekty, które mają dla niego decydujące znaczenie przy realizacji umowy⁴⁷. Zamawiający nie może określić warunków udziału w postępowaniu w sposób, które naruszałaby uczciwą konkurencję. Przedsiębiorcom uczestniczącym w postępowaniu nie mogą być stawiane warunki uczestnictwa w procedurze, które w jakikolwiek sposób uprzywilejowany jednego z wykonawców⁴⁸. Zakaz ten jednak nie oznacza nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania ich kwalifikacji. Precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby dopuszczony do udziału w postępowaniu był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Celem unormowania nie jest zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesu publicznego. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia⁴⁹. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 października 2008 r. „Okoliczności o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji”⁵⁰.

Naruszenie uczciwej konkurencji może przejawiać się w zмовie przetargowej polegającej na uzgadnianiu warunków składania ofert przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego jednocześnie organizatorem przetargu. Skutkiem zмовy przetargowej jest podział uczestników przetargów i dotyczy działań podjętych przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu w zakresie

⁴⁵Wyrok ZA z dnia 21 sierpnia 2002 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-1005/02 opublikowany w „Zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze Nr 1”, Warszawa 2003.

⁴⁶P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, op.cit., s. 106.

⁴⁷L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo Zamówień...*, op.cit., s. 127.

⁴⁸P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, op.cit., s. 104.

⁴⁹M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s. 115.

⁵⁰Wyrok KIO z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 *zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze nr 3*, Warszawa 2009.

uzgodnień co do warunków składanych ofert, odnoszących się do rodzaju prac i ceny. Warunkiem uznania danego porozumienia za niedozwolone jest odniesienie go do procedury przetargowej, której celem jest zapewnienie mechanizmu współzawodnictwa. Organizacja przetargu gwarantuje zachowanie konkurencji, dlatego w innym wypadku bowiem sens instytucji przetargu zostaje zniekształcony, gdyż wybór najkorzystniejszej oferty staje się niemożliwy⁵¹.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie stawianych warunków dotyczy także takiego prowadzenia postępowania, aby wykluczyć z niego konsorcja, czyli wykonawców mogących wspólnie ubiegać się o wykonanie zamówienia. Istotą konsorcjum jest to, że podmioty niespełniające samodzielnie warunków do realizacji zamówienia tworzą konsorcjum, w którym wspólnie takie warunki spełniają. Taka forma działania jest szczególnie korzystna dla małych i średnich przedsiębiorstw⁵². W celu zapewnienia uczciwej konkurencji należy dopuścić do udziału w postępowaniu konsorcja na takich samych zasadach, jak wykonawcy samodzielnie zdolnego do wykonania zamówienia⁵³.

Wyrazem obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej informacjami istotnymi dla danego postępowania. Zamawiający nie może bowiem dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zmienić jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert⁵⁴.

Analizując konsekwencje prawne czynności odrzucenia oferty, należy stwierdzić, że ustał byt prawny takiej oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku czynności odrzucenia oferty oświadczenia woli złożone przez oferenta, którego ofertę odrzucono, będzie bezskuteczne. Jednakże w takim przypadku, dla dochowania prawidłowości czynności formalnoprawnych w toczącym się postępowaniu, ofertę taką należy dołączyć do protokołu z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵⁵. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji powoduje powstanie prawa do wniesienia środków ochrony prawnej po stronie wykonawców. Jak wskazuje praktyka we wnoszeniu protestów i odwołań, wykonawcy bardzo często powołują się na

⁵¹M. Pawełczyk, *Publiczne prawo konkurencji*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, pod red. R. Blicharza, Warszawa 2015, s. 122.

⁵²P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje...*, *op.cit.*, s. 105.

⁵³M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, s. 115.

⁵⁴*Ibidem*, s. 76.

⁵⁵A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień...*, *op.cit.*, s. 217.

złamanie tych zasad przez zamawiającego zarówno w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i dokonywania badania i oceny ofert⁵⁶.

Zakończenie

Uczciwa konkurencja przyczynia się do efektywnie przeprowadzanie przetargów i gospodarczego dysponowania środkami publicznymi. Stosowanie przetargów w zamówieniach publicznych gwarantuje największą konkurencję, która pozwala na wybór najkorzystniejszej oferty i należyte wykonanie zamówienia. Podczas procedury przetargowej może dojść do czynów naruszających uczciwą konkurencję. Ich wykrycie i eliminacja należy do obowiązków zamawiającego. Prowadząc postępowanie przetargowe ma obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, gdyż każde jej naruszenie zakłóca właściwe jego prowadzenie. Musi mieć na względzie publiczny interes, który wymaga aby zamówiony produkt został wykonany, ale jednocześnie umożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Podczas zamówienie przetargowego może dojść do czynów naruszających uczciwą konkurencję, które negatywnie wpływają na cel dla których zostały ustanowione. Z naruszeniem uczciwej konkurencji może dojść przy opisie przedmiotu zamówienie publicznego, opisie warunków udziału w postępowaniu oraz ustaleniu kryteriów oceny oferty. Dlatego uczciwa konkurencja jest bardzo ważna dla właściwie prowadzonego postępowania przetargowego, a jej przestrzeganie powoduje, że zamówienie publiczne odbywa się zgodnie z prawem i nie dochodzi do naruszeń interesu wykonawców. Uczciwa konkurencja ma istotne znaczenie dla celów przetargowych. Dlatego nieprzestrzeganie zasady uczciwej konkurencji może prowadzić do zagrożeń, które spowodują, że postępowanie przetargowe nie będzie spełniało celów dla których zostało ustanowione.

⁵⁶M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżnowski, *Prawo zamówień...*, op.cit., s.77.

Bibliografia

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211 ze zm.).
2. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 nr 19 poz. 117 ze zm.).

Orzecznictwo

1. Wyrok ZA z dnia 29 lipca 1999 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-613/99 opublikowane w „*Zamówienia Publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów*”, Warszawa 2000.
2. Wyrok ZA z dnia 21 sierpnia 2002 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-1005/02 opublikowany w „*Zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze Nr 1*”, Warszawa 2003.
3. Orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 września 2003 r. sygn. akt V Ca 1477/03 opublikowane w „*Zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze Nr 3*”, Warszawa 2004.
4. Wyrok ZA z dnia 17 grudnia 2003 r sygn. Akt UZP/ZO/0-2081/03, *Zamówienia Publiczne w orzecznictwie Nr 4*, Warszawa 2004.
5. Wyrok KIO z dnia 9 października 2008 r., sygn akt KIO/UZP 1024/08 *zamówienia Publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze nr 3*, Warszawa 2009.

Literatura

1. Bogacz L., Łempicka M., Pyliński G., *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz.*, Bydgoszcz-Warszawa 2006.
2. Brodeckieg Z., *Konkurencja*, Warszawa 2004.
3. Hoc S., *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienie*, Warszawa 2013.
4. Jaślan W., *Zamówienia publiczne*, Warszawa 1999.
5. Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
6. Nowińska E., du Vall M., *Komentarz do ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2005.
7. Panasiuk A., Mikołajczyk A., Siedlecki T., *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz-Warszawa 2004.

8. *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, Blicharz R. (red.), Warszawa 2015.
9. Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004.
10. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżnowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005.
11. Zalewski H., *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Bydgoszcz –Gdańsk 2005.
12. *Zamówienia publiczne*, Chmaj M. (red.), Warszawa 2010.

Rozdział II

Pojęcie „przetarg publiczny” a zakres penalizacji przestępstw z art. 305

Kodeksu karnego

Jarząbek Karol⁵⁷

The article raises the question how the meaning of “public auction” from article 305 of Criminal Code influences the area of criminalization of crimes against the auctions. In particular, it discusses the relationship between “public auction” and similar terms that occur in civil and public law. Author points out that they are not compatible, what is the reason of practical difficulties in application of article 305 of Criminal Code and differences in interpretation. The article constitutes an attempt to answer the question how to interpret “public auction” correctly.

Wstęp

W art. 305 Kodeksu karnego⁵⁸, w rozdziale XXXVI poświęconym przestępstwom przeciwko obrotowi gospodarczemu, stypizowane zostały przestępstwa przeciwko przetargowi publicznemu. Zgodnie § 1 tego przepisu przestępstwo to polega na udaremnieniu lub utrudnieniu przetargu publicznego albo wejściu w porozumienie z inną osobą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, przy czym warunkiem karalności zachowania sprawcy jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Natomiast przestępstwo z § 2 polega na rozpowszechnianiu informacji lub przemilczaniu istotnych okoliczności w związku z przetargiem publicznym, mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wejściu w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Przestępstwa przeciwko przetargowi publicznemu znane były także poprzednio obowiązującym ustawom karnym. W Kodeksie karnym z 1932 r.⁵⁹ typ czynu zabronionego udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego określony był w art. 283, z kolei w Kodeksie karnym z 1969 r.⁶⁰ był to art. 245. Po przemianach społeczno – gospodarczych, w ustawie z 12.10.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie

⁵⁷Jarząbek Karol - student V roku prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

⁵⁸Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137), dalej powoływana jako k. k.

⁵⁹Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1932 nr 60 poz. 571).

⁶⁰Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1969 nr 13 poz. 94).

niektórych przepisów prawa karnego⁶¹ w art. 2 § 1 określono typ przestępstwa udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego o znamionach tożsamyh ze znamionami przestępstw z art. 245 k. k. z 1969 r., by ostatecznie umieścić go w art. 305 Kodeksu karnego z 1997 r. Kluczowym pojęciem dla określenia zakresu penalizacji przytoczonych przepisów, a zarazem budzącym chyba największe wątpliwości wykładnicze, jest termin „przetarg publiczny”. Od tego co będziemy rozumieć pod tym pojęciem zależy bowiem wyznaczenie granicy pomiędzy zachowaniami penalizowanymi na gruncie art. 305 k. k., a tymi, które co najwyżej podlegać będą ochronie na podstawie uregulowań cywilnoprawnych i administracyjnych. Pojawiało się ono w niezmiennym kształcie we wszystkich wymienionych ustawach, przy czym w żadnej z nich nie sformułowano jego definicji legalnej. Jest to o tyle znamienne, że termin „przetarg publiczny” nie koresponduje z wieloma uregulowaniami, których przedmiotem są procedury przetargowe, a w których to pojawiają się pojęcia odmienne. Już przy ogólnej regulacji dotyczącej przetargu, znajdującej się w Kodeksie cywilnym⁶² w art. 70¹ – 70⁵, nie mamy do czynienia z „przetargiem publicznym”, a z przetargiem oraz aukcją. To oderwanie pojęcia z art. 305 k. k. od pozakarnych regulacji ustawowych rzutuje na rozbieżności interpretacyjne w doktrynie prawa karnego, co pogłębia problem jednolitej wykładni. Ustawodawca nie reaguje na zmiany zachodzące w przepisach pozostałych gałęzi prawa, co przy braku ustawowej definicji pojęcia „przetarg publiczny”, skutkuje obowiązywaniem regulacji niespójnych systemowo. Z pewnością utrudnia to prawidłowe rozumienie i stosowanie art. 305 k. k., które z jednej strony realizowałoby gwarancyjną funkcję prawa karnego gospodarczego, z drugiej natomiast prowadziłoby do satysfakcjonujących rezultatów z kryminalnopolitycznego punktu widzenia. Tym bardziej potrzebne jest wypracowanie spójnego stanowiska w przedmiocie wykładni tytułowego pojęcia na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, najefektywniej realizującego te założenia.

Interpretacja pojęcia „przetarg publiczny” z art. 305 k. k. oraz charakterystyka jej wpływu na zakres penalizacji stypizowanych w tym przepisie przestępstw, wymaga w pierwszej kolejności dokonania ustaleń w przedmiocie tego, co należy rozumieć pod samym pojęciem „przetarg”. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przetarg stanowi swoisty tryb zawierania w zasadzie każdej umowy, przy czym zawarcie umowy jest celem (sensem) postępowania przetargowego. W szczególności postępowanie to ma umożliwić

⁶¹Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. 1994 nr 126 poz. 615).

⁶²Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380), dalej powoływana jako k. c.

wybór spośród uczestników przetargu kontrahenta, który proponuje najkorzystniejszą dla zainteresowanego umowę – ocenioną wedle wskazanych przez zainteresowanego kryteriów⁶³. W orzecznictwie wskazuje się z kolei, iż przetarg stanowi (...) *sumę uporządkowanych czynności, których ostatecznym celem jest wybór nabywcy rzeczy w drodze zaproszenia do składania ofert. Zaproszenie sprzedawcy do uczestniczenia w przetargu, najczęściej obwieszczane w prasie, określa tryb postępowania przy ocenie składanych ofert, wskazując jednocześnie warunki przyjęcia oferty*⁶⁴.

Nowelizacja z 14. 02. 2003 r. Kodeksu cywilnego⁶⁵ wprowadziła zmiany o charakterze terminologicznym – w miejsce „przetargu ustnego” i „przetargu pisemnego” wprowadzono odpowiednio nazwy „aukcja” i „przetarg” w art. 70¹ – 70⁵ k. c. Aukcja stanowi rodzaj postępowania przetargowego, który cechuje to, iż uzgodnieniu podlega w zasadzie tylko jeden element treści umowy (wysokość ceny, czynszu czy innego świadczenia). Oferty poszczególnych uczestników (licytantów) składane są kolejno, jawnie, a każda następna oferta powinna być korzystniejsza dla organizatora od poprzedniej, przy czym każdy z uczestników aukcji może złożyć dowolną ilość ofert⁶⁶. Z kolei przetarg to rodzaj postępowania przetargowego, w którym uzgodnieniu może podlegać więcej niż jeden element treści umowy, przy czym wszystkie te elementy są uwzględniane przy porównywaniu ofert. Każdy z uczestników składa jedną ofertę, w inny sposób niż w drodze bezpośredniego porozumienia z organizatorem (w zasadzie na piśmie), w określonym w ogłoszeniu przetargu terminie i wszyscy są jednocześnie swoimi ofertami związani⁶⁷. Dodatkowo przepisy Kodeksu cywilnego dopuszczają zarówno przetargi lub aukcje nieograniczone, jak i ograniczone (zaproszenia do składania ofert skierowane są do oznaczonych adresatów)⁶⁸.

Pojęcie przetargu pojawia się nie tylko w Kodeksie cywilnym, ale także w przepisach o charakterze szczególnym. Pozakodeksowe regulacje przetargu wprowadzane są dla ochrony interesu publicznego i składają się w większości z norm bezwzględnie wiążących, których naruszenie powoduje nieważność umowy⁶⁹. Przykładowo można wskazać na następujące akty

⁶³Z. Radwański, w: *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 358.

⁶⁴Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1991 r., IV CZ 221/90, OSP 1992, Nr. 4, poz. 99.

⁶⁵Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003r., nr 49, poz. 408).

⁶⁶P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 193.

⁶⁷*Ibidem*, s. 194.

⁶⁸A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1 – 449¹⁰*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 349.

⁶⁹P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 191.

normatywne: ustawa z 29. 01. 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷⁰, ustawa z dnia 9. 06. 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze⁷¹, ustawa z 27. 10. 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym⁷², ustawa z 21. 08. 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁷³, ustawa z 16. 07. 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁷⁴. Szczególną uwagę należy zwrócić na ustawę – Prawo zamówień publicznych. W jej przepisach uregulowane zostały tryby udzielania zamówień publicznych, które nie ograniczają się wyłącznie do form przetargowych i oprócz przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego, obejmują także tryby: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, partnerstwa innowacyjnego.

Refleksem kontrowersyjności pojęcia „przetarg publiczny” z art. 305 k. k. jest skala różnorodności stanowisk wypracowanych w doktrynie prawa karnego w przedmiocie jego interpretacji. Dokonując ich typologizacji wskazać należy, że kluczową cechą dla pierwszej grupy autorów, mającą decydujący wpływ na interpretację tytułowego pojęcia, jest wiązanie „przetargu publicznego” z nieograniczoną liczbą jego adresatów, a więc przetarg ma stanowić ofertę o charakterze powszechnym⁷⁵. Przetarg nie traci takiego charakteru, gdy pierwsza jego część była nieograniczona, a następnie dopuszczono do niego jedynie zindywidualizowane, konkretne podmioty (przetarg kombinowany, dwuetapowy)⁷⁶. Przyjmuje się również, że mamy do czynienia z przetargiem powszechnym, gdy może wziąć w nim udział ograniczona liczba uczestników, ale ich krąg został wyznaczony według kryterium generalnego, np. mogą być to wyłącznie osoby prawne⁷⁷. W konsekwencji, przetarg ma charakter publiczny wówczas, gdy zaproszenie do uczestnictwa nie jest adresowane do konkretnych podmiotów⁷⁸.

⁷⁰t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm, dalej powoływana jako p. z. p.

⁷¹t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1131.

⁷²t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 641 ze zm.

⁷³t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2147.

⁷⁴t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1489.

⁷⁵Zob. J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 119; O. Górniok, w: *Prawo gospodarcze i handlowe. Prawo karne gospodarcze*, t. 10, red. O. Górniok, Warszawa 2003, s. 119; W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 3, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 772; G. Łabuda, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 1268; E. Szwedek, *Nadużycia przy przetargu publicznym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9, s. 1278; M. Gałązka, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014, s. 1098 – 1099; A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Prawnokarna ochrona przetargu publicznego*, „Monitor Prawniczy” 2002, Nr 20, s. 944.

⁷⁶O. Górniok, *Prawo gospodarcze...*, s. 119; W. Wróbel, *Kodeks karny...*, s. 772.

⁷⁷W. Wróbel, *Kodeks karny...*, s. 772.

⁷⁸W. Wróbel, w: *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Warszawa 1995, s. 42.

W ramach przedstawionej grupy poglądów można wskazać na elementy, różnicujące stanowiska wiążące przymiot „publiczności” z nieograniczoną liczbą uczestników procedury przetargowej. Część autorów wychodzi z założenia, że dodatkowo przetarg musi być uregulowany przepisami prawa publicznego⁷⁹. W ocenie O. Górniok, cecha publiczności przetargu nie jest uzależniona od tego czy organizuje go osoba prywatna czy instytucja publiczna, jednak (...) *konieczna jest jego regulacja przepisami prawa publicznego*⁸⁰. Podobne stanowisko zajął W. Wróbel, upatrując podstaw dla takiego założenia w treści art. 305 § 2 k. k. Jeżeli bowiem, zdaniem autora, penalizowane na gruncie tego przepisu jest zatajenie okoliczności mających istotne znaczenie dla wyniku przetargu, ustawodawca zakłada istnienie obowiązku ujawniania określonych informacji przez podmioty biorące udział w przetargu⁸¹. Obowiązek taki regulowany jest natomiast przepisami prawa publicznego, przy czym zakres tego pojęcia obejmuje również przepisy o publicznym charakterze wydawane przez organy samorządu terytorialnego⁸². Oczywistą konsekwencją tego stanowiska jest wyłączenie z zakresu penalizacji art. 305 k. k. cywilnoprawnych trybów zawierania umów, uregulowanych w art. 70¹ – 70⁵ k. c., a więc aukcji i przetargu.

J. Skorupka również wiąże pojęcie przetargu publicznego z jego nieograniczonym charakterem, nie widząc jednocześnie konieczności uregulowania procedury przetargowej przepisami publicznymi. Przymiot publiczności będzie posiadał przetarg przeznaczony i dostępny dla nieograniczonej liczby uczestników, o jawnym, otwartym charakterze, a przesłankę „publiczności” należy traktować przedmiotowo, a nie podmiotowo. Podmiot organizujący przetarg nie ma więc żadnego znaczenia⁸³. Do przetargu, o którym mowa w art. 305 k. k. mają zdaniem autora w pełni zastosowanie art. 70¹ – 70⁵ k. c.⁸⁴ Umieszczenie art. 305 k. k. w Rozdziale XXXVI k. k., gdzie rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów tego rozdziału jest obrót gospodarczy, wskazywać ma na intencję ustawodawcy karnoprawnej ochrony każdego przetargu o charakterze publicznym organizowanego w obrocie gospodarczym⁸⁵. Podkreślić zatem należy, że w zakres penalizacji art. 305 k. k. w przedstawionym ujęciu wchodzi jedynie takie czynności sprawcze, które stanowią zamach

⁷⁹Zob. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 83; W. Wróbel, *Komentarz do...*, s. 43; A. Bartosiewicz, R. Kubacki, op. cit., s. 944.

⁸⁰O. Górniok, *Prawo karne...*, s. 83.

⁸¹W. Wróbel, *Komentarz do...*, s. 43.

⁸²W. Wróbel, *Kodeks karny...*, s. 773. Por. Wyrok NSA z dnia 27 lutego, SA/Ka 51/91, Legalis 36804.

⁸³J. Skorupka, w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, red. Robert Zawłocki, Warszawa 2015, s. 699. Tak też M. Gałazka, op. cit., s. 1099.

⁸⁴*Ibidem*, s. 699.

⁸⁵*Ibidem*, s. 700.

zorientowany na obrót gospodarczy, a więc nie dotyczy to przetargów bez udziału podmiotu profesjonalnego, prowadzącego działalność gospodarczą⁸⁶.

Drugą grupę poglądów można wyróżnić ze względu na łączenie przez reprezentujących ją autorów pojęcia przetargu publicznego z szeroko pojętym elementem publicznoprawnym. Co do zasady wykluczają oni penalizowanie zachowań, które mają na celu zakłócenie trybów zawierania umów z Kodeksu cywilnego, a więc aukcji i przetargu.

W ramach tej grupy wypowiedzany jest pogląd, że przetarg można uznać za publiczny wówczas, gdy przeprowadza go instytucja publiczna lub osoba działająca na podstawie upoważnienia ustawowego. Przepis art. 305 k. k. nie ma natomiast zastosowania do przetargów organizowanych prywatnie, w szczególności w razie sprzedaży z wolnej ręki temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Autorzy ci dodają jeszcze nadto, że przetarg publiczny musi mieć charakter nieograniczony⁸⁷.

Kolejne stanowisko zakłada że przetargiem publicznym w rozumieniu art. 305 k. k. jest tylko taki przetarg, który spełnia jedną z trzech następujących przesłanek: źródłem przetargu jest akt prawa publicznego (np. ustawa - Prawo zamówień publicznych) lub instytucją organizującą lub dysponującą środkami w przetargu jest instytucja państwowa albo samorządu terytorialnego, a więc instytucja o charakterze publicznym lub też wreszcie środkami dysponowanymi w przetargu są środki o charakterze publicznym (zgodnie z legalną definicją „środków publicznych” z art. 2 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych)⁸⁸. Zgodnie z tym poglądem przyjęcie kryterium nieograniczonej liczby adresatów jest o tyle dyskusyjne, że naruszenie dobra prawnego chronionego przepisem art. 305 k. k. nie jest zależne od liczby adresatów oferty przetargowej, lecz od charakteru ich zachowania, a *jeden adresat może być w szczególności bardziej niebezpieczny niż cała ich rzesza*⁸⁹.

W ramach grupy poglądów, która wiąże tytułowe pojęcie z elementem publicznoprawnym, można wskazać jeszcze na tych autorów, dla których jedynym decydującym kryterium jest uregulowanie przetargu przepisami prawa publicznego. Jak wskazuje R. Stefański, przetargiem publicznym jest przetarg, uregulowany przepisami prawa

⁸⁶*Ibidem*.

⁸⁷A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 632. Pogląd ten podzielają również T. Stępień, K. Stępień, *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, Toruń 2001, s. 79 – 80.

⁸⁸R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. R. Zawłocki, M. Królikowski, Warszawa 2013, s. 878. Podobne stanowisko zajął G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 142 – 143.

⁸⁹*Ibidem*, s. 877.

publicznego, a w szczególności organizowany przez jednostki państwowe lub samorządowe na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych⁹⁰. Z kolei Ł. Pohl dodaje jeszcze, że nie ma przy tym znaczenia, czy jest to przetarg nieograniczony, ograniczony czy zamknięty⁹¹.

Warto dodatkowo odnotować, że w najnowszej literaturze karnistycznej pojawiły się stanowiska, zgodnie z którymi proponuje się szeroką interpretację, której nie można sklasyfikować w ramach dwóch wyżej scharakteryzowanych grup.

Według pierwszego z nich, z jednej strony wskazuje się, by pod pojęciem przetargu publicznego rozumieć także prywatnoprawne tryby z Kodeksu cywilnego (aukcja i przetarg), z drugiej natomiast nie utożsamia się cechy „publiczności” z nieograniczoną liczbą adresatów⁹². Zdaniem M. Bieniaka, umiejscowienie przepisów o przetargu w rozdziale Kodeksu karnego, który poświęcony został przestępstwu przeciwko obrotowi gospodarczemu, przemawia za obejmowaniem zakresem pojęcia przetargu publicznego także aukcji i przetargu z Kodeksu cywilnego⁹³. Autor dodaje nadto, że każdy przetarg ma w pewnym sensie charakter publiczny, bowiem jego istotą jest uzyskanie jak najlepszej oferty. Nie zawsze będzie natomiast możliwe (choćby ze względów technicznych) dopuszczenie do przetargu nieograniczonej liczby uczestników, co nie odbiera jednak przetargowi charakteru publicznego⁹⁴.

Drugie z nich, sformułowane przez M. Sieradzką, zakłada że ochrona z art. 305 k. k. powinna objąć nie tylko procedurę przetargową, ale również postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uregulowane w przepisach p. z. p. Publiczny charakter powinien być w tym ujęciu odnoszony do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie przetargu jako formy udzielenia zamówienia publicznego⁹⁵. Przemawiać ma za tym wykładnia celowościowa zorientowana na cel prawnokarnej ochrony, którym zdaniem autorki jest zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Tylko bowiem objęcie wszystkich trybów udzielenia zamówienia publicznego w pełni realizuje cel prawnokarnej ochrony zapewnionej przez przepis art. 305 k. k.*⁹⁶

⁹⁰R. Stefański, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 631.

⁹¹Ł. Pohl [w:] *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*, t. 10, red. Robert Zawłocki, Warszawa 2012, s. 513 – 514.

⁹²Zob. M. Bieniak, *Odpowiedzialność karna menadżerów. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 187; A. Porębska, M. Bierła, *Przestępstwo „zmowy przetargowej” w polskim i niemieckim prawie karnym*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego*, cz. I, red. B. T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, Warszawa 2016, s. 116.

⁹³M. Bieniak, *op. cit.*

⁹⁴*Ibidem*.

⁹⁵M. Sieradzka, *Przestępstwo z umowy przetargowej*, Warszawa 2016, s. 22.

⁹⁶*Ibidem*, s. 21.

W konsekwencji, zgodnie z przedstawionym ujęciem art. 305 k. k. dotyczy także nieprzetargowych trybów udzielania zamówienia publicznego, uregulowanych w p. z. p., tj. negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, partnerstwa innowacyjnego.

Skala różnorodności stanowisk w przedmiocie interpretacji tytułowego pojęcia przetargu publicznego z pewnością nie ułatwia stosowania tego przepisu w praktyce. Nie powinno być to jednak zjawisko zaskakujące, jeżeli uwzględni się sposób zredagowania treści art. 305 k. k., który zdaje się być kompletnie oderwany od pojęć uregulowanych w pozostałych gałęziach prawa. Na tle przedstawionych poglądów doktryny, przed organami stosującymi prawo rysują się takie możliwości interpretacji kluczowego pojęcia z art. 305 k. k., z których żadna nie zapewnia w pełni satysfakcjonujących rezultatów z kryminalnopolitycznego punktu widzenia.

Wobec zreferowanych stanowisk doktryny prawa karnego, można dojść do wniosku, że samo pojęcie „przetargu” nie budzi większych wątpliwości i wiązane jest z tymi trybami zawierania umów, które wprost w przepisach ustawowych zostały nazwane przetargiem. Ponadto grupa autorów akceptujących obejmowanie zakresem pojęcia „przetarg publiczny” prywatnoprawnych trybów zawierania umów z art. 70¹ – 70⁵ k. c., ma na myśli obok uregulowanego w tych przepisach „przetargu” także „aukcję”. Warto odnotować, że na tle tego stanowiska w literaturze podniesiona została wątpliwość dotycząca obejmowania zakresem pojęcia „przetarg publiczny” również aukcji. Przed nowelizacją kodeksu cywilnego z 23. 08. 2003 r. aukcja określana była przetargiem ustnym, a obecny przetarg – przetargiem pisemnym, a więc nie budziło wątpliwości, że przetarg ustny stanowi formę przetargu. Zdaniem G. Łabudy, wobec dokonanej zmiany w treści przepisów kodeksu cywilnego przy jednoczesnym jej braku w przedmiocie art. 305 k. k., należy uznać, że zachowania podejmowane podczas aukcji pozostają poza zakresem penalizacji przestępstw stypizowanych w tym przepisie (przy czym mieszczą się w nim przestępstwa przeciwko przetargowi uregulowanemu w kodeksie cywilnym). W ocenie autora, pomimo tego, że pogląd ten jest niewątpliwie nietrafny z kryminalnopolitycznego punktu widzenia, względy funkcjonalne nie mogą przesądzać o zakresie przestępstwa, gdy wykładnia językowa daje klarowny wynik⁹⁷. Należy jednak zgodzić się ze stanowiskiem J. Skorupki, który zauważa, że przed nowelą Kodeksu cywilnego aukcja określana była przetargiem ustnym. Dodatkowo zasady

⁹⁷G. Łabuda, *op. cit.*, s. 1268.

przeprowadzania oraz funkcje aukcji nie odbiegają zasadniczo od przetargu właściwego, określanego wcześniej przetargiem pisemnym⁹⁸. Te względy przemawiają zdaniem Autora za odstąpieniem od językowej wykładni pojęcia „przetarg” na rzecz wykładni celowościowej i rozumienia pod tym pojęciem także aukcji⁹⁹. W istocie zmiana terminologiczna dokonana w przepisach Kodeksu cywilnego nie pociągnęła za sobą zmiany treściowej. Wydaje się zatem, że sama modyfikacja nazwy przy jednoczesnym braku zmian w przedmiocie funkcji przetargu ustnego, nie powinna decydować o zakresie penalizacji art. 305 k. k., jeżeli zaakceptuje się interpretację obejmującą pojęciem „przetargu publicznego” również prywatnoprawne tryby zawierania umów. Warto również zauważyć, że w doktrynie prawa cywilnego aukcja definiowana jest jako tryb postępowania przetargowego¹⁰⁰.

Odstępstwem od w zasadzie jednolitego pojmowania pojęcia „przetarg” na gruncie art. 305 k. k. jest przytoczone stanowisko M. Sieradzkiej, która identyfikuje „przetarg publiczny” z trybami udzielania zamówień publicznych, uregulowanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 10 ust. 1 tej ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Z kolei w ust. 2 wskazuje się, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Za poglądem utożsamiającym „przetarg publiczny” z art. 305 k. k. z trybami udzielania zamówienia publicznego wskazanymi w przytoczonych przepisach, przemawiają niewątpliwie argumenty natury kryminalnopolitycznej. Niemniej, nie sposób zgodzić się z interpretacją, która identyfikuje jeden z trybów udzielenia zamówienia publicznego z samym zamówieniem publicznym. Innymi słowy, z przetargiem publicznym z art. 305 k. k. będziemy mieć do czynienia w wypadkach wprost nazwanych przetargiem w art. 10 ust. 1 p. z. p., a więc przetargiem nieograniczonym oraz przetargiem ograniczonym, które stanowią jedynie jeden z trybów udzielania zamówienia publicznego, obok pozostałych uregulowanych w ust. 2. Odrzucenie interpretacji utożsamiającej przetarg publiczny z zamówieniem publicznym stanowi zatem logiczną konsekwencję uregulowań z art. 10 p. z. p., której ustąpić muszą racje natury celowościowej. Akceptacja tego poglądu stanowiłaby przejaw wykładni rozszerzającej, której zakaz (wynikający z elementarnej zasady prawa karnego – *nullum*

⁹⁸J. Skorupka, w: *System prawa...*, s. 701.

⁹⁹*Ibidem*,

¹⁰⁰Por. P. Machnikowski, op. cit., s. 193; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 510.

crimen sine lege) jest jedną z podstawowych dyrektyw wykładni prawa karnego¹⁰¹. W odróżnieniu zatem od relacji „przetarg” a „aukcja” na gruncie uregulowań Kodeksu cywilnego, brak dostatecznych podstaw do odstąpienia od wykładni językowej na rzecz wykładni celowościowej.

Przy możliwie szerokiej *de lege lata* interpretacji tytułowego pojęcia, zakresem penalizacji przestępstw przeciwko przetargowi publicznemu objęte mogą zostać zatem jedynie tryby przetargowe, a więc przetarg i aukcja z art. 70¹ – 70⁵ k. c. oraz tryby przetargowe uregulowane w przepisach szczególnych. Konsekwencją obowiązującej redakcji art. 305 k. k. jest pozostawanie poza zakresem penalizacji zachowań skierowanych przeciwko pozostałym trybom udzielania zamówień publicznych z art. 10 ust. 2 p. z. p. Rozwiązanie to jest krytykowane w literaturze¹⁰². Trudno znaleźć bowiem kryminalnopolityczne uzasadnienie dla depenalizacji zachowań skierowanych przeciwko trybom udzielania zamówienia publicznego, które mogą być nacechowane zbliżonym do przestępstw przeciwko przetargowi publicznemu z art. 305 k. k. stopniem społecznej szkodliwości. Dotyczy to przede wszystkim trybów o charakterze konkurencyjnym, które na takie zachowania narażone są w szczególności. Dla przykładu wskazać można na negocjacje z ogłoszeniem. Zgodnie z treścią art. 54, negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie jedynie w ustawowo określonych wypadkach, uregulowanych w art. 55 p. z. p., jak chociażby wówczas, gdy rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego (art. 55 ust. 1 pkt 6 p. z. p.), czy też w wypadku, gdy roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne (art. 55 ust. 1 pkt 7 p. z. p.). W literaturze charakteryzuje się negocjacje z ogłoszeniem jako otwarty, konkurencyjny i negocjacyjny tryb udzielania zamówień publicznych, który podobnie jak dialog konkurencyjny stosuje się w sytuacji, gdy istnieją obiektywne trudności w opisanu przedmiotu zamówienia¹⁰³. Udzielanie zamówienia publicznego w tym trybie, podobnie jak w wypadku przetargu nieograniczonego i ograniczonego, narażone jest na zachowania oferentów, które prowadzić mogą do wyrządzenia szkody zamawiającemu, czyli

¹⁰¹Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 163 - 164.

¹⁰²Zob. P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, Nr 2, s. 89.

¹⁰³J. E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 612.

na gruncie art. 305 k. k. – właścicielowi mienia albo osobie lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Zachowania tego typu mogą polegać chociażby na wejściu przez uczestników przetargu w porozumienie, w celu doprowadzenia do udzielenia zamówienia konkretnemu podmiotowi poprzez manipulacje dokonywane na etapie składania ofert ze szkodą dla zamawiającego. Wobec redakcji obecnie obowiązującego art. 305 k. k., pomimo dalece zbliżonej (jeśli nie identycznej) społecznej szkodliwości w porównaniu do analogicznych zachowań przy udzielaniu zamówienia publicznego w drodze przetargu, pozostają one jednak poza zakresem penalizacji tego przepisu, co nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Należy jednak zaznaczyć, że nie wszystkie tryby udzielania zamówień publicznych powinny wchodzić w zakres penalizacji art. 305 k. k. Z taką sytuacją mamy do czynienia w wypadku zamówienia z wolnej ręki, gdzie zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, a który to tryb może zostać zastosowany przy spełnieniu ściśle określonych przesłanek ustawowych¹⁰⁴. Jest to zatem sposób udzielenia zamówienia publicznego o charakterze niekonkurencyjnym, w którym nie dochodzi do wyboru pomiędzy wieloma ofertami. To zamawiający wybiera wykonawcę, z którym będzie prowadził negocjacje, a więc trudno uznać, że jego interesy są zagrożone w sposób analogiczny do trybów o charakterze konkurencyjnym.

Jeżeli chodzi o interpretację cechy „publiczny”, należy zauważyć, że znaczenie tego pojęcia determinowane jest przez dwa alternatywne sposoby jego rozumienia, które mają kluczowy wpływ na zakres penalizacji przestępstw z art. 305 k. k. Z jednej strony „publiczność” przetargu może być utożsamiana z nieograniczonym kręgiem adresatów, a więc przetarg publiczny to taki, który ma charakter powszechny. Druga z możliwych interpretacji to taka, zgodnie z którą cechy „publiczności” przetargu upatruje się w jego powiązaniu z szeroko pojętym elementem publicznoprawnym. Ustalenie to jest o tyle istotne, że wykluczone wydaje się być interpretowanie tego pojęcia w sposób rozszerzający, łączący je raz z cechą powszechności przetargu (konieczności adresowania go do nieograniczonego kręgu podmiotów), raz ze związkiem z elementem publicznoprawnym. Byłoby to rozwiązanie atrakcyjne z kryminalnopolitycznego punktu widzenia, ale nieznajdujące podstaw w obecnie obowiązujących przepisach ustawy karnej. Przestępstwem z art. 305 k. k. mogą być bowiem tylko takie zachowania, które skierowane są przeciwko przetargowi publicznemu, przy czym cechę „publiczny” można rozumieć jedynie jako przetarg adresowany do nieograniczonej liczby podmiotów albo przetarg, który ma związek z szeroko rozumianym elementem

¹⁰⁴Zob. G. Materna, *op. cit.*, s. 142.

publicznoprawnym. Trzeciej możliwości nie ma. Każda z tych dróg interpretacyjnych ma doniosły wpływ na zakres penalizacji art. 305 k. k.

Wydaje się, że właściwszą interpretacją jest druga z nich, identyfikująca przetarg publiczny z każdym przetargiem, który ma związek z elementem publicznoprawnym, tzn. podążając za wyznacznikami, które zostały sformułowane przez R. Zawłockiego, z przetargiem publicznym będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy jego źródłem będzie akt prawa publicznego lub instytucją organizującą lub dysponującą środkami w przetargu będzie instytucja państwowa albo samorządu terytorialnego, a więc instytucja o charakterze publicznym lub też środkami dysponowanymi w przetargu będą środki o charakterze publicznym. Wartym podkreślenia jest fakt, że takie ujęcie nie wyklucza automatycznie z kręgu penalizacji zakłócania trybów prywatnoprawnych, uregulowanych w Kodeksie cywilnym. Możliwa jest bowiem sytuacja, gdy na podstawie aktu prawnego o prywatnoprawnym charakterze przetarg zostanie przeprowadzony przez instytucję publiczną lub przy wykorzystaniu środków publicznych. Taki przetarg również będzie miał charakter publiczny¹⁰⁵. Dotyczy to chociażby niektórych wypadków udzielania zamówienia publicznego, uregulowanych w art. 4 p. z. p., do których nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁰⁶. Za taką interpretacją przemawia kilka względów. Po pierwsze należy zauważyć, że stanowisko wiążące przymiot „publiczności” przetargu z nieograniczonym kręgiem odbiorców prowadzi do niespójnych rezultatów. Z jednej strony, zdaniem jej zwolenników, jest ono zgodne z rodzajowym przedmiotem ochrony przepisu art. 305 k. k., bowiem tylko przy takiej interpretacji można mówić o ochronie (powszechnego) obrotu gospodarczego. Z drugiej jednak konsekwencją tego ujęcia jest wykluczenie z zakresu penalizacji przetargu ograniczonego, organizowanego na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego¹⁰⁷, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przetarg ograniczony również jest narażony na zachowania zakłócające jego przebieg, podobnie jak przetarg nieograniczony. Trudno powiedzieć, dlaczego prawnokarna ochrona miałaby ich nie obejmować, przy jednoczesnym penalizowaniu zachowań przeciwko przetargowi nieograniczonemu. Rodzaj

¹⁰⁵R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222 – 316*, t. 2, red. R. Zawłocki, A. Wąsek, Warszawa 2010, s. 1561 – 1562.

¹⁰⁶Zgodnie z treścią art. 4 p. z. p. s ustawy nie stosuje się m. in. do zamówień, których przedmiotem jest zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych (art. 4 pkt 3 lit. h p. z. p.), czy też nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. i p. z. p.).

¹⁰⁷Wydaje się, że przy akceptacji tego poglądu, dopuszczalne byłoby jednak penalizowanie zakłócania przetargu ograniczonego, organizowanego na podstawie przepisów p. z. p. Zgodnie bowiem z art. 47 p. z. p. potencjalni wykonawcy przy przetargu ograniczonym mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu bez ograniczeń, a dopiero następnie dochodzi do zaproszenia indywidualnych podmiotów do składania ofert.

przetargu nie powinien determinować zakresu penalizacji, bowiem prowadzi to do zupełnie odmiennego traktowania na gruncie prawa karnego właściwie identycznych zachowań. Jeżeli kluczowym dla interpretacji cechy „publiczny” miałby być wzgląd na rodzajowy przedmiot ochrony, to należałoby się pogodzić jednocześnie z tym, że prawnokarna ochrona powszechnego obrotu gospodarczego realizowana byłaby wybiórczo. Co istotne, w doktrynie prawa cywilnego również krytycznie odnosi się do interpretowania pojęcia „przetarg publiczny” według kryterium liczby adresatów, wskazując że termin ten odnosi się do przetargów organizowanych w związku z działalnością jednostek organizacyjnych państwowych lub samorządu terytorialnego¹⁰⁸. Ponadto, pozostawienie tzw. przetargów prywatnych poza zakresem penalizacji art. 305 k. k. zdaje się być zgodne z dyrektywą subsydiarności prawa karnego gospodarczego. Oznacza ona, że środkami, które powinny być zastosowane w pierwszej kolejności w procesie zwalczania i zapobiegania negatywnym zjawiskom gospodarczym, są instrumenty z dziedziny szeroko rozumianego prawa cywilnego, administracyjnego i handlowego. *Dopiero jako element uzupełniający i niejako wzmacniający wachlarz możliwych do zastosowania regulacji powinno pojawiać się w procesie gospodarowania prawo karne*¹⁰⁹. W tym kontekście, uzasadnionym wydaje się być ograniczenie prawnokarnej ochrony jedynie do przypadków o większym ciężarze gatunkowym, w których narażony na szkodę jest interes publiczny, przy jednoczesnym zawężeniu ochrony powszechnego obrotu gospodarczego do pozakarnych instrumentów.

Zakończenie

Wykładnia pojęcia „przetarg publiczny” stanowi kluczowy element dla określenia zakresu penalizacji przestępstw z art. 305 k. k. Od niej bowiem zależy wyznaczenie granicy, przebiegającej pomiędzy procedurami chronionymi na gruncie ustawy karnej, a tymi, do których zastosowanie mają jedynie cywilnoprawne i administracyjne instrumenty ochrony. Wypracowanie jednolitego stanowiska interpretacyjnego nie jest zadaniem łatwym, co obrazuje skala różnorodności poglądów doktryny. Rozbieżności te wynikają ze stałej bierności ustawodawcy, który przy braku sformułowania definicji tytułowego pojęcia, nie reaguje jednocześnie na zmiany zachodzące w pozostałych gałęziach prawa, a przepis typizujący zachowania, polegające na zakłócaniu przetargu publicznego „przerzucany” jest bez większych zmian do kolejnych ustaw karnych. Obowiązująca regulacja oderwana jest od

¹⁰⁸W. Robaczyński, w: *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak – Szaficka, Warszawa 2009, s. 773; A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 39 – 42.

¹⁰⁹A. Mucha, *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013, s. 49.

pojęć, występujących w prawie cywilnym i administracyjnym, co wobec gwarancyjnej funkcji prawa karnego prowadzić musi do mało zadowalających rezultatów z kryminalnopolitycznego punktu widzenia. W konsekwencji poza zakresem penalizacji pozostają zachowania zakłócające procedury funkcjonalnie bardzo zbliżone do przetargu, których stopień społecznej szkodliwości jest dalece zbieżny, a które to nie są jednak procedurami przetargowymi. Wśród nich wskazać można chociażby na negocjacje z ogłoszeniem, będące konkurencyjnym trybem udzielania zamówienia publicznego, narażonym na działania stypizowane w art. 305 k. k. na szkodę interesu zamawiającego, podobnie jak tryby przetargowe. Takie rozróżnienie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. *De lege lata* najwłaściwszą z możliwych interpretacji wydaje się ta, która pozostawia poza zakresem penalizacji tzw. przetargi prywatne. Nie uzależnia ona bowiem karalności zachowania od rodzaju przetargu. Pogląd łączący cechę „publiczny” z liczbą adresatów prowadzi do depenalizacji zachowań określonych w art. 305 k. k., skierowanych przeciwko przetargowi ograniczonemu, co jest rezultatem trudnym do zaakceptowania. Dodatkowo ograniczenie ochrony tzw. przetargów prywatnych do instrumentów cywilnoprawnych wydaje się być interpretacją zgodną z postulatem subsydiarności prawa karnego gospodarczego. W charakterze postulatów *de lege ferenda* należy zaakcentować konieczność zdefiniowania pojęcia „przetarg publiczny” w słowniczku ustawowym z art. 115 k. k. Takie rozwiązanie z pewnością ograniczałoby wątpliwości interpretacyjne, dotyczące zakresu penalizacji przestępstw z art. 305 k. k. i ułatwiło stosowanie przepisu w praktyce. Wobec dynamiki zmian przepisów regulujących chociażby tryby udzielania zamówień publicznych, należy przy tym unikać definicji kazuistycznych. Wydaje się, że najbardziej optymalnym rozwiązaniem byłoby wskazanie określonych cech konstrukcyjnych, które na gruncie Kodeksu karnego decydowałyby o zakwalifikowaniu danego trybu zawarcia umowy, czy też zamówienia publicznego jako przetargu. Pozwoliłoby to objąć zakresem penalizacji zachowania skierowane przeciwko trybom, które nie zostały nazwane wprost przetargiem, ale do trybów przetargowych są funkcjonalnie zbliżone.

Bibliografia:

Akty prawne:

1. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1932 nr 60 poz. 571).
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380).
3. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1969 nr 13 poz. 94).
4. Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. 1994 nr 126 poz. 615).
5. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 641 ze zm.)
6. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137).
7. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2147).
8. Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003r., nr 49, poz. 408).
9. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.).
10. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1489).
11. Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1131) .

Orzecznictwo:

1. Wyrok NSA z dnia 27 lutego 1991 r., SA/Ka 51/91, Legalis 36804.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1991 r., IV CZ 221/90, OSP 1992, Nr. 4, poz. 99.

Literatura:

1. Bartosiewicz A., Kubacki R., *Prawnokarna ochrona przetargu publicznego*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 20.
2. Bazan A., Nowicki J. E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015 .
3. Bieniak M., *Odpowiedzialność karna menadżerów. Komentarz*, Warszawa 2015.
4. Bień A. *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015.

5. Bierła M., Porębska A., *Przestępstwo „zmowy przetargowej” w polskim i niemieckim prawie karnym*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego*, cz. 1, red. Bieńkowska B. T., Jędrzejewski Z, Warszawa 2016.
6. Buchała K., Kardas P., Majewski J., Wróbel W., *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995.
7. Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014.
8. Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014.
9. Górniok O. (red.), *Prawo gospodarcze i handlowe. Prawo karne gospodarcze*, t. 10, Warszawa 2003.
10. Górniok O., *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997.
11. Grześkowiak A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
12. Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2013.
13. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
14. Materna G., *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016.
15. Mucha A., *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013.
16. Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1 – 449¹⁰*, Warszawa 2015.
17. Pyziak – Szaficka M. (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009.
18. Radwański Z., *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2002.
19. Sieradzka M., *Przestępstwo z umowy przetargowej*, Warszawa 2016.
20. Skorupka J., *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
21. Stefański R., *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009.
22. Stępień K., Stępień S., *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, Toruń 2001.
23. Szustakiewicz P., *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2.
24. Szwedek E., *Nadużycia przy przetargu publicznym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9.
25. Wąsek A., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222 – 316*, t. 2, Warszawa 2010.

26. Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
27. Wójcik A., *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000.
28. Zawłocki R. (red.), *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*, t. 10, Warszawa 2012.
29. Zawłocki R. (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, Warszawa 2015.
30. Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2008.

Rozdział III
Konsorcjum przetargowe a zakaz porozumień ograniczających
konkurencję
Kopka Klaudia¹¹⁰

The conclusion of the consortium agreement, in which the parties agree to take part in tender collectively, is legally allowed, but there is not a single regulation that would restrict the content of the agreement. Therefore, they benefit from the principle of freedom of contract. The article presents issues connected with entering into consortium agreement on the basis of consumer protection and competition against the law act. The author's aim was to demonstrate that despite the widespread recognition of the beneficial effects related to the consortium agreement on competition on the relevant market, these agreement may also take the form of bid rigging.

Wstęp

Tworzenie konsorcjów przetargowych jest prawnie dozwolone na mocy art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych¹¹¹ [dalej także jako: u.p.z.p.]. Daje ono szansę na przystąpienie do przetargu i jego wygranie wspólnie małym i średnim przedsiębiorcom [dalej jako MSP] w sytuacji, gdy nie mają wystarczającego potencjału na realizację zamówienia własnymi siłami. Powszechnie uznaje się, że tworzenie konsorcjów przetargowych sprzyja rozwojowi konkurencji z uwagi na możliwość wejścia na rynek małym i średnim przedsiębiorcom. Jednakże nie ma jednolitego stanowiska co do tego, czy porozumienie zawarte między przedsiębiorcami celem wspólnego przystąpienia do przetargu, a następnie jego zrealizowania może zostać uznane za zмовę przetargową na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹² [dalej także jako u.o.k.i.k.]. Uznać należy, że fakt, iż umowy konsorcjum są prawnie dopuszczalne na mocy u.p.z.p.p. nie wyłącza ich spod oceny naruszenia zasad wskazanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹¹⁰**Kopka Klaudia** - studentka V roku Prawa na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Ukończyła również studia na kierunku Stosunki Międzynarodowe o specjalizacji gospodarka światowa i biznes międzynarodowy, zdobywając tytuł licencjata oraz studia podyplomowe prowadzone przez Politechnikę Poznańską na kierunku Zamówienia Publiczne i Partnerstwo Publiczno-Prywatne.

¹¹¹Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 j.t.

¹¹²Dz. U. z 2015 roku, poz. 184, j.t.

I. Umowa konsorcjum przetargowego a definicja legalna

Dopuszczalność zawarcia umowy konsorcjum wynika wprost z art. 23 ust. 1 u.p.z.p., który umożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże nie została uregulowana w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny¹¹³ [dalej także jako k.c.], zatem uznać należy, że jest to umowa nienazwana. Możliwość jej zawiązania wynika ponadto z zasady swobody umów zawartej w art. 353¹ k.c. Zgodnie z jej treścią, *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Umowa konsorcjum przetargowego nie posiada definicji legalnej, aczkolwiek orzecznictwo i doktryna wypracowały pewne swoiste cechy tego zjawiska. Powszechnie uznaje się je za *twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego*¹¹⁴. Co najważniejsze, konsorcjum nie jest odrębnym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c. i art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej¹¹⁵¹¹⁶ [dalej także jako u.s.d.g.], nie posiada osobowości prawnej jako odrębny podmiot, gdyż to konsorcjanci zachowują status odrębnych przedsiębiorców. Nie jest jednostką organizacyjną, o której mowa w art. 33¹ k.c. Konsorcjum nie posiada własnego majątku, odrębnego od majątku konsorcjantów, a każdy z konsorcjantów zachowuje posiadane tytuły prawne do przedmiotów, przy pomocy których w ramach kooperacji (umowy konsorcjum) będzie wykonywał swoje zadania. Konsorcjum nie podlega także żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa podpisana przez jego uczestników¹¹⁷. Dodać należy również, że zarówno prawo zamówień publicznych, jak i kodeks cywilny nie przewidują żadnych obostrzeń co do formy i treści umowy konsorcjum.

Jest wiele powodów, dla których przedsiębiorcy decydują się na zawiązanie konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty w przetargu publicznym. Można tu wskazać, w ślad za M. Salitrą, na m.in.:

¹¹³Dz. U. z 2016 roku, poz. 380, j.t.

¹¹⁴Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 roku, o sygn. IX CA 50/07, LEX nr 621228; M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa, 2015, s. 82, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 roku, o sygn. III CZP 25/10, LEX nr 602808.

¹¹⁵Dz. U. z 2016 roku, poz. 1829, j.t.

¹¹⁶G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, 2016, LEX nr 298338.

¹¹⁷Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 roku, o sygn. IX CA 50/07, LEX nr 621228.

1. niemożność samodzielnego świadczenia przez przedsiębiorców usług wymaganych w umowie z uwagi na zbyt duży zakres prac;
2. brak spełnienia przez przedsiębiorców kryterium odpowiednich przychodów lub brak zdolności finansowej wymaganej przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu;
3. nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich maszyn, urządzeń lub środków technicznych niezbędnych do wykonywania zamówienia;
4. nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich niezbędnych umiejętności lub wiedzy do wykonania zamówienia¹¹⁸.

Uznać należy, że istotą konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców ich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych itp. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiazania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia¹¹⁹.

W piśmiennictwie wyrażony został również pogląd, że utworzenie konsorcjum umożliwia MSP akumulację wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji oferowanie zamawiającemu wyższej jakości produktów i bardziej innowacyjnych rozwiązań, co w konsekwencji sprzyja konkurencji na rynku właściwym¹²⁰. Podkreśla się również, że możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie jest szansą dla działających wspólnie MSP na pozyskiwanie zamówień publicznych oraz skuteczne konkurowanie z dużymi przedsiębiorcami. Wspólne działanie powinno pozwolić im na wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych, jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MSP a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym¹²¹. Nadto, zwrócić należy uwagę, że uczestnictwo w konsorcjum

¹¹⁸M. Sitra, *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 3 [w:] Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 8(4), s. 55; cyt. za: Irlandzkim Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, grudzień 2014, s. 3–4.

¹¹⁹M. Sieradzka, *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX 2014.

¹²⁰M. Sitra, *op. cit.*, s. 3.

¹²¹K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Część I, Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny, s. 45–48.

ułatwia uzyskanie kolejnych zamówień, albowiem członek konsorcjum nabywa doświadczenie w zakresie działalności całego konsorcjum¹²².

II. Dopuszczalność uznania umowy konsorcjum przetargowego za zmwę przetargową

Jak wspomniano wyżej, podstawą prawną do zawarcia umowy konsorcjum przetargowego jest zarówno art. 23 ust. 1 u.p.z.p., jak i art. 353¹ k.c. Jednakże sama możliwość zawarcia takiej umowy nie oznacza, że nie może ona zostać sklasyfikowana jako porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, czyli *de facto* przedsiębiorcy zawierający przedmiotową umowę mogą naruszyć zakaz przewidziany w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Jednakże w doktrynie i orzecznictwie można spotkać poglądy przeciwne. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że jako zakazane w rozumieniu ustawy można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno¹²³, wyłączając z tego kręgu konsorcjum przetargowe. Z kolei w doktrynie wyrażony został pogląd, że statusu zmwę przetargowej w rozumieniu ww. przepisu nie mają tzw. konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu¹²⁴. Podobne stanowisko zajmuje A. Zawłocka-Turno, zastrzegając przy tym, że dopuszczalność funkcjonowania konsorcjów warunkowana jest przesłankami wyłączenia przewidzianego w art. 8 u.o.k.i.k.¹²⁵

Z poglądami przedstawionymi wyżej nie sposób się zgodzić.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 2 pkt 11 u.p.z.p. *wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*, a konsorcjanci, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne, składają wspólną ofertę jako konsorcjum, to w świetle prawa są to odrębne podmioty, odrębni przedsiębiorcy, których w praktyce połączył wspólny cel gospodarczy, o czym wspomniano wcześniej. O ile więc zamawiający nie może wprowadzić zakazu złożenia oferty przez kilka podmiotów łącznie, a w przypadku wybrania takiej oferty

¹²²G. Materna, *op. cit.*; wyrok KIO z dnia 14 lipca 2009 roku, o sygn. KIO/UZP 823/09, Warszawa, niepubl.; wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 o sygn. KIO 381/13 oraz 397/13, Warszawa, Legalis nr 749384.

¹²³Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 lutego 2015 r., o sygn. XVII AmA 73/13, Legalis nr 1315629; Wyrok ten został zmieniony na skutek apelacji Prezesa UOKiK wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2016 roku, o sygn. VI ACa 651/15, (LEX nr 2081562).

¹²⁴J. E. Nowicki [w:] A. Bazan, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2014.

¹²⁵A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, 2012 [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(1), s. 46.

stają się oni jednym wykonawcą w rozumieniu tego przepisu, to nie tracą bytu prawnego i są przedsiębiorcami w świetle art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. Wspólne przystąpienie do przetargu i złożenie wspólnej oferty nie oznacza bowiem, że przedsiębiorcy tracą swoją odrębność prawną i stają się jednym przedsiębiorcą. Na tym etapie każdy jest oferentem, a to, że składają jedną ofertę, oznacza tylko tyle, że kilku oferentów składa jedną ofertę. W związku z tym traktowani są jako wykonawca, ale tylko o tyle, że każdy z nich jest solidarnie odpowiedzialny w stosunku do zamawiającego za wykonanie umowy. W takiej sytuacji ocena zachowania (zwykle działania) nie może dotyczyć konsorcjum jako podmiotu prawa, ale wyłącznie działań poszczególnych uczestników tej formy współpracy. Tak więc *konsorcja, podobnie jak inne formy umownej kooperacji między przedsiębiorcami, stanowią porozumienia, których cele i skutki powinny być oceniane w aspekcie ograniczenia konkurencji*¹²⁶ – Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 roku.

Wyrażony powyżej pogląd jest zbieżny z aktualnym stanowiskiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [dalej jako UOKiK]. W raporcie UOKiK na temat systemu zamówień publicznych zwrócono uwagę, że *jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji, stanowi ono zakazane przez art. 6 u.o.k.i.k. porozumienie ograniczające konkurencję*¹²⁷. Stanowisko to znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie organu antymonopolowego, w którym Prezes UOKiK uznał, że umowa konsorcjum mieści się w zakresie pojęcia „porozumienie” w rozumieniu art. 4 pkt 5 u.o.k.k. W konsekwencji przyjął on, że umowy konsorcjum mogą być oceniane w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹²⁸.

III. Przesłanki uznania konsorcjum przetargowego za zmwę przetargową

Kryteria uznania umowy konsorcjum przetargowego za porozumienie naruszające konkurencję są sporne. Dokonując ich analizy, warto należy przytoczyć przesłanki, którymi kieruje się Prezes UOKiK. Przyjmuje on, że *punktem wyjścia do antymonopolowej oceny konsorcjum jest ustalenie, czy jego uczestnicy nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Brak takiej obiektywnej możliwości Prezes UOKiK uznaje za okoliczność, w której konsorcjum nie ogranicza konkurencji*¹²⁹. Natomiast zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie złożyć oferty, jest przez organ

¹²⁶Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 roku, o sygn. VI ACa 651/15, Warszawa, LEX nr 2081562.

¹²⁷UOKiK. *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013, s. 79.

¹²⁸Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 roku, dostęp: http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/1812E2A7CB9CCB5AC1257EC6007B9BAE?editDocument&act=Decyzja, data wejścia: 17 stycznia 2017 roku.

¹²⁹UOKiK, *Raport op. cit.*, s. 80-81; Decyzja Prezesa UOKiK nr RPLU-38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 roku, *op. cit.*, s. 50.

antymonopolowy uznawane jako rodzące zagrożenia dla konkurencji: zasadnicze niebezpieczeństwo związane z konsorcjami sprowadza się do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W tym zakresie konsorcja nie różnią się od karteli, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę¹³⁰. W doktrynie podobnie podkreśla się, że jeżeli konsorcjantami są konkurenci, powoduje to zazwyczaj ograniczenie konkurencji, bowiem zawiązanie konsorcjum zmniejsza liczbę potencjalnych uczestników przetargu¹³¹.

Nie jest jasne – jakie kryteria zawartej umowy konsorcjum przetargowego przesądzają o uznaniu jej za porozumienie ograniczające konkurencję. Jednakże, w ślad za G. Materną uznać można, że organ ochrony konkurencji przyjął następujące podejście do konsorcjów przetargowych:

- Prezes UOKiK nie będzie kwalifikował konsorcjum jako porozumienia ograniczającego konkurencję, jeżeli jego utworzenie jest dla przedsiębiorców niezbędne, by wziąć udział w rywalizacji o dane zamówienie;
- Prezes UOKiK będzie kwalifikował konsorcjum jako porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji w zależności od okoliczności (kontekstu gospodarczego) sprawy;
- Prezes UOKiK wiąże antykonkurencyjny charakter (cel) konsorcjum przede wszystkim z wysokimi udziałami rynkowymi uczestników konsorcjum; stwierdzenie naruszenia zakazu przez konsorcjum zawiązane przez przedsiębiorców dysponujących niskimi udziałami rynkowymi wymaga wykazania skutków antykonkurencyjnych¹³².

Wobec powyższego, zasadne staje się zatem przeanalizowanie zawartej umowy konsorcjum przetargowego pod kątem antykonkurencyjnego celu lub skutku. W tym zakresie należy podzielić pogląd M. Sieradzkiej, zgodnie z którym przesądzając o antykonkurencyjnym charakterze konsorcjum przetargowego, wymagane jest dodatkowo ustalenie czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum¹³³. W ocenie autorki owa niezbędność utworzenia konsorcjum przetargowego istnieje nie tylko wówczas, gdy konsorcjanci nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału

¹³⁰UOKiK, Raport op. cit., s. 80; Decyzja Prezesa UOKiK nr RPLU-38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 roku, op. cit., s. 39-40.

¹³¹A. Zawłocka-Turno, Zmowa przetargowa... op. cit., s. 46.

¹³²G. Materna, Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji ... op. cit.

¹³³Ibidem.

*w postępowaniu lub wykonać zamówienia, niezbędność utworzenia konsorcjum występuje również, gdy jego udział w postępowaniu jest ekonomicznie uzasadniony, czyli np. w przypadku, gdy współpraca w ramach konsorcjum pozwala efektywniej wykonać zamówienie, wykonawcy z uwagi na realizację innych zamówień nie są w stanie indywidualnie w określonym terminie wykonać zamówienia, połączenie zasobów pozwala na oszczędność kosztów wykonania zamówienia*¹³⁴.

W świetle takiego stanowiska należy przytoczyć poglądy wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [dalej KIO]. KIO podkreśla, sam w sobie fakt zawiazania konsorcjum *nie powinien stwarzać podejrzenie nieuczciwej konkurencji i powodować obowiązku badania możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie, a następnie odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia, że zawiązanie konsorcjum nie było konieczne dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu*¹³⁵. KIO podkreśla też, że zawieranie umowy konsorcjum jest czymś normalnym w praktyce obrotu rynkowego, a także że *oczywistym jest, że podmioty zawierające konsorcjum wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą*¹³⁶. Jednocześnie KIO przyjmuje, że w określonych okolicznościach zawiązanie konsorcjum i sposób współdziałania jego członków mogą mieć znamiona czynu naruszającego konkurencję¹³⁷.

IV. Przesłanki wyłączające możliwość uznania konsorcjum przetargowego za zmwę przetargową

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa przypadki, w których mimo zawarcia porozumienia naruszającego zasadę konkurencji, będzie ono prawnie uzasadnione. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy porozumienie prowadzi do ograniczenia konkurencji w jednym obszarze, jednocześnie zaś zwiększa konkurencję w innym obszarze¹³⁸. Zasadą jest

¹³⁴M. Sieradzka, *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena*, 2015 [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 5(4), s. 43; M. Sieradzka, *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter*, *Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r.*, XVII AmA 73/13, 2015, LEX/el. 2015.

¹³⁵Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013 roku, o sygn. KIO 1544/13, Warszawa, niepubl.

¹³⁶G. Materna *op.cit.* cyt za: wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013 roku, o sygn. KIO 1544/13, Warszawa, niepubl.

¹³⁷Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013 roku, KIO 1544/13.

¹³⁸G. Materna, *op. cit.*, cyt. za: D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków, 2004, s. 20–21.

zatem, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały spod niego wyłączone. Wspomniana ustawa zawiera trzy rodzaje wyłączeń:

1) w art. 7 tzw. zasadę *de minimis*;

2) tzw. wyłączenia grupowe – na mocy rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 8 ust. 3;

3) w art. 8 ust. 1 tzw. wyłączenia indywidualne.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.o.k.i.k. zakazów określonych w art. 6 ust. 1 o.u.k.i.k. nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami - jeżeli ich łączny udział w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5%, a także między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami - jeżeli udział żadnego z nich w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 10%. Natomiast, zgodnie z art. 7 ust. 3 tejże ustawy, przewidzianych wyłączeń z art. 7 ust. 1 nie stosuje się do porozumień z art. 6 ust. 1 pkt 7, czyli do tzw. zmów przetargowych, do których można w pewnych okolicznościach zaliczyć antykonkurencyjne konsorcja przetargowe.

Należy również zaznaczyć, że nie zostało wydane rozporządzenie grupowe, wyłączające ten rodzaj porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję¹³⁹.

Jednakże warto zwrócić uwagę, że w sytuacji, jaką przewiduje art. 8 ust. 1 u.o.k.i.k., przedmiotowe porozumienia będą wyłączone spod zakazu zawierania porozumień między przedsiębiorcami, których skutkiem lub celem jest ograniczenie konkurencji (naruszenie art. 6 u.o.k.i.k.). Mowa tu o przypadku, w którym porozumienia naruszające art. 6 u.o.k.i.k. jednocześnie:

1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;

2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;

3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;

4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Aby móc skorzystać z przewidzianego wyłączenia, przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie, aby móc skorzystać z przewidzianego wyłączenia.

¹³⁹M. Sitra, *op. cit.*, s. 19.

Przedsiębiorcy muszą zatem udowodnić, że pomimo antykonkurencyjnego celu konsorcjum, można je uzasadnić określonymi korzyściami (art. 8 ust. 2 u.o.k.i.k.), np. racjonalizacją wydatków, obniżeniem kosztów dla odbiorców finalnych, prowadzeniem efektywniejszej działalności. Korzyści z zawarcia umowy konsorcjum dzielą się na ekonomiczne – związane z obniżeniem cen, co jest szczególnie korzystne dla zamawiającego oraz poza ekonomiczne, do których można zaliczyć, np. wzrost jakości świadczonych usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, efektywniejsze wykonanie zamówienia¹⁴⁰. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 u.o.k.i.k. konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są znacznie bardziej korzystne dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści zamawiającemu¹⁴¹. Należy przy tym podkreślić, że ciężar dowodu w zakresie wykazania czy porozumienie ogranicza konkurencję, tj. czy narusza art. 6 u.o.k.i.k. spoczywa na organie antymonopolowym. Z kolei obowiązek wykazania, że nawet jeśli porozumienie narusza powyższy przepis, to jednak korzysta z wyłączenia spod tego zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.i.k. – zgodnie z art. 8 ust. 2 u.o.k.i.k. spoczywa na przedsiębiorcy¹⁴².

Zakończenie

Umowa konsorcjum przetargowego, tak jak inne porozumienia zawierane między przedsiębiorcami, podlega ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Nie ma znaczenia tu fakt, że przepisy prawa przewidują wprost możliwość jego zawarcia. Nie stanowi to wyłączenia pod rygoru ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Szczególną uwagę w tym zakresie należy zwrócić na przytoczony wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 roku o sygn. VI ACa 651/15. Bezsprzecznie uznał on, że *brak zakazu zawierania porozumień w ramach konsorcjum w celu wzięcia łącznego udziału w przetargu nie oznacza a limine, że tego rodzaju porozumienie nie może podlegać ocenie jako sprzeczne z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.*¹⁴³. Sąd przywołany wyżej wyrokiem zmienił w całości zaskarżone orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 lutego 2015 roku, o sygn. XVII AmA 73/13, na które szeroko powoływała się doktryna w pewnym czasie. Niewątpliwie wyrok Sądu Apelacyjnego okazać się może orzeczeniem precedensowym, kształtującym dalszą linię orzecniczą w omawianym zakresie.

¹⁴⁰M. Salitra, *op. cit.* s. 19, cyt. za M. Sieradzka, *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny op. cit.*, s. 46

¹⁴¹M. Salitra, *op. cit.*, s. 20 cyt. za: *Raport System zamówień publicznych op. cit.*, s. 81, Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa op. cit.*, s. 48.

¹⁴²M. Salitra, *op. cit.*, s. 20, cyt. za Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50

¹⁴³Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 roku, o sygn. VI ACa 651/15, LEX nr 2081562.

Z uwagi na powyższe rozważania, przyjąć należy, że umowa konsorcjum przetargowego może zostać uznana za zmwę przetargową. Jednakże, aby móc mówić o zmwie przetargowej w przypadku konsorcjum, należy najpierw zbadać, czy konsorcjanci byłiby w stanie samodzielnie spełnić warunki przystąpienia do przetargu, jak również własnymi siłami je zrealizować. Jednocześnie, nie należy zapomnieć, że wystarczający potencjał każdego z konsorcjantów z osobna nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania takiego porozumienia za zmwę przetargową. Jak podkreśla M. Sieradzka: *przesłanka braku możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu nie może stanowić jedynej (wyłącznej) przesłanki decydującej o antykonkurencyjnym celu utworzenia konsorcjum*¹⁴⁴. Autorka wskazuje również, że powyższe twierdzenie wymaga bowiem udowodnienia, iż celem zawiązania konsorcjum było ograniczenie konkurencji¹⁴⁵.

Należy wskazać w ślad za przywołaną wyżej autorką na trzy przesłanki, które stanowić mogą podstawę do domniemania antykonkurencyjnego celu zawartego konsorcjum przetargowego, tj.:

- 1) Jak szeroko omówiono wyżej – możliwość samodzielnego spełnienia warunków, aby móc ubiegać się o zamówienie¹⁴⁶;

Jednakże nie należy z góry przyjmować, że spełnienie powyższej przesłanki jest dowodem na istnienie zmwie przetargowej między przedsiębiorcami, bowiem ani art. 23 u.p.z.p. nie zabrania zawarcia umowy konsorcjum przez członków, którzy osobno mogli by przystąpić do przetargu i zrealizować zamówienie publicznej, ani również takiego ograniczenia nie nakłada zasada swobody umów przewidziana w k.c.¹⁴⁷

- 2) Kolejną przesłanką, której wystąpienie może uzasadniać podejrzenie zamawiającego, co do zawarcia przez członków konsorcjum antykonkurencyjnego porozumienia jest dokonany przez członków konsorcjum wewnętrzny podział zamówienia publicznego, co do jego realizacji (pomimo oczywistego porozumienia pomiędzy konsorcjantami w zakresie podziału zamówienia na części, których realizacja przypadnie poszczególnym członkom, nie można z góry przesądzać o antykonkurencyjnym jego celu)¹⁴⁸.

¹⁴⁴M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa, 2015, s. 92.

¹⁴⁵*Ibidem*.

¹⁴⁶M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle ... op. cit.*, s. 94.

¹⁴⁷*Ibidem*.

¹⁴⁸M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle ... op. cit.*, s. 95.

- 3) Ostatnią przesłanką kwalifikacji udziału konsorcjum w postępowaniu jako antykonkurencyjnego, na którą wskazuje M. Sierdzka, jest przesłanka posiadania znacznego udziału w rynku w rynku właściwym¹⁴⁹.

W tym zakresie jednakże niezbędne staje się ustalenie pozycji rynkowej członków konsorcjum. Chodzi tu o konieczność zbadania konkurencyjności na rynku. W sytuacji bowiem, gdy na danym rynku członkowie konsorcjum posiadają znaczne udziały rynkowe lub kolektywną pozycję dominującą, prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji przez konsorcjum jest wysokie, a niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji zwiększa się wraz ze wzrostem udziałów rynkowych członków konsorcjum¹⁵⁰.

Autorka podkreśla tym samym, co uznać należy za prawidłowe stanowisko, że fakt wystąpienia jakiegokolwiek z przywołanych wyżej przesłanek, nie może stanowić wyłącznej podstawy do uznania konsorcjum przetargowego za zowę przetargowego, bowiem do uwodnienia wystąpienia porozumienia ograniczającego konkurencję, należy dokładnie zbadać stan faktyczny i okoliczności towarzyszące zawarciu przedmiotowej umowy. Zawarcie porozumienia z art. 23 u.p.z.p. stanowi zakazane porozumienie przetargowe z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. jeżeli konsorcjanci mogli wystąpić samodzielnie o pozyskanie zamówienia oraz celem jej jego zawarcia jest wyłączenie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁵¹.

¹⁴⁹*Ibidem.*

¹⁵⁰M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle ... op. cit.*, s. 96.

¹⁵¹M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle ... op. cit.*, s. 98.

Bibliografia:

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2015 roku, poz. 184, j.t.
2. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. z 2016 roku, poz. 1829, j.t.
3. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 j.t.
4. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, Dz. U. z 2016 roku, poz. 380, j.t.

Orzecznictwo

1. Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 roku, o sygn. IX CA 50/07, LEX nr 621228.
2. Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 roku, o sygn. IX CA 50/07, LEX nr 621228.
3. Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2009 roku, o sygn. KIO/UZP 823/09, Warszawa, niepubl.;
4. Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 o sygn. KIO 381/13 oraz 397/13, Warszawa, Legalis nr 749384.
5. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2016 roku, o sygn. VI ACa 651/15, LEX nr 2081562.
6. Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013 roku, o sygn. KIO 1544/13, Warszawa, niepubl.
7. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 roku, o sygn. III CZP 25/10, LEX nr 602808.
8. Decyzja Prezesa UOKiK nr RPLU-38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 roku, dostęp: http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/1812E2A7CB9CCB5AC1257EC6007B9BAE?editDocument&act=Decyzja, data wejścia: 17 stycznia 2017 roku.

Literatura:

1. Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] Niczyporuk J., Sadowy J., Urbanek M. (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Część I, Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny.

2. Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, grudzień 2014.
3. Nowicki J. E. [w:] Bazan A., Nowicki J.E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2014.
4. Materna G., *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, 2016, LEX nr 298338.
5. Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków, 2004.
6. Sieradzka M., *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, 2014, LEX.
7. Sieradzka M., *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena*, 2015 [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 5(4).
8. Sieradzka M., *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter*, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13, 2015, LEX/el. 2015.
9. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa, 2015.
10. Sitra M. , *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 2015, nr 8(4)
11. UOKiK, *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013.
12. Zawłocka-Turno A., *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, 2012 [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(1).

Rozdział IV

Analiza prawna wejścia w porozumienie jak znamię zмовы przetargowej w prawie karnym

mgr Katarzyna Kunc¹⁵²

The article concerns the analysis of the legal variety of offense under article 305 of the Code of Criminal Law. It is recognized as the action of lawbreaker by entering into an agreement with another individual to act to the detriment of the owner of the property, person or institution to whom the tender is made. The essence of the criminal act stated in article 305 is a violation of the principles of public tender. One of the causative actions covered by art. 305. is "entering into an agreement with another person". The construction of conspiracy tender in article 305 of the Code of Criminal Law creates difficulties in determining the content of an unlawful agreement tender. The aim of the author is to show the theoretical problems that relate to auction agreement stated in art. 305, especially to show the lack of precision to the content and purpose of the analyzed auction agreement. The analysis is based on the method of analysis of the dogmatic criminal law, as well as on the method of critical analysis that relate to opinions in the science of criminal law about article 305 of the Code of Criminal Law.

Wstęp

Artykuł dotyczy analizy prawnej odmiany czynu zabronionego z art. 305 k.k., ujętej jako działanie sprawcy poprzez wejście w porozumienie z inną osobą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Przeprowadzona analiza zostanie oparta jest na metodzie analizy dogmatycznej w prawie karnym, a także metodzie analizy krytycznej w zakresie spotkanych w nauce prawa karnego poglądów na temat art. 305 k.k.

Artykuł zmierza do uwypuklenia aspektów, które mimo pewnych prób analizy przedmiotowego tematu, wciąż nie zostały poddane gruntownemu rozpoznaniu, czego dowodem są utrzymujące się niedookreślenia w związku z przestępnym porozumieniem przetargowym.

¹⁵²**Mgr Kunc Katarzyna** – doktorantka II roku w Katedrze Prawa Postępowania Karnego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Autor zwraca uwagę na nieprzemyślaną i niespójną konstrukcję § 2 art. 305 k.k., poprzez powtórzenie znamienia „wejście w porozumienie”, które zostało już użyte w § 1 karalnej zmowy przetargowej. Celem artykułu jest podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy kodeksowa regulacja przestępstwa „wejście w porozumienie” wyrażonego w art. 305 k.k. została przez ustawodawcę prawidłowo skonstruowana? Analiza dogmatyczna i teoretycznoprawna przeprowadzona w artykule doprowadza do krytycznej oceny autora wobec przestępnego porozumienia z art. 305 k.k., w związku z czym autor ma wątpliwości co do skutecznej ochrony dobra prawnego, jakim jest prawidłowość obrotu gospodarczego. Autor ma nadzieję, że poniższe opracowanie posłuży jako wstęp do dyskusji do oceny nad poprawnością unormowań prawnych odnoszących się do opisywanego zjawiska.

W świetle powyższego rozważania należy rozpocząć od przybliżenia kwestii zmowy przetargowej, która stanowi główne zagrożenie prawidłowego przebiegu przetargu. Zmowa ta narusza przede wszystkim indywidualne interesy organizatorów przetargów i ich uczestników, niebędących w zмовie. Ponadto zmowa przetargowa stanowi powszechną formę zawierania umów, z tendencją wzrostową, na co wyraźnie wskazują statystyki. Przykładowo w roku 2012 prowadzono 43 postępowań, z czego doszło do 11 skazań, w roku 2013 – 144 postępowań, w tym 6 skazań, natomiast w roku 2014 wszczęto 186 postępowań, przy czym skazano 16 osób.¹⁵³ Przestępna zmowa przetargowa aktualnie podlega penalizacji na podstawie art. 305 k.k. Regulacje dotyczące karalnego wpływania na procedurę przetargową funkcjonowały uprzednio zarówno w kodeksie karnym z 1932 r. jak i w kodeksie karnym z 1969 r., a także ustawie z dnia 12 października 1994 r. – o ochronie obrotu gospodarczego.

Istotą czynu zabronionego wyrażonego w art. 305 k.k. jest naruszenie zasad przetargu publicznego. Przetarg publiczny stanowi jedną z instytucji zawierania umów w gospodarce rynkowej, dlatego też podlega ochronie jako instrument prawidłowego obrotu gospodarczego.¹⁵⁴ Instytucji przetargu rozważanej na gruncie prawa karnego należy przypisać znaczenie w oparciu o uregulowania zaczerpnięte z kodeksu cywilnego. A zatem do pojęcia przetargu na gruncie art. 305 k.k. mają zastosowanie art. 70 ust. 1 – 70 ust. 5 k.c.¹⁵⁵

¹⁵³ Gazeta Prawna z 26.8.2015 r.

¹⁵⁴ W. Wróbel (w:) A. Zoll (red.) Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Warszawa 2016 r., s. 799.

¹⁵⁵ A. Michalska-Warias (w:) A. Zoll (red.) Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Warszawa 2016, s. 960.

II. Trudności w ustaleniu treści porozumienia przetargowego

Do jednej z czynności sprawczych ujętych w art. 305 k.k. należy „wejście w porozumienie z inną osobą”. Konstrukcja zmowy przetargowej przepisu art. 305 k.k. stwarza trudności w ustaleniu treści bezprawnego porozumienia przetargowego. Samo pojęcie „porozumienia” pełni w prawie karnym rozmaite funkcje. Przykładowo porozumienie może stanowić czynność w ramach przygotowania do przestępstwa, czy też składnik konstrukcyjny współsprawstwa. Ponadto pojęcie te może również funkcjonować w związku z typem kwalifikowanym przestępstwa polegającego na działaniu w porozumieniu z inną osobą lub osobami. Należy podkreślić, iż podstawową trudnością interpretacyjną dotyczącą analizowanego przepisu jest to, iż w prawie karnym brak jest legalnej definicji czynności sprawczej jaką jest „wejście w porozumienie z inną osobą”.

Zgodnie z literaturą, warunkiem doprowadzenia do przestępnego porozumienia jest udział co najmniej dwóch osób, przy czym jedna z nich musi podejmować działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Uczestnikami karalnego porozumienia nie muszą być jedynie uczestnicy przetargu. Przykładowo stroną taką może być biegły, który dokonuje wyceny przedmiotu objętego przetargiem. Pomędzy osobami zawierającymi porozumienie musi zaistnieć szczególna więź, która będzie stanowić realne zagrożenie dla prawidłowości procedury przetargowej.¹⁵⁶ Wskazać wymaga, że z treści art. 305 k.k. wynika, iż do znamion dookreślających cechy przestępnego wejście w porozumienie należy zaliczyć związek z przetargiem publicznym, a także działanie na szkodę wskazanych ustawowo osób. Niestety tak szerokie ujęcie treści porozumienia nie pozwala w pełni na zrekonstruowanie zakresu kryminalizacji omawianego przestępstwa. Pomimo zaistnienia przytoczonych wyżej znamion dookreślających cechy porozumienia przetargowego, w praktyce dane zachowanie może zostać uznane za zgodne z przyjętą praktyką gospodarczą. Zgodnie z opinią R. Zawłocki: „W przeciwieństwie (...) do innych przestępstw (tzw. pospolitych), sama realizacja przez sprawcę znamion czynów zabronionych z art. 296-306 k.k. może stanowić zachowanie nie tylko legalne, lecz także pożyteczne w obrocie gospodarczym”.¹⁵⁷ W związku z powyższym należy przyjąć, iż jeżeli zachowanie podmiotów pozostaje w zgodzie z zasadami prawidłowego obrotu gospodarczego, nie narusza zasady uczciwej konkurencji, a także nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i właściwymi interesami konsumentów, wówczas działanie takie nie może być karalne.

¹⁵⁶J. Potulski (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015 r., s. 1773.

¹⁵⁷R. Zawłocki (w:) R. Zawłocki (red.) System prawa karnego, t. 9, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Warszawa 2015, s. 406.

Niemожność skonkretyzowania treści bezprawnego porozumienia przetargowego, a także brak wyraźnie wskazanego celu tego porozumienia, implikuje liczne trudności przy wykazaniu karalności danego zachowania w następstwie toczącego się postępowania dowodowego. Dowodzenie zmowy przetargowej może być oparte zarówno na dowodach bezpośrednich, jak i pośrednich, czyli tzw. poszlakach. W praktyce podmioty odpowiedzialne za przeciwdziałanie zmomom opierają się głównie na poszlakach, a dzieje się tak, dlatego, iż sprawcy czynów zabronionych świadomi bezprawności swojego postępowania, dążą do utrzymania go w tajemnicy.¹⁵⁸ Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego nie jest możliwe uznanie danego faktu za udowodniony na podstawie poszlak, jeżeli istnieje inna od zarzucanej oskarżonemu wersja zdarzeń.¹⁵⁹ W związku z powyższym w celu udowodnienia zawarcia zmowy przetargowej należy wykazać zarówno realną możliwość świadczącą o zawarciu umowy, a także okoliczności dowodzące, iż oferty nie stanowiły wynik samodzielnych działań. Na podkreślenie zasługuje zatem, że przypadku, gdy osoba, której zarzucono przestępstwo zmowy wyrażonej art. 305 k.k., wykaże racjonalne wytłumaczenie wobec przedstawionych jej okoliczności, wówczas jej działanie może nie zostać penalizowane. W oparciu o powyższe, tak ważne jest by znamię czynności sprawczej „wejścia w porozumienie z inną osobą” zostało przez ustawodawcę w sposób konkretny i oczywisty doprecyzowane. Takie działanie z pewnością pomoże uniknąć w przyszłości sytuacji, kiedy to obecne zachowania godzące w prawidłowy przebieg procedury udzielania zamówień publicznych pozostają poza karnoprawną ochronę ze względu na błędną interpretację art. 305 k.k.

W przypadku osób, których dotyka szkoda w wyniku przestępnej zmowy przetargowej, poza właścicielem mienia, ustawa wymienia podmioty, na rzecz których przetarg jest dokonywany. Do wskazanych podmiotów można zaliczyć zarówno osoby, które przetarg otwierają, co czynić ich będzie stronami przyszłej umowy przetargowej, a także podmioty, których bezpośrednio dotyczyć będzie wynik przetargu, ze względu na prowadzone interesy majątkowe, tj. np. beneficjent przetargu. Nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem W. Wróbel, iż przepis art. 305 k.k. w żaden sposób nie wyłącza ochronę względem tych podmiotów, jeśli występując one jednocześnie również jako uczestnicy postępowania przetargowego.¹⁶⁰ Rozważając treść omawianego przepisu, brak jest podstaw, które mogłyby uzasadniać by takie ograniczenie względem nich zastosować.

¹⁵⁸Wyrok SA w Krakowie z 12.12.1991 r., II Akr 110/91, KZS 1992, nr 1, poz. 9.

¹⁵⁹Wyrok SN z 7.03.2001 r., IV KKN 455/00, Lex nr 51429.

¹⁶⁰W. Wróbel, op.cit., s. 809.

Treść porozumienia odnoszącego się do przestępnego działania z art. 305 k.k. jest ściśle związana z rodzajem uczestników między którymi jest ono zawierane. Przedmiotem porozumienia przetargowego zawieranego między oferentami może być treść warunków odnoszących się do oferty, czy też inne zachowania służące wygranej oferenta ustalonego przez uczestników zмовы. W sytuacji, kiedy mamy do czynienia ze zмовą licytacyjną (porozumienie ma być zawarte pomiędzy przedstawicielem zamawiającego a oferentem) wówczas przedmiotem zawartego pomiędzy stronami porozumienia będzie doprowadzenie do wygranej ustalonego oferenta. Działania podejmowane przez wchodzące ze sobą w porozumienie osoby w większości przypadkach będą oddziaływały na cenę przedmiotu przetargu. Takie osoby będą wówczas dążyły do obniżenia ceny w celu umożliwienia ustalonemu licytantowi dokonania zakupu przedmiotu licytowanego po dopuszczalnie najniższej cenie bądź do podwyższenia ceny, tak by faworyzowany przez strony porozumienia przetargowego wykonawca, zrealizował określone zamówienie publiczne najkorzystniej, a zatem po możliwie najwyższej cenie.¹⁶¹

III. Znamię „wejście w porozumienie” w § 1 i 2 art. 305 k.k.

Dokonując analizy kodeksowej zмовы przetargowej nie sposób nie zauważyć, iż ustawodawca w obu paragrafach (art. 305 § 1 i 2 k.k.) za karalne uznał wchodzenie w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.¹⁶² W literaturze podaje się, iż powtórzony zwrot przedmiotowy jest przejawem zdublowania typizacji, lecz wbrew pozorom nie jest on jednakowy. Jak wskazuje G. Materna w pierwszym paragrafie mamy do czynienia z działaniem na szkodę właściciela mienia albo instytucji lub osoby, na rzecz której przetarg jest przeprowadzany. Kolejny paragraf natomiast cechuje związek z przetargiem publicznym oraz powtórzone działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby czy instytucji, na której rzecz przetarg publiczny jest dokonywany. Ciężko zgodzić się z tak przyjętą interpretacją, ponieważ pomimo przyjętej konstrukcji przepisu, w literaturze wskazuje się, że do art. 305 § 1 k.k. również odnosi się warunek istnienia związku zawartego porozumienia z przetargiem publicznym. Jest to niezbędne do tego, aby objąć ochroną wskazane w przepisie osoby przed działaniami naruszającymi procedurę przetargu publicznego¹⁶³ oraz zapobiec kryminalizacji dowolnego zachowania osób wchodzących w porozumienie. Podobne stanowisko zostało

¹⁶¹G. Materna, Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Warszawa 2016, s. s. 260-262.

¹⁶²M. Bojarski, [w:] Kodeks karny. Komentarz, M. Filar (red.) Warszawa 2016, s.1632-1633.

¹⁶³G. Materna, op.cit., s. 259-260.

przyjęte przez J. Skorupka, który również wskazuje na wyraźne powiązanie z przetargiem publicznym w § 1 powyższego artykułu, jednak namawia on do wykładni celowościowej tegoż przepisu i uwzględnienia istnienia związku porozumienia z przetargiem publicznym.¹⁶⁴ Krytycznie wobec art. 305 k.k. odniósł się W. Wróbel, który uważa, iż ustawodawca nie wskazał celu porozumienia, a także na czym dokładnie miałyby polegać działania sprawcy objęte porozumieniem. W związku z powyższym uznał takie powtórzenie za usterkę legislacyjną i zarzucił naruszenie art. 42 Konstytucji RP, a zatem zasady dostatecznej określoności czynu karalnego.¹⁶⁵ Konkludując należy stwierdzić, iż powtórzenie w dwóch pierwszych paragrafach omawianego przepisu, zwrotu przedmiotowego jakim jest „wejście w porozumienie z inną osobą” zasługuje na uzasadnioną krytykę. Tak przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja nie znajduje jednakowego uzasadnienia od strony praktyków jak i przedstawicieli nauki. Ponadto w literaturze podaje się liczne zastrzeżenia co do tak zastosowanego zabiegu, podając za zbędne ponowne uregulowanie porozumienia w art. 305 § 2 k.k.¹⁶⁶ Zdaniem Autora obiekcje towarzyszące takiemu uregulowaniu są w pełni uzasadnione, ponieważ brak jest racjonalnego uzasadnienia dla zastosowanego w przepisie powtórzenia, dlatego też art. 305 k.k., a w szczególności § 1 i 2 wymagają ponownego, prawidłowego sformułowania, tak by nie rodził on dalszych wątpliwości interpretacyjnych.

IV. Przesłanka działania na szkodę

Ustawodawca regulując analizowane przestępstwo zmowy przetargowej nie konkretyzuje rodzaju ani zakresu szkody, której powstaniu może grozić działanie sprawcy. Zgodnie ze stanowiskiem G. Materna: „na gruncie art. 305 k.k. pojęcie szkody należy rozumieć szeroko, jako uszczerbek w jakichkolwiek dobrach lub interesach prawnie chronionych. (...) Zatem wskazać należy, iż pojęcie szkody w omawianym przepisie obejmuje zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Jednak ze względu na charakter przestępnej zmowy przetargowej, stanowi ona głównie zagrożenie wobec interesów majątkowych”.¹⁶⁷

Do znamion analizowanego przestępstwa należy wywołanie zagrożenia wobec wszelkich chronionych prawem interesów beneficjentów przetargu wskazanych

¹⁶⁴J. Skorupka (w:) A. Marek (red.) System prawa karnego. Tom 9, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Warszawa 2015, s. 703.

¹⁶⁵W. Wróbel (w:) op.cit., s. 804.

¹⁶⁶A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Prawnokarna ochrona przetargu publicznego, Mon. Praw. 2002, s. 946.

¹⁶⁷G. Materna, op. cit., s. 273.

w przepisie.¹⁶⁸ Zatem sankcjonowane jest już same działanie na szkodę beneficjenta przetargu, nie zaś realizacja bezprawnego porozumienia czy skutek w postaci szkody właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. W związku z powyższym nie należy utożsamiać działania na szkodę z jej wyrządzeniem. Faktycznie wyrządzona szkoda może mieć wpływ jedynie na wymiar orzeczonej kary. Koniecznym jest wykazanie, że już samo porozumienie czy też działania stanowiące jego wykonanie mogło spowodować realne zagrożenie powstania szkody po stronie zamawiającego. Należy zatem wskazać realność takiego zagrożenia, a więc konkretne niebezpieczeństwo nastąpienia szkody. Słuszne jest stanowisko Sądu Najwyższego, który postanowił, iż: „wejście w porozumienie nawet w celu szkodzenia interesom podmiotów chronionych w art. 305 k.k. nie stanowi jeszcze realizacji znamion opisanych w tym przepisie. Niezbędne jest, by realnie sam fakt porozumienia lub następujące w jego wykonaniu działania spowodowały niebezpieczeństwo dla tych interesów”.¹⁶⁹

Korespondując z powyższym warto poświęcić uwagę zawartego w art. 305 k.k. znamieniu „działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Regulowana w kodeksie karnym zмова przetargowa należy do kategorii przestępstw spowodowanie niebezpieczeństwa określonego skutku, co wynika z konieczności wykazania, że zachowanie sprawcy mogło grozić wywołaniem szkody.¹⁷⁰ W związku z trudnością zakwalifikowania tego typu przestępstw jako przestępstw formalnych, przestępstw materialnych czy też trzeciej, odrębnej kategorii (pomiędzy przestępstwami formalnymi a materialnymi), dochodzi do licznych sprzeczności literaturze przedmiotu i orzecznictwie. Pojawia się wiele wątpliwości czy ów znamień stanowić ma jedynie groźbę wyrządzenia przytoczonej szkody, czy przybrać postać realnie wyrządzonej szkody w interesach majątkowych właściciela mienia lub osoby czy instytucji, na rzecz której przetarg publiczny jest organizowany. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego: „Zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie – działając na szkodę- jest znamieniem skutku przestępstwa. Skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”.¹⁷¹ A. Marek uważa natomiast przestępstwo ujęte w art. 305 k.k. za przestępstwo formalne z narażeniem. Jego zdaniem do wykazania przestępnej zмowy

¹⁶⁸Wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz.1964.

¹⁶⁹Wyrok SN z 23.01.2012 r., WA 38/11, Legalis nr 478668.

¹⁷⁰W. Wróbel (w:) A Zoll (red.) Kodeks karny. Część szczególna..., Warszawa 2008, s. 779.

¹⁷¹Wyrok SN z 7.03.2012 r., V KK 402/11, OSNKW 2012, nr 8, poz. 84.

przetargowej nie jest konieczne spowodowanie efektywnej szkody, lecz jedynie podejmowanie zachowań, które mogłyby taką szkodę spowodować.¹⁷² Sprzeciwia się temu R. Zawłocki, który uważa przepis z art. 305 k.k. za przestępstwo materialne. Podstawą jego argumentacji jest właśnie znamień „działając na szkodę”. Pokłosiem rozważanego znamienia jest więc konkretne, bezpośrednie niebezpieczeństwo spowodowania szkody.¹⁷³ Nie sposób się nie zgodzić, iż pomimo pewnych wątpliwości w analizowanej sprawie, słusznym jest dominujący pogląd, iż dokonując oceny kryminalizacji w oparciu o art. 305 k.k., należy wykazać realne niebezpieczeństwo wywołania szkody.

Zakończenie

Podsumowując należy stwierdzić, iż przestępna zмова przetargowa uregulowana w art. 305 k.k. zasługuje na ponowną, wnikliwą analizę ze strony ustawodawcy, biorąc pod uwagę wskazane niedookreślenia legislacyjne. Na podkreślenie zasługuje w szczególności kwestia braku precyzyjności co do treści i celowości analizowanego porozumienia przetargowego. W doktrynie brak jest zgody na to, czy wskazane zachowanie osób wchodzących w porozumienie, stanowi przestępstwo zмowy przetargowej ujętej w art. 305 k.k. Ponadto rozbieżności interpretacyjne w związku ze znamieniem „działania na szkodę” prowadzą do trudności przy ustalenia postaci penalizowanej szkody. Kolejna nieścisłość dotycząca przestępnej zмowy przetargowej odnosi się do powtórnego zastosowania przez ustawodawcę zwrotu przedmiotowego „wejścia w porozumienie”, co prowadzi do rozbieżności interpretacyjnych, a zwłaszcza do podniesienia zarzutu naruszenie konstytucyjnej zasady niedookreśloności czynu zabronionego.

Ze względu na aktualność poruszanej problematyki oraz jej znaczenie z punktu widzenia ochrony poprawności obrotu gospodarczego, wskazane jest gruntowne opracowanie zagadnienia dotyczącego przeciwdziałaniom zмowom przetargowym, jakim jest „wejście w porozumienie”. Powyższe działania są niezbędne do niezwłocznego podjęcia, gdyż zwłoka w tym przedmiocie może prowadzić do depenalizacji podstawowych typów czynów zмów przetargowych na podstawie analizowanego czynu zabronionego.

¹⁷²A. Marek (w:) Kodeks karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 656.

¹⁷³R. Zawłocki (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 222-316, Warszawa 2013 r., s. 882

Bibliografia:

Akty prawne

- 1) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (t.jedn.: Dz. U z 2009 Nr 62, poz. 504 ze zm.).

Orzecznictwo:

- 1) Wyrok SN z 7.03.2001 r., IV KKN 455/00, Lex nr 51429.
- 2) Wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz.1964.
- 3) Wyrok SN z 23.01.2012 r., WA 38/11, Legalis nr 478668.
- 4) Wyrok SN z 7.03.2012 r., V KK 402/11, OSNKW 2012, nr 8, poz. 84.
- 5) Wyrok SA w Krakowie z 12.12.1991 r., II Akc 110/91, KZS 1992, nr 1, poz. 9.

Literatura:

- 1) Bartosiewicz A., Kubacki R., Prawnokarna ochrona przetargu publicznego, Mon. Praw. 2002 r.
- 2) Bojarski M. (w:) Kodeks karny. Komentarz, red. M. Filar, Warszawa 2016 r.
- 3) Gazeta Prawna z 26.8.2015 r.
- 4) Marek A. (w:) Kodeks karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2010 r.
- 5) Materna G., Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Warszawa 2016 r.
- 6) Michalska-Warias A. (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2016 r.
- 7) Potulski J. (w:) Kodeks karny. Komentarz, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015 r.
- 8) Skorupka J. (w:) System prawa karnego. t. IX , Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, red. A. Marek, Warszawa 2015 r.
- 9) Wróbel W. (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2016 r.
- 10) Zawłocki R. (w:) System prawa karnego, t. IX, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015 r.
- 11) Zawłocki R. (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 222-316, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013 r.

Rozdział V

Finanse Unii Europejskiej, charakterystyka budżetu UE

Mgr Król Urszula¹⁷⁴, Mgr Markowska Ewelina¹⁷⁵

In an article on "Finance European Union which is characteristic of the EU budget" was discussed the scope and structure of the general budget of the European Union. EU general budget is constructed in accordance with the budgetary principles, which are listed in Regulation No 966/2012. The scope of the budget is associated with the entities whose income and expenses are accounted for in the budget. It is connected with the principle of unity and budget accuracy. The structure and content of the budget, however, are associated with the data exhibited in the budget and the way their presentation. In addition, the issues raised were related to the specifics of the EU budget, principles of design and execution. An integral part of this article is the subject of the structure of financial law of the European Union.

I. Specyfika budżetu UE

Budżet ogólny Unii Europejskiej rozumiany jako budżet organizacji międzynarodowej odznacza się pewnymi szczególnymi cechami, które odróżniają go od budżetów krajowych. Specyficzny charakter jego dochodów i wydatków, a także brak wyraźnie określonej formy prawnej, oryginalna i złożona procedura jego przyjmowania wskazuje na jego niestandardowość. Jednak z drugiej strony budżet ogólny Unii Europejskiej cechuje się pewnymi podobieństwami do budżetów krajowych, np. pod względem jego struktury czy organizacji. Istotnym jest fakt, że podobnie jak budżety krajowe jest konstruowany zgodnie z zasadami budżetowymi, które często mają wyraźne podstawy normatywne w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej bądź w rozporządzeniach regulujących kwestie finansowe UE.¹⁷⁶

Jednym z najważniejszych instrumentów integracji europejskiej jest budżet UE. Został ustanowiony w 1967 roku i początkowo miał osiągnąć 5-7% PKB. Jego rozmiar wynika

¹⁷⁴**Mgr Król Urszula** - doktorantka Uniwersytet Technologiczno - Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Katedra Finansów i Ubezpieczeń.

¹⁷⁵**Mgr Markowska Ewelina** - doktorantka Uniwersytet Technologiczno - Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Katedra Finansów i Ubezpieczeń.

¹⁷⁶M. Cilak, „Zakres i struktura budżetu ogólnego UE”, [w:] „Prawo budżetowe państwa i samorządu”, nr 2(2)2014, s. 43.

jednak z określonego modelu integracji europejskiej, który został przyjęty. Początkowo Wspólnota Europejska miała przejąć na wyłączność realizację większej liczby polityk niż obecnie. Należy jednak zaznaczyć, iż równocześnie im więcej polityk realizowanych jest wyłącznie przez instytucje UE, tym Unia Europejska musi mieć większy budżet do wykonywania prawnych kompetencji. Aktualnie w sytuacji gdy znaczna część polityk pozostaje w gestii rządów państw członkowskich i jest koordynowana na szczeblu europejskim to środki przeznaczone na ich realizację pozostają w budżetach państw Unii Europejskiej. Przykładem może być polityka obronna, polityka zabezpieczenia społecznego oraz polityki z zakresu kategorii społecznych i gospodarczych. Zasady budżetowe zostały określone w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a następnie szczegółowo rozpatrzone w rozporządzeniu Rady nr 1605/2002 z 25 czerwca 2002 roku. W sposób nienaruszalny wskazują podstawy konstrukcji budżetu ogólnego. Do zasad podstawowych zaliczmy: zasadę jednolitości, zasadę jednoroczności, zasadę uniwersalności oraz zasadę specyfikacji. Jako zasady dodatkowe wskazać należy: zasadę rzetelności budżetowej, zasadę równowagi, zasadę jednostki rozliczeniowej, zasadę należytego zarządzania finansami, a także zasadę przejrzystości. Budżet Unii Europejskiej jest specyficzny gdyż nie ma możliwości porównania go z budżetem jakiegokolwiek państwa. W wyniku brak ogólnoeuropejskich podatków podatki nie mogą stanowić głównego zasobu do finansowania zaplanowanych wydatków. Budżet Unii Europejskiej jest zjawiskiem interesującym w zakresie finansów publicznych, ponieważ podmiotem przesądzającym o wielkości wpływów, a także o przeznaczeniu wydatków jest organizacja międzynarodowa a nie państwo. Znaczący zakres polityk realizowanych przez państwa członkowskie jest finansowana w bardzo ograniczonym zakresie z Unijnego budżetu. Wysokość wpływów i wydatków w krajach członkowskich sięga ok. 30 – 50% PKB, natomiast w budżecie Unii Europejskiej wynosi raptem ok. 1% PKB. Wskazuje nam to na nieporównywalność danej skali. Kategorie wydatkowe z budżetu UE są nierozzerwalnie połączone z wykonywanymi przez UE zadaniami. Kompetencje instytucji Unii Europejskiej w wysokim stopniu mają swoje odzwierciedlenie w wysokości wydatków budżetowych. Natomiast w kwestii polityk realizowanych przez państwa członkowskie, wydatki z budżetu UE są nieznaczne bądź wcale nie występują. W wyniku mniejszej skali budżetu Unii Europejskiej w zestawieniu z jej państwami członkowskimi oznacza, iż makroekonomiczne oddziaływanie budżetu na gospodarkę jest stosunkowo nie duże. Unijny budżet nie posiada jednej z głównych cech

budżetu państwowego, mianowicie nie łagodzi wahań cyklicznych, a to wynika właśnie z nikłej wielkości budżetu ogólnego UE.¹⁷⁷

Należy również wskazać, że budżet UE jest specyficzny, gdyż jest powiązany z dłuższą perspektywą finansową. Budżety roczne UE są uchwalane z równoczesnym uwzględnieniem długoterminowych ram finansowych, które są sporządzane na co najmniej 5-letnie okresy, i które pozwalają na podejmowanie wspólnych działań o dłuższym niż roczny horyzoncie czasowym. W związku z tym wydatki zawarte w perspektywie finansowej są podzielone na grupy odzwierciedlające główne priorytety przyjęte przez kraje Unii Europejskiej, przy czym w odniesieniu do każdej z grup określany jest pułap, jeśli chodzi o zobowiązania dotyczące wydatków na dany rok budżetowy.¹⁷⁸

II. Struktura prawa finansowego Unii Europejskiej

Wysoki poziom skomplikowania struktur prawa finansowego Unii Europejskiej wynika głównie z tego, że normy składające się na owe prawo mają niejednolity charakter. Specyfika prawa finansowego polega na złożonym charakterze unijnych regulacji, ich klasyfikacja może odbywać się według różnych kryteriów, a w szczególności: kryterium przedmiotu (zakresu) regulacji, kryterium adresatów, kryterium obowiązywania i stosowania. Równocześnie kryteriami tymi można posłużyć dla określenia struktury prawa finansowego Unii. Należy jednak zaznaczyć, iż kluczowym kryterium jest przedmiot (zakres) regulacji prawa finansowego, z którym istotnie wiąże się również kryterium adresatów. Uzasadnione to jest podziałem kompetencji Unii na wyłączne i dzielone oraz koordynacją polityki gospodarczej. Istotne jest również to, że kryterium obowiązywania i stosowania prawa finansowego UE. Uwzględniając zatem treść przepisów regulujących finanse publiczne Unii Europejskiej, jej prawo finansowe może być rozpatrywane w znaczeniu *sensu stricto* i *sensu largo*. Na prawo finansowe Unii Europejskiej w sensie *sensu stricto* przede wszystkim będą składały się przepisy dotyczące finansów Unii jako odrębnej organizacji. Należy zaznaczyć również, że są one powiązane z politykami realizowanymi w formie jednolitej. Istotnym jest, że przepisy owe dotyczą ustroju walutowego Unii, bankowości centralnej oraz jej gospodarki finansowej, opartej zarówno na budżecie ogólnym, jak i na pozostałych instytucjach pozabudżetowych. Precyzując zakres prawa finansowego Unii Europejskiej *sensu stricte*, należy wskazać, iż znajdują się w nim regulacje prawne dotyczące:

¹⁷⁷L. Skiba „Nowa Konfederacja”, nr 20, 20 – 26, luty 2014 – dostępne na www.nowakonfederacja.pl – dostęp z dnia 19.10.2015r.

¹⁷⁸A. Wernik, „Finanse publiczne”, PWE, Warszawa, 2011, s. 187 -198.

- unii gospodarczej i walutowej, opartej na wspólnej walucie euro;
- funkcjonowania Europejskiego Systemu Banków Centralnych na czele z Europejskim Bankiem Centralnym;
- wieloletniego planowania finansowego, którego głównym instrumentem są wieloletnie ramy finansowe (perspektywy finansowe);
- budżetu ogólnego UE, w szczególności jego dochodów, wydatków (w tym instrumentów finansowych), procedury uchwalania i wykonywania budżetu, absolutorium i kontroli budżetowej;
- pozabudżetowych instytucji i instrumentów finansowych, np. agencji wykonawczych, zdecentralizowanych agencji unijnych, Europejskiego Banku Inwestycyjnego, Europejskiego Funduszu Inwestycyjnego, Europejskiego Funduszu Rozwoju;
- ochrony interesów finansowych Unii;
- unii celnej.¹⁷⁹

Owe przepisy są skierowane zarówno do organów Unii, jak i do państw członkowskich. Dla organów stanowią one regulację, których przedmiotem jest ustroj finansowy UE. Natomiast przestrzeganie norm prawno-finansowych tej grupy przez państwa członkowskie jest uzasadnione ich przynależnością do UE, czego konsekwencją jest realizacja przyznanych im praw oraz podleganie nałożonym obowiązkom, np. przekazywanie dochodów do budżetu unijnego, wydatkowanie środków z budżetu unijnego w ramach określonych funduszy.¹⁸⁰

Natomiast prawo finansowe Unii Europejskiej w sensie *sensu largo* poza regulacjami dotyczącymi ustroju finansowego Unii, obejmują również te, które służą budowie rynku wewnętrznego oraz realizacji zasad swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Adresatów owej grupy przepisów stanowią przede wszystkim państwa członkowskie i do ich podstawowych obowiązków będzie należeć albo realizacja norm wynikających bezpośrednio z aktów prawnych Unii, albo podejmowanie czynności implementacyjnych prawa unijnego oraz zapewnienie jego skuteczności w krajowych porządkach prawnych. Owe przepisy zatem będą kierowane tylko do państw członkowskich. Rola instytucji unijnych sprowadzać się będzie do sprawowania kontroli nad wykonywaniem tych obowiązków oraz stosowania przymusu prawnego wobec państw, które dopuściły się naruszeń w tym zakresie.

¹⁷⁹M. Tyniewicz, „Specyfika i zakres prawa finansowego Unii Europejskiej”, [w:] „Prawo budżetowe państwa samorządu”, nr 2(3)2015, s. 32-33.

¹⁸⁰Art. 59 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.Urz. UE z dnia 26.10.2012 r., L 298, s. 1 ze zm.).

Pośród grupy regulacji prawa finansowego UE *sensu largo*, czyli wyłącznie kierowanych do państw członkowskich, można wskazać na te, które w szczególności dotyczą:

- spełnienia kryteriów konwergencji;
- przestrzegania tzw. wartości referencyjnych deficytu budżetowego i długu publicznego państw członkowskich;
- sprawowania nadzoru budżetowego w państwach członkowskich w różnych aspektach, np. planowania budżetowego, przekazywania programów i sprawozdań, realizacji procedur nadmiernego zakłócenia równowagi makroekonomicznej w państwach członkowskich;
- harmonizacji podatkowej oraz współpracy administracyjnej w sprawach podatkowych;
- jednolitego rynku finansowego UE.¹⁸¹

III. Podstawy tworzenia budżetu UE

W procesie przygotowywania projektu budżetu Unii Europejskiej uczestniczą głównie instytucje unijne, których wydatków dotyczy owy budżet np. biura, urzędy, centra badawcze, zarządy funduszy itp. Owe instytucje są zobligowane do sporządzenia preliminarzy wydatków oraz do przedstawienia ich Komisji w nieprzekraczalnym terminie do 1 lipca roku poprzedzającego określony rok budżetowy.¹⁸² Następnie Komisja Europejska łączy otrzymane preliminarze wydatków we wstępny projekt budżetu Unii Europejskiej. Do kompetencji Komisji należy również zaopiniowanie preliminarzy, co może przyjąć również formę przedstawienia innych wariantów preliminarzy. Istotnym jest również, iż Komisja Europejska opracowuje stronę dochodową projektu budżetu i zestawia ją ze stroną wydatkową w jedną całość jako wstępny projekt budżetu ogólnego Unii Europejskiej. Celem projektu budżetu Unii jest ukazanie aktualnych wymagań UE z zakresu finansowania. Należy zaznaczyć, że wstępny projekt budżetu uwzględnia również:

1. Przedstawione przez państwa członkowskie prognozy w odniesieniu do funduszy strukturalnych;
2. Możliwość wykorzystania przydziału środków, dążąc do zachowania ścisłej zależności pomiędzy środkami na pokrycie zobowiązań i środkami na pokrycie płatności;
3. Możliwość uruchamiania nowych polityk przez projekty pilotażowe, nowe działania przygotowawcze bądź kontynuację dobiegających końca działań wieloletnich;

¹⁸¹M. Tyniewicki, „Specyfika i zakres...”, *op. cit.*, s. 34-35.

¹⁸²J. W. Tkaczyński, G. Rosmann, „Fundusze Unii Europejskiej”, Białystok 2013, s. 14-21.

4. Konieczność zapewnienia aby wszelkie zmiany wydatków w stosunku do poprzedniego roku były zgodne z ograniczeniami wynikającymi z dyscypliny budżetowej.¹⁸³

Natomiast w przypadku wydatków obligatoryjnych Komisja Europejska, przedstawiając swój wstępny projekt budżetu powinna określić środki związane z nowym bądź planowanym prawodawstwem oraz środki wynikające z zastosowania prawodawstwa obowiązującego w momencie przyjmowania poprzedniego budżetu. Należy zaznaczyć, iż Komisja jest zobligowana do dokonania dokładnego oszacowania skutków finansowych zobowiązań UE. W przypadku zaistnienia konieczności Komisja aktualizuje swoje prognozy w trakcie trwania procedury budżetowej, przedstawiając władzy budżetowej stosowne uzasadnienie. Jednak propozycje zmian mogą być przedstawione wyłącznie do końca października.¹⁸⁴

Następnie Komisja przedkłada wniosek zawierający projekt budżetu Parlamentowi Europejskiemu i Radzie nie później niż 1 września roku poprzedzającego rok, w którym budżet ma być wykonywany. Komisja może zmieniać projekt budżetu w toku procedury do czasu powołania komitetu pojednawczego. Rada przyjmuje stanowisko w sprawie projektu budżetu i przekazuje je Parlamentowi Europejskiemu nie później niż 1 października roku poprzedzającego rok, w którym budżet ma być wykonywany. Rada w pełni informuje Parlament Europejski o powodach, które doprowadziły ją do przyjęcia jej stanowiska.¹⁸⁵ W sprawie projektu budżetu Rada przekazuje swoje stanowisko Parlamentowi w terminie do 1 października roku poprzedzającego dany rok budżetowy. Zachowanie owego terminu ma pomóc w realizacji zasady uprzedniości, zgodnie z którą budżet UE powinien zostać przyjęty przed rozpoczęciem roku budżetowego, którego dotyczy. W związku z tym, jeżeli Rada planuje zmienić wstępny projekt budżetu, to powinna wcześniej przeprowadzić konsultacje z Komisją oraz z innymi zainteresowanymi instytucjami. Istotne jest to, iż przed ponownym czytaniem w Radzie Komisja przesyła do Przewodniczącego Komisji Budżetowej Parlamentu Europejskiego wraz z kopią do Rady zawierające uwagi na temat wykonalności zmian do projektu budżetu, który został przyjęty przez Parlament Europejski w pierwszym czytaniu.¹⁸⁶

¹⁸³C. Kosikowski, „Finanse i prawo finansowe Unii Europejskiej”, Warszawa 2014, s. 120-121.

¹⁸⁴*Ibidem*, s. 122.

¹⁸⁵Dz.U.2004.90.864/2 - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - tekst skonsolidowany uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, art. 314 ust. 2 i 3.

¹⁸⁶C. Kosikowski, „Finanse i prawo... op. cit. s. 122.

Istnieje znacząca różnica pomiędzy budżetem UE a budżetem państwa, mianowicie ostateczne uchwalenie budżetu ogólnego UE przez Parlament Europejski różni się od analogicznych czynności wykonywanych na świecie przez parlamenty państw, mimo iż idea decydowania o dochodach i wydatkach UE bądź poszczególnych państw jest taka sama. Główna różnica polega na tym, że władztwo Parlamentu Europejskiego jest nieporównywalnie mniejsze od władztwa parlamentarnego współczesnych państw, a przynajmniej ich większości. Kolejne różnice wynikają z tego, że w procesie uchwalania budżetu ogólnego UE mogą wystąpić dwie sytuacje. Pierwsza, to że Parlament Europejski w terminie 42 dni od dnia przedłożenia mu przez Radę projektu budżetu zatwierdzi stanowisko Rady lub nie podejmie decyzji w tej sprawie, to wówczas budżet zostaje przyjęty bądź uważa się go za przyjęty, co stwierdza i ogłasza przewodniczący Parlamentu Europejskiego. W drugiej sytuacji Parlament w terminie 42 dni od dnia otrzymania projektu ogólnego Rady dokonuje w nim zmian bądź przyjmuje większością głosów własne poprawki. W takiej sytuacji projekt budżetu powraca do Rady i Komisji. Równocześnie przewodniczący Parlamentu Europejskiego w porozumieniu z przewodniczącym Rady niezwłocznie zwołuje komitet pojednawczy. W takiej sytuacji możliwe są tylko dwa alternatywne zakończenia. Mianowicie, w terminie 10 dni od przekazania Radzie projektu budżetu wraz z poprawkami Parlamentu Europejskiego, Rada poinformuje Parlament Europejski o przyjęciu wszystkich jego poprawek. W takim przypadku budżet ogólny uważa się za przyjęty w wersji zaaprobowanej przez Parlament Europejski. Alternatywnym rozwiązaniem jest sytuacja, kiedy do przyjęcia budżetu w sposób uprzednio opisany nie dojdzie i konieczne będzie zwołanie posiedzenia komitetu pojednawczego. Składa się on w równej liczbie z członków/przedstawicieli Rady i Parlamentu Europejskiego. Komisja z kolei uczestniczy w pracach komitetu pojednawczego przez podejmowanie wszelkich inicjatyw mających na celu osiągnięcie porozumienia w kwestii wspólnego projektu budżetu w terminie 21 dni liczonych od dnia zwołania posiedzenia komitetu pojednawczego. To jak dana sprawa się dalej potoczy uzależnione jest od powodzenia w zakresie doprowadzenia do porozumienia w sprawie wspólnego projektu budżetu. W sytuacji, gdy w terminie do 21 dni od dnia zwołania posiedzenia komitetu pojednawczego nie doprowadzi on do porozumienia w sprawie wspólnego projektu, to wówczas prace nad projektem budżetu należy rozpocząć od początku, gdyż Komisja jest zobowiązana do przedłożenia nowego projektu budżetu. Natomiast w sytuacji gdy do porozumienia dojdzie to Parlament Europejski i Rada w terminie

14 dni od daty owego porozumienia muszą przyjąć wspólny projekt budżetu. Prowadzi to do ostatecznego przyjęcia budżetu ogólnego Unii Europejskiej.¹⁸⁷ Jednak jeżeli obydwie instytucje nie przyjmą wspólnego projektu budżetu UE to powstają kolejne alternatywne rozwiązania.

1. Parlament Europejski i Rada zatwierdzą wspólny projekt lub nie podejmą decyzji, lub jeżeli jedna z tych instytucji zatwierdzi wspólny projekt, podczas gdy druga nie podejmie decyzji, budżet uznaje się za ostatecznie przyjęty zgodnie ze wspólnym projektem; lub
2. Parlament Europejski, stanowiąc większością głosów wchodzących w jego skład członków, i Rada odrzuca wspólny projekt, lub jedna z tych instytucji odrzuci wspólny projekt, podczas gdy druga nie podejmie decyzji, Komisja przedkłada nowy projekt budżetu; lub
3. Parlament Europejski, stanowiąc większością głosów wchodzących w jego skład członków, odrzuci wspólny projekt, podczas gdy Rada go zatwierdzi, Komisja przedkłada nowy projekt budżetu; lub
4. Parlament Europejski zatwierdzi wspólny projekt, podczas gdy Rada go odrzuci, Parlament Europejski może, w terminie czternastu dni od dnia odrzucenia projektu przez Radę i stanowiąc większością głosów wchodzących w jego skład członków i trzech piątych oddanych głosów, zdecydować o potwierdzeniu wszystkich lub niektórych poprawek. Jeżeli którakolwiek z poprawek Parlamentu Europejskiego nie zostanie potwierdzona, stanowisko uzgodnione w ramach komitetu pojednawczego w sprawie linii budżetowej, która jest przedmiotem tej zmiany, zostaje utrzymane. Budżet uznaje się za ostatecznie przyjęty na tej podstawie.¹⁸⁸

Jeżeli w terminie dwudziestu jeden dni, komitet pojednawczy nie doprowadzi do porozumienia w sprawie wspólnego projektu, Komisja przedkłada nowy projekt budżetu. W przypadku gdy procedura przewidziana w niniejszym artykule została zakończona, przewodniczący Parlamentu Europejskiego stwierdza, że budżet jest ostatecznie przyjęty.¹⁸⁹

IV. Zakres budżetu ogólnego Unii Europejskiej

Zgodnie z zasadami jedności i rzetelności budżetowej, a także zupełności budżet ma swoim zakresem obejmować wszystkie dochody i wydatki Unii Europejskiej oraz

¹⁸⁷ *Ibidem*, s. 122-123.

¹⁸⁸ Dz.U.2004.90.864/2 - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, *op. cit.* art. 314 ust 7.

¹⁸⁹ *Ibidem*, art. 314 ust. 8 i 9.

Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. Wskazuje się na wysoki stopień realizacji tej zasady – w budżecie ogólnym wykazuje się ponad 95% wszystkich dochodów i wydatków UE. Należy zaznaczyć, iż w budżecie ogólnym wykazuje się dochody i wydatki UE łącznie z wydatkami administracyjnymi instytucji przewidzianymi w postanowieniach Traktatu o Unii Europejskiej, które odnoszą się do wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, a także łącznie z wydatkami operacyjnymi poniesionymi przy wykonywaniu tych postanowień, jeżeli są one pokrywane z budżetu.¹⁹⁰ Zarówno dochody jak i wydatki Unii Europejskiej obejmują dochody i wydatki jej instytucji, np. Parlament Europejski, Rada Europejska, Rada UE, Komisja Europejska, Trybunał Sprawiedliwości UE, Trybunał Obrachunkowy, Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, Komitet Regionów, Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich, Europejski Inspektor Ochrony Danych oraz Europejska Służba Działań Zewnętrznych. Należy zaznaczyć, iż w budżecie UE ujmuje się również dochody i wydatki niektórych unijnych jednostek organizacyjnych, pozostających w strukturach administracyjnych instytucji UE, zwłaszcza Komisji. Jednostkami tymi są urzędy europejskie. Do urzędów europejskich zalicza się: Urząd Publikacji, Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych, Europejski Urząd Doboru Kadr i Europejską Szkołę Administracji, Urząd Administracji i Wypłacania Należności Indywidualnych, Urzędy Infrastruktury i Logistyki w Brukseli i Luksemburgu. Istotnym jest również fakt, iż w budżecie ogólnym nie wykazuje się dochodów i wydatków jednostek organizacyjnych UE posiadających odrębną osobowość prawną takich, jak: agencje wykonawcze, agencje zdecentralizowane, wspólne przedsiębiorstwa i inne tego rodzaju podmioty. Podmioty te posiadają swoje własne budżety operacyjne, które są publikowane w Dzienniku Urzędowym UE serii C. Owe podmioty głównie finansowane są z budżetu ogólnego, w którym wykazuje się wydatki na ich rzecz (w sekcji Komisji w tytułach i rozdziałach właściwych dla przedmiotu ich działalności) czy dokonywane przez nie zwroty z tytułu osiągniętych nadwyżek. Ponadto należy zaznaczyć, że w budżecie ogólnym nie wykazuje się operacji pożyczkowych UE. Działalność pożyczkowa Unii Europejskiej polega przede wszystkim na pozyskiwaniu środków na rynkach finansowych oraz udostępnianiu ich w formie pożyczek udzielanych przez Unię Europejską na działania podejmowane w krajach członkowskich i krajach trzecich. W związku z wysoką wiarygodnością może ona pozyskiwać środki na korzystniejszych warunkach niż państwa, którym udziela pożyczek.

¹⁹⁰M. Tyniewicz, „Znaczenie klasycznych zasad budżetowych w budżecie ogólnym Unii Europejskiej”, [w:] „Finanse publiczne i prawo finansowe. Realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu”, Białystok 2012, s. 213.

Kwestie zaciągania i udzielania pożyczek są realizowane równolegle i są naturalnym zjawiskiem dla budżetu, pod warunkiem, że nie zajdzie potrzeba uruchomienia gwarancji budżetu dla owych operacji. Działalność pożyczkowa UE ma inny cel niż działalność pożyczkowa państw członkowskich, gdyż np. Polska, zaciągając pożyczki głównie na pokrycie deficytu budżetowego, natomiast Unia Europejska traktuje działalność pożyczkową jako instrument realizacji swoich celów. Należy również zaznaczyć, iż w budżecie ogólnym zapisuje się gwarancje związane z działalnością pożyczkową Unii. Wykazuje się potencjalne wydatki z budżetu ogólnego w przypadku, gdy beneficjent pożyczki zaprzestałby jej spłacania, co doprowadziłoby do uruchomienia gwarancji budżetowych, a także wykazuje się dochody pochodzące z kwot odzyskanych od pożyczkobiorców opisanej powyżej sytuacji, gdy została już uruchomiona gwarancja. Dla zabezpieczenia budżetu ogólnego przed każdorazowym uruchamianiem gwarancji w sytuacji niewywiązywania się odbiorcy pożyczki z obowiązku spłaty utworzony został Fundusz Gwarancyjny dla działań zewnętrznych.¹⁹¹

V. Realizacja budżetu ogólnego Unii Europejskiej

W przypadku gospodarowania środkami finansowymi Unii Europejskiej obowiązuje zasada należytego zarządzania finansami. Za należyte zarządzanie finansami należy rozumieć takie zarządzanie, które opiera się na zasadzie gospodarności, efektywności, skuteczności, ochrony interesów finansowych, proporcjonalności kosztów administracyjnych, a także na zasadzie przejrzystości procedur. Jednak zasada należytego zarządzania finansami odnosi się również do wykonywania budżetu Unii przez Komisję i każdą instytucję korzystającą ze środków unijnych, a także przez państwa członkowskie. Zadanie Komisji polega na wykonaniu budżetu zgodnie z obowiązującymi przepisami, na własną odpowiedzialność i w granicach przyznaných środków. Państwa członkowskie są zobligowane do współpracy z Komisją w celu zapewnienia wykorzystania środków w sposób zgodny z zasadami należytego zarządzania finansami.¹⁹² Jedną z istotniejszych zasad jest to, iż środki przewidziane w budżecie Unii na jakiegokolwiek działanie mogą zostać wykorzystane dopiero po przyjęciu tzw. aktu podstawowego, który to jako akt prawny stanowi podstawę dla danego działania, a także do wykonania odpowiednich wydatków określonych w budżecie. O ile działania, które finansowane mają być z budżetu Unii Europejskiej podlegają kompetencji Unii to na zasadzie wyjątku mogą one być finansowane również

¹⁹¹M. Cilak, „Zakres i struktura ...”, *op. cit.*, s. 45 -47.

¹⁹²M. Czarnielewska-Rutkowska, „Budżet ogólny Unii Europejskiej. Stan obecny i perspektywy.” Warszawa 2007, s. 64.

bez wcześniejszego przyjęcia aktu podstawowego. Należy również zaznaczyć, iż istnieje zasada zakazu podejmowania jakichkolwiek działań, które mogłyby spowodować powstanie konfliktu interesów beneficjentów wydatków budżetowych z interesami Unii Europejskiej. W sytuacji wystąpienia takowej sytuacji dany beneficjent jest zobligowany do rezygnacji z wykonywania owych działań oraz do przekazania sprawy właściwemu organowi.¹⁹³

Rozpatrując pod względem organizacyjnym wykonywanie budżetu Unii Europejskiej możemy wyróżnić trzy metody jego wykonywania. Komisja bowiem wykonuje budżet ogólny UE zgodnie z jedną z następujących metod:

- bezpośrednio, przy pomocy swoich służb lub za pośrednictwem agencji wykonawczych;
- w trybie zarządzania dzielonego z państwami członkowskimi (zarządzanie dzielone);
- pośrednio – tylko jeśli tak przewiduje akt podstawowy.¹⁹⁴

Należy jednak zaznaczyć, iż nie zmienia to faktu, że w każdym wypadku Komisja jest odpowiedzialna za wykonanie budżetu oraz za powierzenie go innym podmiotom i osobom. Wykonywanie budżetu ogólnego Unii Europejskiej przez Komisję dotyczy głównie gromadzenia dochodów budżetowych UE oraz przekazywania na rzecz właściwych organów i instytucji, a także funduszy środków przeznaczonych na wydatki tych podmiotów ujęte w budżecie UE. Istotnym jest fakt, iż Komisja uprawniona jest do dyscyplinowania państw członkowskich i innych beneficjentów budżetu UE w zakresie rozliczeń finansowych z tym budżetem. W sytuacji gdy Komisja wykonuje budżet bezpośrednio, zadania wykonawcze są realizowane bezpośrednio przez jej służby bądź za pośrednictwem agencji wykonawczych.¹⁹⁵

W sytuacji, gdy Komisja wykonuje budżet na zasadzie zarządzania dzielonego zadania wykonawcze są przekazywane państwom członkowskim. W szczególności metoda ta ma zastosowanie do działań dotyczących funduszy strukturalnych, a także przy finansowaniu badań. Z kolei na państwach członkowskich spoczywa wówczas obowiązek stworzenia podstaw prawnych zapewniających, że działania finansowane z budżetu Unii Europejskiej są przeprowadzane i prawidłowo wdrażane oraz zapobiegają niesprawiedliwością i nadużyciom finansowym i umożliwiają odzyskanie środków nienależnie wypłaconych, a także są jawne, gdy chodzi o wykorzystanie środków przez beneficjentów. Państwa członkowskie są zobligowane również do ustanowienia skutecznego

¹⁹³C. Kosikowski, „Finanse i prawo... *op. cit.* s. 127 – 128.

¹⁹⁴*Ibidem*, s. 128.

¹⁹⁵M. Czarnielewska-Rutkowska, „Budżet ogólny... *op. cit.*, s. 66.

systemu kontroli wewnętrznej i zewnętrznej, a także dochodzenia roszczeń na drodze postępowania sądowego. Należy wskazać również, że na państwach członkowskich spoczywają również obowiązki odnośnie stosowania efektywnego systemu rachunkowości i składania sprawozdań oraz publikowania danych o wykorzystaniu środków Unii Europejskiej. Istotny jest również fakt, iż w sytuacji wykonywania przez Komisję budżetu UE na zasadzie zarządzania pośredniego, zadania wykonawcze mogą być przekazywane różnym podmiotom, np.:

- państwom trzecim bądź organom przez nie wyznaczonym;
- organizacjom międzynarodowym i ich agencjom,
- EBI i Europejskiemu Funduszowi inwestycyjnemu;
- organom publicznym;
- organom, które podlegają prawu prywatnemu i mają obowiązek świadczenia usługi publicznej, o ile przedstawiają one odpowiednie gwarancje finansowe;
- organom, które podlegają prawu prywatnemu państwa członkowskiego, którym powierza się realizację partnerstwa publiczno-prywatnego i które przedstawia odpowiednie gwarancje finansowe;
- osobom, którym powierza się wykonanie odpowiednich działań w ramach polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, określonym w akcie podstawowym.¹⁹⁶

Wyżej wymienione podmioty w trakcie zarządzania unijnymi środkami finansowymi mają zapewniać właściwy poziom ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej, z równoczesnym uwzględnieniem charakteru powierzonych im zadań i związanych z nimi kwot i biorąc pod uwagę rodzaj występującego ryzyka finansowego oraz poziom wiarygodności.¹⁹⁷

W tej kwestii istotne są również zasady dotyczące udzielania zamówień, które są określone w dyrektywach zamówień publicznych. Głównym założeniem procedur zamówień publicznych jest zapewnianie możliwości udziału jak największej liczbie podmiotów zdolnych do realizacji danego zamówienia, a także jednakowe i pozbawione dyskryminacji traktowanie wszystkich oferentów. Należy zaznaczyć, iż Komisja jest zobligowana do sprawowania odpowiedniej kontroli nad wykonywaniem budżetu, nawet w przypadku gdy nie jest on wykonywany centralnie, ani też bezpośrednio przez jej służby. W sytuacji zlecania określonych zadań na zewnątrz w ramach tzw. pośredniego zarządzania scentralizowanego, tj. kiedy Komisja powierza agencjom bądź innym zatwierdzonym

¹⁹⁶C. Kosikowski, „Finanse i prawo... op. cit. s. 128-129.

¹⁹⁷*Ibidem*, s. 129.

organom zadania związane z wykonywaniem budżetu, obowiązują ściśle zasady. Natomiast wykonanie budżetu powierza się państwom trzecim wyłącznie w sytuacji, gdy Komisja ma pewność, że owe kraje będą wykonywać budżet zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami należytego zarządzania finansami. Takie przekazanie kompetencji wykonania budżetu stanowi formę zarządzania zdecentralizowanego. W przypadku odzyskiwania kwot, które zostały wypłacone niesłusznie, kompetencje w tym zakresie przysługują Komisji jednak istotną rolę w tym zakresie odgrywają również państwa członkowskie, ponieważ są one odpowiedzialne za ochronę interesów finansowych Unii Europejskiej w takim samym stopniu jak za kontrolę własnych budżetów krajowych. Przy realizacji tego założenia współpracują one z Komisją i Europejskim Urzędem ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych (OLAF), którego zadaniem jest prowadzenie dochodzeń w sprawach o nadużycie oraz pomoc w nadawaniu prawodawstwu UE takiego kształtu, aby uniemożliwiało ono popełnianie nadużyć.¹⁹⁸

VI. Struktura budżetu ogólnego

Możemy wyróżnić poziomą i pionową strukturę budżetu ogólnego Unii Europejskiej. Struktura pozioma jest związana z wykazywaniem dochodów i wydatków poszczególnych instytucji ujętych w budżecie. Zatem wyrazem struktury poziomej jest podział budżetu na ogólne zestawienie dochodów i wydatków oraz oddzielne sekcje dla każdej instytucji Unii w rozumieniu rozporządzenia nr 966, zawierające zestawienia dochodów i wydatków. Jednak to dopiero struktura pionowa stanowi właściwą klasyfikację budżetową, gdyż jest związana z istnieniem ogólnych i szczegółowych podziałek klasyfikacyjnych, zwanych w prawie budżetowym UE liniami budżetowymi.¹⁹⁹ Podziałkami o charakterze ogólnym są tytuły i rozdziały a w ramach rozdziałów wyróżniamy również szczegółowe podziałki klasyfikacyjne, czyli artykuły i pozycje. Dla instytucji innych niż Komisja dochody i wydatki klasyfikowane są zgodnie z ich rodzajem lub przeznaczeniem w ramach tytułów, rozdziałów, artykułów i pozycji. W przypadku Komisji powyższa klasyfikacja dotyczy dochodów, natomiast wydatki w sekcji Komisji są klasyfikowane według celu, zgodnie z nomenklaturą. W ramach tytułów mogą być zawarte środki operacyjne oraz środki na wydatki administracyjne. Te ostatnie są co do zasady grupowane w ramach tytułu w jednym rozdziale. W odrębnym tytule mogą być zawarte rezerwy, tzw. środki tymczasowe. Mogą być one również tworzone w każdej sekcji. Środki w ramach tego tytułu mogą być wykorzystane po dokonaniu ich przesunięcia do właściwej podziałki klasyfikacyjnej.

¹⁹⁸M. Czarnielewska-Rutkowska, „Budżet ogólny... *op. cit.*, s. 69.

¹⁹⁹M. Tyniewicz, „Znaczenie klasycznych zasad...”, *op. cit.*, s. 218.

Należy również zaznaczyć, iż sekcja Komisji może obejmować rezerwę ujemną, która wynosi maksymalnie 200.000.000 euro. Zawiera ona tylko środki na płatności i jest zapisywana w oddzielnym tytule. Utworzenie owej rezerwy nie jest obowiązkowe. Rezerwa ta musi być wykorzystana przed końcem roku budżetowego w drodze przesunięć środków. W szczególności może być ona wykorzystana dla zrównoważenia budżetu. Należy zaznaczyć również, iż sekcja Komisji obejmuje rezerwę na pomoc nadzwyczajną dla państw trzecich.²⁰⁰

Elementem budżetu ogólnego stanowią również plany zatrudnienia personelu w poszczególnych instytucjach oraz jednostkach organizacyjnych -zarówno takich, których dochody i wydatki są ujęte w budżecie ogólnym oraz tych posiadających własne budżety. Owe wykazy przedstawiają liczbę stanowisk stałych i tymczasowych, a także odpowiadające im grupy funkcjonujące wraz ze stopniami zaszerzegowania dla bieżącego roku budżetowego i roku ubiegłego. Znajdują się one w każdej sekcji budżetu. Ważne jest to, że plany zatrudnienia zawierają dane o charakterze niefinansowym, czyli obok planów zatrudnienia w budżecie wykazuje się także wydatki na utrzymanie personelu poszczególnych instytucji i jednostek organizacyjnych. Należy zaznaczyć, iż do budżetu ogólnego dołączane są załączniki, w których ujmuje się:

- działania Unii, w których uczestniczą państwa EFTA;
- orientacyjne dane nt. bieżących operacji finansowych i obsługi zadłużenia;
- informacje nt. instrumentów finansowych;
- dochody i wydatki każdego urzędu europejskiego;
- wszelkie inne stosowne dokumenty.²⁰¹

²⁰⁰M. Cilak, „Zakres i struktura ...”, *op. cit.*, s. 49-50.

²⁰¹*Ibidem*, s. 51.

Bibliografia

1. Dz.U.2004.90.864/2 - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - tekst skonsolidowany uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony
2. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.Urz. UE z dnia 26.10.2012 r., L 298, s. 1 ze zm.).
3. Cilak M., *„Zakres i struktura budżetu ogólnego UE”*, [w:] *„Prawo budżetowe państwa i samorządu”*, nr 2(2)2014,
4. Czarnielewska-Rutkowska M., *„Budżet ogólny Unii Europejskiej. Stan obecny i perspektywy.”* Warszawa 2007
5. Kosikowski C., *„Finanse i prawo finansowe Unii Europejskiej”*, Warszawa 2014
6. Skiba L. *„Nowa Konfederacja”*, nr 20, 20 – 26, luty 2014
7. Tkaczyński J. W., Rosmann G., *„Fundusze Unii Europejskiej”*, Białystok 2013
8. Tyniewicki M., *„Specyfika i zakres prawa finansowego Unii Europejskiej”*, [w:] *„Prawo budżetowe państwa i samorządu”*, nr 2(3)2015
9. Tyniewicki M., *„Znaczenie klasycznych zasad budżetowych w budżecie ogólnym Unii Europejskiej”*, [w:] *„Finanse publiczne i prawo finansowe. Realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu”*, Białystok 2012
10. Wernik A., *„Finanse publiczne”*, Warszawa, 2011

Rozdział VI
Zmowa przetargowa jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający
na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom
-aspekty teoretycznoprawne

mgr Kurek Natalia²⁰²

Collusion tender as an act of unfair competition, which consists of obstructing access to the market is regulated by the Law on Unfair Competition Act and the Competition and Consumer Protection. The issue of bid rigging is a concern doctrine, as well as analysis of the case law of common courts and the Supreme Court. This work consists of three main chapters and a conclusion. The first chapter deals with the act of unfair competition. It was made interpretation of the concept of unfair competition. The second chapter is devoted to the problems hindering access to the market, which is the tort of unfair competition. The third chapter concerns the bid-rigging.

Wstęp

Zmowa przetargowa jako czyn nieuczciwej konkurencji, który polega na utrudnianiu dostępu do rynku została uregulowana w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Problematyka zmywy przetargowej jest przedmiotem zainteresowania doktryny, a także analizy orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Niniejsza praca składa się z trzech zasadniczych rozdziałów i zakończenia. Pierwszy rozdział traktuje o czynie nieuczciwej konkurencji. Została w nim dokonana wykładnia pojęcia nieuczciwej konkurencji. Drugi rozdział został poświęcony problematyce utrudniania dostępu do rynku, który stanowi delikt nieuczciwej konkurencji. *In fine* trzeci rozdział dotyczy zmywy przetargowej.

W niniejszej pracy uwzględniono stan prawny na dzień 28 grudnia 2016 r.

²⁰²**Mgr Kurek Natalia** - doktorantka w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się wokół teorii prawa, alternatywnych metod rozwiązywania sporów, praw człowieka oraz prawa i postępowania administracyjnego. Prelegentka na konferencjach międzynarodowych, ogólnopolskich, regionalnych i lokalnych.

I. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji

Art.3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta²⁰³. Wspomniany przepis stanowi klauzulę generalną. Ma fundamentalne znaczenie dla systematyki aktu prawnego, jak również dla ochrony przed nieuczciwą konkurencją. Przepis odsyła do systemu ocen i norm pozaprawnych przerzucając na sędziego ocenę prezentowanego stanu faktycznego²⁰⁴.

Klauzula generalna spełnia trzy funkcje: definiującą (definitywną), uzupełniającą i korygującą (korekcyjną)²⁰⁵. Art.3 ust. 1 wspomnianej ustawy zawiera definicję czynu nieuczciwej konkurencji. W ten sposób wyraża się funkcja definitywna. Sprecyzowanie i dookreślenie hipotezy art.3 ust.1 następuje przede wszystkim dzięki rozwojowi orzecznictwa, a zwłaszcza „dookreśleniu” przezeń pojęcia dobrych obyczajów²⁰⁶. Zawarta w przepisie norma prawna wyznacza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurowania przedsiębiorców. Dokonane na gruncie art.3 ust. 2 ustawy wyliczenie typów czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy. *Ergo* jest to katalog otwarty. Z punktu widzenia ustawodawcy trudno jest przewidzieć i zdefiniować zachowania naruszające uczciwą konkurencję. Rodzimy ustawodawca celowo posłużył się klauzulą generalną, aby objąć zakresem zastosowania ustawy wszelkie działania przedsiębiorców sprzeczne z prawem²⁰⁷.

W przypadku, gdy przedsiębiorca w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dopuści się czynu, który nie może zostać podciągnięty pod żaden przepis szczegółowy ustawy to ocena tych czynów powinna być dokonywana w oparciu o art.3 ust. 1 ustawy. W ten sposób realizowana jest funkcja uzupełniająca klauzuli generalnej. Funkcja ta jest wyraźnie aprobowana przez orzecznictwo. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r. sygn. akt I CKN 1319/00; Naśladownictwo z art.3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być zakwalifikowane jako delikt nieuczciwej konkurencji, na podstawie klauzuli dobrych obyczajów z art.3 ust. 1 ustawy, jednakże po wykazaniu istotnych-z punktu widzenia prawa konkurencji-okoliczności przesądzających o naganności postępowania

²⁰³Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211. Na potrzeby niniejszego artykułu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji będzie nazywana ustawą.

²⁰⁴Zob. L. Leszczyński, *Właściwości posługiwania się klauzulami generalnymi w prawie prywatnym. Perspektywa zmiany trendu*, KPP 1995, z.3, s.289-291.

²⁰⁵Zob. J. Szwaja, K. Jasińska, *Czyn nieuczciwej konkurencji* [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, red. J. Szwaja, Warszawa 2013, s.137.

²⁰⁶*Ibidem*, s.138.

²⁰⁷Zob. J. Preussner-Zamroska, *Problematyka klauzul generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, KKP 1998, z.4, s.97 i n.

w stopniu uzasadniającym zastosowanie klauzuli dobrych obyczajów²⁰⁸. Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 20 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 1128/08 stwierdził, że; Odwoływanie się do klauzuli generalnej z art.3 ust.1 jest uzasadnione, gdy rozdział 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie typizuje konkretnego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji²⁰⁹.

Mając na względzie istniejące obecnie warunki konkurowania w działalności gospodarczej i brak wystarczającego dorobku orzecznictwa w tym zakresie, a także treść art.5 k.c. i art.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy przypisać klauzuli generalnej funkcję korygującą²¹⁰. Nawet gdy konkretny stan faktyczny spełnia przesłanki z przepisu szczegółowego ustawy to nienależy zakwalifikować jego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Przepisy rozdziału drugiego ustawy zostały zredagowane z punktu sytuacji typowych. Wówczas można odwołać się do art.5 Kodeksu cywilnego²¹¹. Jednakże nie zawsze będzie to zabieg prosty i wystarczający.

Klauzula generalna dobrych obyczajów w ujęciu ekonomiczno-funkcjonalnym nie odpowiada wprost zakresowi treściowemu klauzuli zasad współżycia społecznego. Co więcej, zastosowanie art. 5 k.c. powinno stanowić *ultima ratio*. Przepisy należą stosować wówczas, gdy w oparciu o przepisy ustawy nie można uzyskać zadowalającego rozwiązania. *Ergo* należy uznać za właściwe, aby w szczególnych przypadkach konkretne zachowanie mogło nie być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, chociaż realizuje ono stan ustawowy jednego z typowych czynów ustawy, jeżeli zachodzi brak przesłanki z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹².

Redakcja art.3 ust.1 ustawy sugeruje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie. Termin ten należy rozumieć szeroko. Działaniem jest także zaniechanie określonego podmiotu. Działaniem w obrocie gospodarczym (w działalności gospodarczej) jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców oraz na interesy klientów lub interes publiczny²¹³. Z treści przepisu nie wynika, że dotyczy czynów popełnionych w obrocie gospodarczym. Wynika to *expressis verbis* z art. 1 i 2 ustawy oraz art. 10^{bis} ust. 2 i 3 Konwencji paryskiej²¹⁴.

²⁰⁸ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r., sygn. akt I CKN 1319/00.

²⁰⁹ Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego z 20 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 1128/08.

²¹⁰ J. Szwaja, K. Jasińska, *op.cit.*, s.142.

²¹¹ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.

²¹² J. Szwaja, K. Jasińska, *op.cit.*, s.143.

²¹³ *Ibidem*, s. 145.

²¹⁴ E. Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013, s.36.

Jak trafnie podkreślił Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08; Czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy przepis prawa²¹⁵. Zachowania, które są sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, akcie wykonawczym do ustawy, umowie międzynarodowej, która ma bezpośrednie zastosowanie w stosunkach wewnętrznych należy zawsze kwalifikować jako zachowania sprzeczne z prawem. Sprzeczność z przepisem hierarchicznie niższym nie zawsze uzasadnia uznanie czynu za bezprawny w świetle art. 3 ust.1 ustawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 24 kwietnia 1992 r., sygn. akt I ACr 204/92; Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa²¹⁶.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie definiuje terminu dobre obyczaje. Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej, do których prawo odsyła, a które przez to nie mieszczą się w ramach systemu prawa²¹⁷. To pozaprawne reguły postępowania. Jest to zwrot niedookreślony, który wymaga konkretyzacji. Początkowo głównym kryterium dobrych obyczajów stanowiły oceny moralno-etyczne. Obecnie w judykaturze i doktrynie obowiązuje podejście ekonomiczno-funkcjonalne. Kryteria oceny zachowań przedsiębiorców w działalności gospodarczej powinny być racjonalne. Przepisy art. 20,22,64,65 i 76 Konstytucji RP, art. 1,3 i 19 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisy innych ustaw, zwłaszcza ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta dają podstawę do przyjęcia kryterium ekonomiczno-funkcjonalnego dobrych obyczajów²¹⁸. Sąd rozstrzygający spór w sprawie dotyczącej nieuczciwej konkurencji powinien uwzględnić wszelkie okoliczności sprawy. Jednakże w pierwszej kolejności powinien wziąć pod uwagę okoliczności prawne i gospodarcze. Kryterium ekonomiczno-funkcjonalne nie wyklucza kryterium moralno-etycznego. Za takim poglądem opowiada się część doktryny²¹⁹, a także judykatura. Sąd Najwyższy w wyroku z 26 września 2002 r., sygn. akt III CKN 213/01 stwierdził, że określone rozumienie konkretnego zachowania jako zgodnego z dobrymi obyczajami lub z nimi sprzecznego, może wpływać na kształtowanie właściwych wzorców postępowania i zapobiegać upowszechnieniu praktyk niezasługujących na aprobatę²²⁰.

²¹⁵Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08.

²¹⁶Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 24 kwietnia 1992 r., sygn. akt I ACr 204/92.

²¹⁷Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 lutego 2011 r., sygn. akt I ACa 852/10.

²¹⁸J. Szwaja, K. Jasińska, *op.cit.*, s.160.

²¹⁹Taki pogląd prezentuje Katarzyna Jasińska w publikacji *Naśladownictwo opakowań produktów markowych w świetle prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2010.

²²⁰Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2002 r., sygn. akt III CKN 213/01.

W świetle art.3 ust.1 ustawy sprzeczne z dobrymi obyczajami są także czyny zabronione z tzw. kodeksami etyki zawodowej. Dotyczy to zwłaszcza osób, które wykonują tzw. wolne zawody.

Ratio legis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji było zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta; co jest oczywiste, lecz także w przypadku zagrożenia ich interesów²²¹. Interes przedsiębiorcy należy rozumieć szeroko jako określony, korzystanie z punktu widzenia przedsiębiorcy ukształtowany stan, który dopiero w przyszłości może stać się dla niego źródłem korzyści²²². Przedsiębiorca wykonując swoje prawo powinien wziąć pod uwagę czy jego działanie nie narusza lub zagraża interesom innym uczestnikom obrotu gospodarczego. Samo zagrożenie czy naruszenie interesów przedsiębiorcy nie jest wystarczającą przesłanką do przyznania ochrony wynikającej z ustawy. Wspomniana ochrona będzie przysługiwała przedsiębiorcy wtedy i tylko wtedy gdy zagrożenie lub naruszenie interesów zostało spowodowane działaniem innego przedsiębiorcy lub osoby trzeciej, które jest działaniem bezprawnym lub sprzecznym z dobrymi obyczajami.

II. Utrudnianie dostępu do rynku-delikt nieuczciwej konkurencji

Art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi: Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
2. nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
3. rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
4. pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
5. działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

²²¹Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 listopada 2000 r., sygn. akt I ACa 688/00.

²²²Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 1995 r., sygn. akt III CZP 12/95.

Gdy w danym stanie faktycznym zostaną spełnione przesłanki zawarte w art.15 ust.1 pkt. 1-5 to wówczas został popełniony czyn niedozwolony, który polega na utrudnianiu dostępu do rynku.

Art. 15 ust. 1 ustawy zawiera otwarty katalog zachowań, które są kwalifikowane jako utrudnianie dostępu do rynku. Oznacza to, iż możliwe staje się zakwalifikowanie zachowania wykonawcy jako utrudniania dostępu do rynku w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²²³.

Zakresem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji objęto prawo do prowadzenia działalności gospodarczej w warunkach uczciwości konkurencji rynkowej²²⁴. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2 października 2012 r. sygn. akt I ACa 359/12; Utrudnienie dostępu do rynku to nic innego jak stawianie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców²²⁵.

Celem zastosowania art.15 ust.1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona interesów wykonawców przed działaniem innych uczestników postępowania ograniczających dostęp do zamówienia publicznego²²⁶. Trudności w dostępie do zamówienia publicznego muszą odnosić się do pozostałych wykonawców wspomnianego zamówienia. Utrudnianie dostępu do rynku może mieć postać ograniczeń natury faktycznej lub prawnej. Ma negatywny wpływ na swobodę w dostępie do zamówień innych wykonawców na rynku zamówień publicznych²²⁷. Jest zachowaniem nieuczciwym, gdy nie wynika z rywalizacji wykonawców. Nieuczciwe działanie musi mieć wpływ na działalność gospodarczą prowadzoną przez innego uczestnika obrotu, a przez to stwarzanie barier w dostępie do rynku²²⁸. Rynek właściwy został zdefiniowany na gruncie art.4 pkt.9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²²⁹. Akt prawny definiuje rynek właściwy jako rynek towarów substytucyjnych oferowanych na obszarze zbliżonym w warunkach

²²³M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s.151.

²²⁴Zob. M. Sieradzka [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, red. M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2011, s.29-30.

²²⁵Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2 października 2012 r., sygn. akt I ACa 359/12.

²²⁶Zob. M. Sieradzka, *op.cit.*, s.154.

²²⁷*Ibidem*, s.155.

²²⁸Zob. E. Nowińska, *Utrudnianie dostępu do rynku* [w:] *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, red. M. Kępiński, t.15, Warszawa 2014, s.342.

²²⁹Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 nr 50 poz. 331.

konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje rynek szerzej niż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. *Ergo* na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rynek to kategoria ekonomiczna. Odwołanie się do rynku właściwego będzie miało miejsce w sytuacji ustalenia czy wykonawca stosuje czy nie stosuje praktyki ograniczające konkurencję. Nie jest konieczne ustalenie rynku właściwego dla powstania odpowiedzialności na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Najwyższy wyroku z 12 kwietnia 2013 r. odniósł się do sposobu wyznaczania rynku właściwego i jego znaczenia: Rynek właściwy jako instytucja prawa ochrony konkurencji odnosi się bowiem do obiektywnie zachodzących w gospodarce procesów, które dopiero wtórnie podlegają kwalifikacji prawnej w ramach postępowania antymonopolowego (i weryfikacji w toku postępowania dowodowego)²³⁰.

Przeznaczenie towarów, cena, właściwości, postrzeganie przez nabywców badanych towarów jako substytutów to zespół czynników, które decydują o tym, jakie towary należy zaliczyć do rynku właściwego. Racjonalny ustawodawca stworzył analogiczny zespół czynników dla geograficznego wymiaru rynku właściwego. Zaliczył do nich:

1. rodzaj właściwości towarów,
2. bariery dostępu do rynku,
3. preferencje konsumentów,
4. różnice w cenach i kosztach transportu²³¹.

Każdy z wymienionych w ustawie elementów ma tożsame, równorzędne znaczenie normatywne. Z praktycznego punktu widzenia dla wyznaczenia rynku właściwego mają przeznaczenie i właściwości towarów oraz kwalifikacja uwzględnianych w analizie towarów jako substytucyjnych z perspektywy nabywców²³².

Sprzeczne z istotą konkurencji jest utrudnianie, które polega na podejmowaniu działań umożliwiających innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu²³³.

²³⁰ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt II SK 28/12.

²³¹ Zob. M. Sieradzka, *op.cit.*, s.156.

²³² Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08.

²³³ Zob. A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Czyn nieuczciwej konkurencji* [w:] *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, red. M. Kępiński, t.15, Warszawa 2014, s.4 i n.

W doktrynie i orzecznictwie podnoszona jest kwestia, czy dla postawienia zarzutu nazwanego utrudniania dostępu do rynku należy wykazać, że doszło do utrudniania dostępu do rynku. W związku z tym niezbędne staje się ustalenie, czy dla postawienia zarzutu stosowania nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji zakłócającego dostęp do rynku konieczne jest udowodnienie takiego utrudnienia²³⁴. Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2006 r. sygn. akt II CK 378/05 pochylił się nad następującym zagadnieniem; Czy można uznać, że jeśli stan faktyczny wypełnia hipotezę czynu z art. 15 ust.1 pkt. 1-7 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to nie jest konieczne wykazywanie dodatkowej przesłanki w postaci utrudniania dostępu do rynku²³⁵. Doktryna i judykatura są podzielone w tej kwestii. Zdecydowana większość przedstawicieli orzecznictwa twierdzi, że nie jest konieczne wykazanie, że doszło do utrudniania dostępu do rynku. *A contrario* wśród przedstawicieli nauki dominuje stanowisko zgodnie z którym należy udowodnić utrudnianie dostępu o rynku. Kwestia ta ma fundamentalne znaczenie dla sytuacji wykonawcy. W sytuacji bowiem przyjęcia dla nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji z art.15 ust.1 pkt. 1-5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji swoistego domniemania prawnego utrudnienia dostępu do rynku, pozwany będzie zobligowany uwodnić, że swoim zachowaniem nie utrudnił dostępu do rynku²³⁶.

Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku może zostać popełniony przez przedsiębiorcę, który posiada dominującą pozycję na rynku jak i przez przedsiębiorcę, który takiej pozycji nie posiada. Przedsiębiorcy posiadającemu dominującą pozycję na rynku będzie łatwiej nadużyć swojej pozycji na skutek podjęcia działań eliminujących innych wykonawców z wykonania zamówienia publicznego.

III. Zmowa przetargowa

Art.6 ust.1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów traktuje o zмовach przetargowych. W świetle przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, które polega 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. Wspomniany w przepisie rodzaj porozumień to zmowa przetargowa.

²³⁴ M. Sieradzka, *op.cit.*, s.157.

²³⁵ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05.

²³⁶ M. Sieradzka, *op.cit.*, s.157-158.

Typowa zмова przetargowa może polegać na ustalaniu przez przedsiębiorców, którzy są oferentami w przetargu i jednocześnie uczestnikami porozumienia osoby zwycięzcy tego przetargu²³⁷. Zmowy przetargowe występują w układzie horyzontalnym jak i wertykalnym. Porozumienia horyzontalne zawierane są między konkurentami. Natomiast porozumienia wertykalne zawierane są między podmiotami, które biorą udział w przetargu, a organizatorem przetargu. W świetle art.6 ust.1 pt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów możliwa jest zмова między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, a przedsiębiorcą, który przetarg organizuje. Porozumieniem ograniczającym konkurencję może być również powstrzymywanie się przedsiębiorców od udziału w przetargu w zamian za zobowiązanie konkurentów do nieuczestniczenia w innych przetargach, do których pierwsi przedsiębiorcy będą przystępować²³⁸. Jednakże takie zachowanie należy zakwalifikować jako porozumienie podziałowe, a nie zмова przetargowa. Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 października 2004 r., sygn. akt XVII Ama 69/03; W horyzontalnych porozumieniach przetargowych współpracujący przedsiębiorcy ustalają na przykład cenę, jaką uznają za najniższą możliwą do zaoferowania, po czym jeden z nich przedkłada tę cenę w swojej ofercie, podczas gdy pozostali przedsiębiorcy wskazują w ofertach ceny wyższe²³⁹.

Zawarcie zmowy przetargowej mogą towarzyszyć dodatkowe okoliczności w postaci na przykład niedozwolonych porozumień cenowych, kontyngentowych lub podziałowych. Przydzielenie przedsiębiorcom zamówień, które pochodzą z konkretnego obszaru geograficznego lub zamówień pochodzących od oznaczonych klientów jest jedną z form podziału rynku.

Co do zasady zmowy przetargowe dotyczą warunków składanych ofert przed przystąpieniem do przetargu i jego rozstrzygnięciem. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04; Umowa zawarta w wyniku przetargu nie może być oceniana jako praktyka antykonkurencyjna²⁴⁰.

Jeśli dojdzie do zawarcia zmowy przetargowej to cywilnoprawną sankcją będzie nieważność porozumienia *ipso iure*. Ważność umowy zawartej na skutek niedozwolonego przetargu będzie oceniana na podstawie przepisów prawa cywilnego.

Organizacja i udział w postępowaniu przetargowym może wynikać z ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zmienia to faktu, że w ramach ustawowego trybu zamówień

²³⁷Zob. M. Kępiński, *Zmowa przetargowa* [w:] *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, red. M. Kępiński, t.15, Warszawa 2014, s.877.

²³⁸*Ibidem*

²³⁹Zob. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 października 2004 r., sygn. akt XVII Ama 69/03.

²⁴⁰Zob. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04.

publicznych dochodzi do naruszenia konkurencji w myśl ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁴¹. Dla bytu zmowy przetargowej nie ma znaczenia status organizatora, przedmiot procedury przetargowej czy charakter zamówienia.

W celu oddzielenia porozumień, które są zmowami przetargowymi od pozostałych porozumień o których stanowi art. 6 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest dogłębna analiza postępowania przetargowego. Możliwa jest sytuacja, w której równocześnie zostaną zastosowane przepisy ustaw o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie dotyczące zmowy przetargowej z naruszenia przepisów ustawy-Prawo zamówień publicznych stanowią niezależne podstawy odpowiedzialności i toczą się odrębnie²⁴². W świetle wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 17 kwietnia z 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05; Wyrok sądu wydany na podstawie ustawy-Prawo zamówień publicznych nie ma charakteru prejudycjalnego w stosunku do postępowania prowadzonego na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zmowy przetargowe negatywnie wpływają na konkurencję. Eliminują konkurentów, dokonują podziału rynku, a także ograniczają wielkość produkcji. *Ergo* przeciwdziałanie zmomom przetargom ma na celu uniknięcie niebezpieczeństwa podniesienia poziomu cen jak również reglamentowania wielkości produkcji.

Zakończenie

Rekapitulując chciałabym sformułować wnioski, które wynikają z analizy aktów prawnych, orzecznictwa sądów powszechnych oraz literatury przedmiotu.

Legalna definicja czynu zabronionego została sformułowana na gruncie art.3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis stanowi klauzulę generalną, która spełnia trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie jak i zaniechanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Taka wykładnia jest zgodna z wewnętrzną koncepcją prawa podmiotowego.

Utrudnianie dostępu do rynku to delikt nieuczciwej konkurencji. Ma miejsce, gdy w określonym stanie faktycznym zostaną spełnione przesłanki z art.15 ust.1 pkt. 1-5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji nie jest

²⁴¹Zob. M. Kępiński, *Zmowa przetargowa* [w:] *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, red. M. Kępiński, t.15, Warszawa 2014, s.879.

²⁴² *Ibidem*

konieczne spełnienie wszystkich przesłanek kumulatywnie. Przepis zawiera katalog nieenumeratwny zachowań kwalifikowanych jako utrudnienie dostępu do rynku.

Z kolei o zmowie przetargowej stanowi art. 6 ust.1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowa przetargowa to porozumienie, które występuje w układzie wertykalnym i horyzontalnym. Zawarcie umowy przetargowej mogą towarzyszyć dodatkowe okoliczności. Przykładem są porozumienia cenowe, podziałowe i kontyngentowe.

Bibliografia

Akty prawne

1. Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.
2. Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211
3. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2004 nr 19 poz. 177.
4. Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 nr 50 poz. 331.

Orzecznictwo

1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 24 kwietnia 1992 r., sygn. akt IACr 204/92.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 1995 r., sygn. akt III CZP 12/95.
3. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 listopada 2000 r., sygn. akt I ACa 688/00.
4. Wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r., sygn. akt I CKN 1319/00.
5. Wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2002 r., sygn. akt III CKN 213/01.
6. Wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05.
7. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego z 20 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 1128/08.
10. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 lutego 2011 r., sygn. akt I ACa 852/10.
11. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2 października 2012 r., sygn. akt IACa 359/12.
12. Wyrok Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt II SK 28/12.
13. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 października 2004 r., sygn. akt XVII Ama 69/03.
14. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04.

Literatura

1. Jasińska K., *Naśladownictwo opakowań produktów markowych w świetle prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2010.
2. M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, t.15, Warszawa 2014.

3. Leszczyński L., *Właściwości posługiwania się klauzulami generalnymi w prawie prywatnym. Perspektywa zmiany trendu*, KPP 1995, z.3.
4. Nowisńska E., du Vall M., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013.
5. Preussner-Zamroska J. *Problematyka klauzul generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, KKP 1998, z.4.
6. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015.
7. M. Sieradzka, M. Zdyb (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2011.
8. Szwaja J. (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, red. J. Szwaja, Warszawa 2013.

Rozdział VII

Organizacja i prawne zasady działania systemu krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem ich znaczenia dla społeczeństwa

Mgr Markowska Ewelina²⁴³, Mgr Węglińska Sylwia²⁴⁴, Mgr Król Urszula²⁴⁵

The effectiveness of the work of the blood, both in Poland and in other countries, is assessed through the prism of meeting the increasing demand for safe blood available, as well as its components and blood products. The aim of this publication is to present the organization system and legal principles of blood donation and transfusion in Poland.

Wstęp

Skuteczność pracy służby krwi, zarówno w Polsce jak i w innych państwach, ocenia się poprzez pryzmat sprostania wzrastającemu zapotrzebowaniu na bezpieczną, dostępną krew, jak również jej składniki i produkty krwiopochodne. Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie systemu organizacji oraz prawnych zasad działania krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Polsce.

I. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa-organizacja i zasady działania

Regionalne centra krwiodawstwa oraz krwiolecznictwa w myśl ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o publicznej służbie krwi są spółkami kapitałowymi, o których mowa w przepisach o działalności leczniczej, a także samodzielnymi publicznymi zakładami opieki zdrowotnej tworzone przez Skarb Państwa reprezentowany przez ministra właściwego do spraw zdrowia.²⁴⁶

System krwiodawstwa w Polsce funkcjonuje w oparciu o regulacje prawne. Opisują one kształt, a także zasadnicze reguły jego działania. System ten jest zcentralizowany, zaś pozyskiwanie dawców odbywa się w sposób honorowy. Głównym celem systemu

²⁴³**Mgr Markowska Ewelina** – doktorantka Uniwersytet Technologiczno - Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Katedra Finansów i Ubezpieczeń.

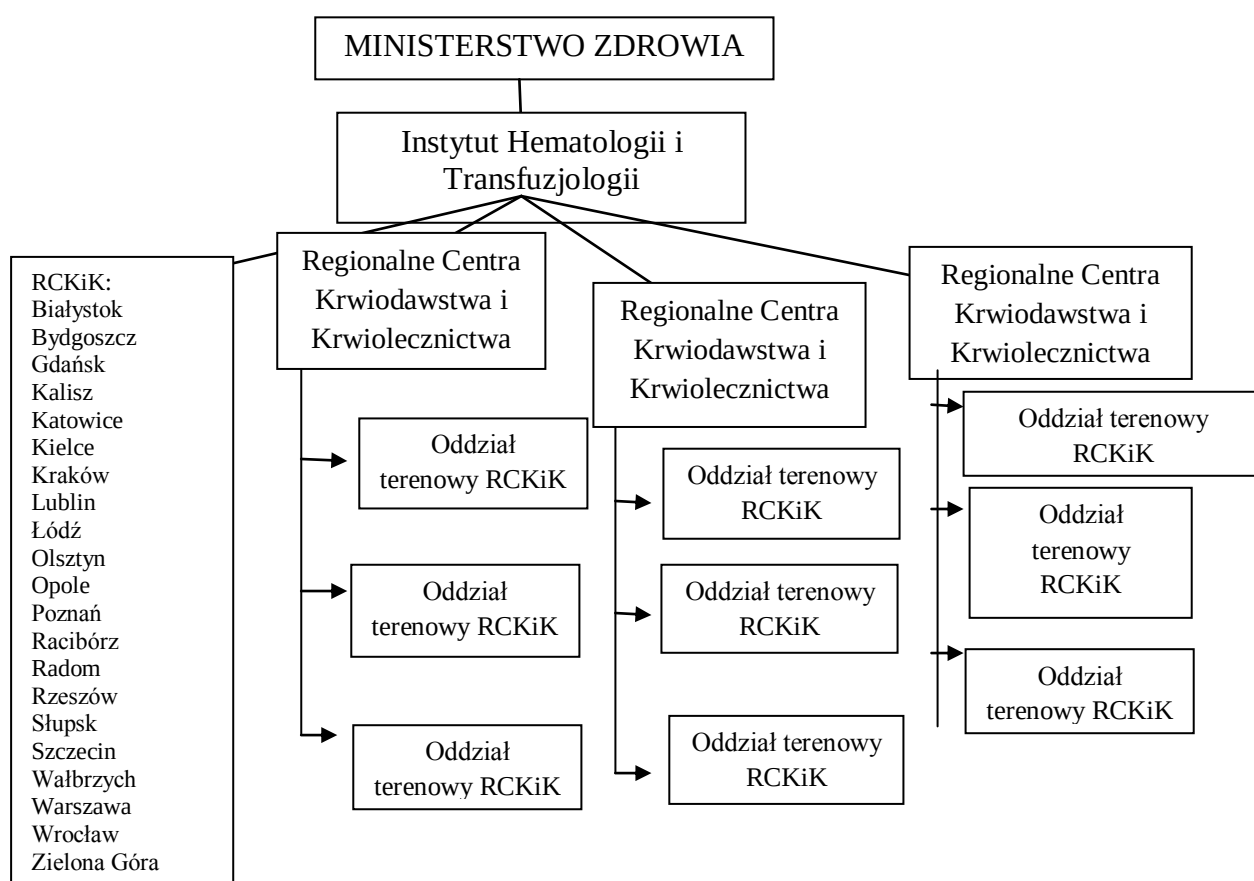
²⁴⁴**Mgr Węglińska Sylwia** - magister, Europejska Uczelnia Społeczno - Techniczna w Radomiu.

²⁴⁵**Mgr Król Urszula** – doktorantka Uniwersytet Technologiczno - Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Katedra Finansów i Ubezpieczeń.

²⁴⁶ Art. 23 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o publicznej służbie krwi (Dz. U. z 2016 r. poz. 654).

krwiodawstwa jest zapewnienie samowystarczalności państwa w krew oraz jej składniki. Zasadniczymi jednostkami cywilnego systemu krwiodawstwa w państwie polskim są regionalne centra krwiodawstwa, a także krwiolecznictwa (RCKiK). W roku 2016 działało 21 RCKiK, które dysponowały blisko 158 oddziałami terenowymi (OT), jak również ambulansami przeznaczonymi do poboru krwi.²⁴⁷

Poniższy schemat przedstawia strukturę organizacyjną publicznej służby krwi:



Rys 1. Schemat organizacji publicznej służby krwi w Polsce

Źródło: www.krewniacy.com.pl [dostęp: 3.01.2017 r.]

Funkcjonowanie systemu krwiodawstwa poprzez umiejętne zarządzanie zasobami ma także na celu ograniczenie ryzyka, które związane jest z niedoborem krwi oraz jej składników w czasie oraz przestrzeni. Aby zminimalizować część problemów wywołanych niskim poziomem krwi w działaniu systemu krwiodawstwa wykorzystuje się rozwiązania logistyczne. Biorąc pod uwagę zasadnicze przesłanki podejmowania określonych decyzji

²⁴⁷S. Twaróg, *Scenariusze rozwoju systemu zarządzania logistycznego cywilnym krwiodawstwem w Polsce*, Logistyka Nr. 4/2014, s. 25-29.

zarządczych traktuje się logistykę społeczną jako wzorzec rozwiązań.²⁴⁸ Ma ona na celu skuteczne ratowanie życia oraz zdrowia człowieka w drodze zapewnienia dostępności krwi i jej składników za pomocą łańcucha dostaw krwi. Ostatecznie łańcuch ten tworzy system krwiodawstwa. Łańcuchy dostaw krwi w wymiarze instytucjonalnym zbudowane są z dawcy i biorcy krwi, a także instytucji oraz organizacji. Wszystkie jego elementy składowe współuczestniczą w przepływie krwi od chwili jej pozyskania, aż do momentu procesu jej transfuzji. W rezultacie w perspektywie działań logistycznych priorytetowym celem jest dostarczenie odpowiedniej grupy krwi we właściwym czasie, miejscu, postaci (temperatura, termin ważności, opis) oraz w odpowiedniej ilości do właściwego nabywcy końcowego, a zatem biorcy. Jednak warunek samowystarczalności gospodarowania krwią sprawia, iż efektywność funkcjonowania łańcucha dostaw krwi zależy przede wszystkim od gotowości dawców do honorowego oddawania krwi w danym czasie, ilości oraz przestrzeni.²⁴⁹

Regionalne Centra Krwiodawstwa oraz Krwiolecznictwa zobligowane są do realizacji pewnych zadań. Do zadań tych jednostek należą:²⁵⁰

- a) kwalifikowanie kandydatów na dawców i dawców do oddania krwi;
- b) pobieranie krwi oraz dokonywanie zabiegów, które są z tym związane;
- c) gromadzenie, konserwacja, przechowywanie, a także wydawanie krwi;
- d) zaopatrywanie zakładów opieki zdrowotnej w krew oraz jej składniki, jak również produkty krwiopochodne;
- e) zaopatrywanie wytwórni farmaceutyczne w osocze;
- f) prowadzenie rejestru powikłań poprzetoczeniowych;
- g) udzielanie konsultacji związanych z leczeniem krwią;
- h) sprawowanie nadzoru w dziedzinach krwiodawstwa i krwiolecznictwa;
- i) organizowanie szkoleń w dziedzinach krwiodawstwa i krwiolecznictwa;
- j) propagowanie honorowego krwiodawstwa, jak również pozyskiwanie dawców krwi we współdziałaniu z Polskim Czerwonym Krzyżem oraz jednostkami organizacji pozarządowych;

Fundamentalnym zadaniem Systemu Zarządzania Jakością w krwiodawstwie oraz krwiolecznictwie jest przede wszystkim zapewnienie zarówno bezpieczeństwa, jak i wysokiej

²⁴⁸J. Szoltysek, S. Twaróg, *Koncepcja logistyki społecznej na tle paradygmatu logistyki* [w:] Demograficzne uwarunkowania logistyki społecznej. Red. Szoltysek J. i wsp. Wydawnictwo PWN. Katowice 2013, s. 231-239.

²⁴⁹G. Trzpiot, J. Szoltysek, A. Ojrzyńska, S. Twaróg, *Analiza porównawcza działalności systemu krwiodawstwa państw Unii Europejskiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach NR 192. 2014, s. 125 – 139.

²⁵⁰S. Twaróg S., *Scenariusze rozwoju systemu zarządzania logistycznego cywilnym krwiodawstwem w Polsce ... op. cit.*, s. 25-29.

jakości krwi oraz jej składników. Natomiast warunkiem efektywnego działania takiego systemu jest organizacja i prowadzenie szkoleń. Ponadto niezwykle ważne jest także podnoszenie kwalifikacji personelu, który zatrudniony jest w służbie krwi.²⁵¹

II. Znaczenie krwiolecznictwa

Najnowsze tendencje leczenia składnikami krwi uwzględniają jednocześnie wskazania do przetoczenia jak również największe bezpieczeństwo biorcy zarówno w czasie przetaczania, jak i w jego dalszym życiu, a zatem zapobieganie zakażeniom, które są przenoszone przez krew. Aktualnie w Polsce wyróżnia się między innymi następujące składniki krwi produkowane przez Regionalne Centra Krwiodawstwa:²⁵²

- a) Krew Pełna Konserwowana (KPK) – krew pobrana od dawcy do pojemnika z płynem konserwującym, bez wykonania preparatyki. Zawiera blisko 450 ml krwi oraz 63 ml płynu konserwującego, który zawiera cytrynian sodu niepozwalający krzepnąć pobranej krwi.
- b) Koncentrat Krwinek Czerwonych (KKCz) – powstaje poprzez wirowanie oraz przeciśnięcie osocza i kożuszka leukocytarno – płytkowego do sąsiednich pojemników. Koncentrat krwinek czerwonych jest zasadniczym składnikiem stosowanym w polskich szpitalach.
Koncentrat Krwinek Czerwonych z roztworem wzbogacającym – po dodaniu płynu ADSOL bądź SAGM krwinki otrzymują roztwór, który zapewnia im przetrwanie w dobrej kondycji 42 dni.
- c) Koncentrat Krwinek Czerwonych bez kożuszka leukocytarno – płytkowego – uzyskuje się go w rezultacie usunięcia warstwy kożuszka leukocytarno – płytkowego wraz z niewielką ilością osocza po odwirowaniu krwi pełnej. Proces ten umożliwia zmniejszenie w składniku ilości krwinek białych, które są odpowiedzialne za alloimmunizację antygenami HLA, aczkolwiek nie likwiduje tego zagrożenia. Zasadniczym wskazaniem do jego stosowania jest uzupełnienie utraconej krwi, krótkotrwałe leczenie niedokrwistości u osób starszych.
- d) Przemywany Koncentrat Krwinek Czerwonych – powstaje w efekcie przemycia solą fizjologiczną 1 j KKCz uzyskanego z krwi pełnej. Przemywanie to usuwa białka osocza.

²⁵¹ A. Tomaszewska, *Szkolenia i podnoszenie kwalifikacji zawodowych*, Journal of Transfusion Medicine 5(3) 2012, S. 146 – 152.

²⁵² E. Wiszniewska – Gauer, J. Hołyński, *Składniki krwi i preparaty krwiopochodne obecnie wytwarzane i stosowane w Polsce*, Military Pharmacy and Medicine 2(4)2009, s. 39- 45.

- e) Ubogoleukocytarny Koncentrat Krwinek Czerwonych (UKKCz) - ze składnika zostaje usunięta większość leukocytów oraz krwinek płytkowych za pomocą filtrowania.
- f) Koncentrat Krwinek Czerwonych otrzymany metodą aferezy automatycznej – koncentrat krwinek czerwonych uzyskany przy pomocy separatora komórkowego.
- g) Mrożony Koncentrat Krwinek Czerwonych to KKCz zamrożone w ciągu 7 dni od momentu pobrania, przechowywane w temperaturze – 60 stopni Celsjusza do – 80 stopni Celsjusz bądź też niżej. Czas przechowywania w takiej postaci krwinek wynosi do 10 lat.
- h) Napromieniowany KKCz – poddany jest działaniu promieniowania jonizującego w specjalnej aparaturze, określanej mianem radiatora.
- i) Zlewany Koncentrat Krwinek Płytkowych – krwinki płytkowe pobrane w czasie pobierania krwi od dawcy metoda tradycyjną. Pochodzą one bowiem od dawców z tą samą grupą krwi, gdzie każda jednostka płytek krwi po odwirowaniu zostaje ulokowana we wspólnym pojemniku.
- j) Rekonstruowany Koncentrat Krwinek Płytkowych – składa się z płytek zazwyczaj grupy 0 zawieszony w osoczu zgodnym z grupą krwi biorcy.
- k) Mrożony Koncentrat Krwinek Płytkowych – składnik ten stanowią krwinki płytkowe zlewane bądź z separatora poddane zamrożeniu w temperaturze – 80 stopni Celsjusza w mieszaninie krioprotekcyjnej.
- l) Przemiany Koncentrat Krwinek Płytkowych – koncentrat krwinek płytkowych całkowicie pozbawiony osocza, zaś płytki są zawieszone w soli – 0,9 % roztworu NaCl.
- m) Osocze Świeżo Mrożone (FFP) - osocze otrzymane z oddanej przez dawcę krwi pełnej lub metodą plazmaferezy za pomocą separatora osoczowego.
- n) Koncentrat Granulocytarny- otrzymywany przy pomocy separatora komórkowego od jednego dawcy. Składa się on z granulocytów, innych krwinek białych, krwinek czerwonych, a także płytek krwi.

Krew, a także jej składniki od wielu lat stosowane są jako środki lecznicze, aczkolwiek zasadniczą regułą współczesnej transfuzji jest przetaczanie składników krwi dobranych według indywidualnego zapotrzebowania osoby chorej. Koncentraty krwinek płytkowych (KKP) stosuje się w głównej mierze w celu zmniejszenia bądź też zapobiegania krwawieniom u osób chorych z małopłytkowością, która wynika w większości przypadkach z niedostatecznej produkcji krwinek płytkowych w szpiku, niejednokrotnie również

w sytuacji zaburzeń w funkcjonowaniu krwinek płytkowych. Krwinki płytkowe uzyskuje się za pomocą preparatyki pobranej krwi pełnej, co określa się mianem metody konwencjonalnej, zaś drugim sposobem ich pozyskania jest autonomiczna afereza. Obecnie metody aferezy spełniają niezwykle istotne znaczenie, ze względu na możliwość pobrania od danego dawcy kilku różnych składników krwi podczas jednej donacji. Niestety metody aferezy pomimo wielu zalet, posiadają także wady. Są one kosztowne, czasochłonne, jak również wymagają specjalnego doboru dawców²⁵³.

Charakteryzując spostrzeżenia epidemiologiczne na przestrzeni kilkudziesięciu ostatnich lat pochodzące z danych statystycznych, jak również obecnie nowo utworzone procedury nadzoru oraz sprawozdawczości odnoszące się do niepożądanych działań produktów krwi należy skoncentrować się na wczesnym ostrzeganiu biorców krwi jakie mogą wystąpić zagrożenia w wyniku przetaczania krwi. Przekaz tego rodzaju informacji jest niezwykle istotny.²⁵⁴

Wdrożenie innowacyjnych metod pobierania oraz preparatyki krwi, rygorystyczne zasady kwalifikacji dawców, a także opracowanie oraz wprowadzanie czułych testów oznaczania czynników chorobotwórczych obniża wręcz ryzyko związane z przetoczeniem składników krwi, aczkolwiek nie eliminuje go całkowicie.²⁵⁵

Współcześnie w procesie transfuzjologii krew pełna nie ma w zasadzie zastosowania w praktyce klinicznej. Przetaczanie krwi pełnej może być uzasadnione jedynie w sytuacji równoczesnego niedoboru erytrocytów oraz znacznego zmniejszenia objętości krwi krążącej w przypadku, kiedy niedostępne są właściwe składniki krwi oraz środki krwiozastępcze. Dotyczy to przede wszystkim masywnych krwotoków w mających miejsce w efekcie urazów odniesionych między innymi w przebiegu działań wojennych, czy też klęsk żywiołowych.²⁵⁶

III. Zasady kwalifikowania kandydatów na dawców do oddania krwi lub jej składników

Czynność związana z pobraniem krwi od pacjenta, z powodu naruszenia jego integralności cielesnej jest kwalifikowana jako zabieg lekarski. Sytuacja ta powoduje w konsekwencji konieczność wyrażenia prawnie relewantnej zgody w celu przeprowadzenia wskazanej interwencji. Zasadniczym punktem wyjścia dla przedmiotowych rozważań jest

²⁵³J. Antoniewicz – Papis, E. Lachert, A. Rosiek, J. Kubis, K. Janik, D. Piotrowski, M. Łętowska, *Otrzymywanie metodą automatyczną zlewanych koncentratów krwinek płytkowych*, *Journal of Transfusion Medicine* 3(2)/ 2010, S. 49-54.

²⁵⁴R. Offergeld, O. Hamouda, R. Burger, *Epidemiological data – an important part of the hemovigilance system*, *Transfus Med. Hemother* 37(3)/2010, s. 125 – 130.

²⁵⁵E. Lachert, J. Antoniewicz – Papis, *Metody inaktywacji czynników chorobotwórczych w składnikach krwi*, *Journal of Transfusion Medicine* 3(3)/2012, s. 112- 119.

²⁵⁶A. Mikulska, *Transfuzjologia kliniczna i hemaferesa lecznicza*, *Medycyna praktyczna* 2015, s. 1854.

fakt, iż zgoda na pobranie krwi od danego pacjenta ma charakter złożony. Może być ona bowiem rozpatrywana między innymi w kontekście przeprowadzenia badań laboratoryjnych bądź na obecność np. wirusa HIV.²⁵⁷

Każdy kandydat na dawcę krwi bądź dawca krwi powinien:²⁵⁸

- a) odpowiadać wymaganiom zdrowotnym, które ostatecznie umożliwią ustalenie w oparciu o badania lekarskie, a także badania laboratoryjne, że każdorazowe pobranie krwi nie wywoła ujemnych skutków dla jego stanu zdrowia bądź stanu zdrowia przyszłego biorcy;
- b) przedstawić dokument zawierający PESEL, który potwierdza jego tożsamość;
- c) władać językiem polskim zarówno w mowie, jak i piśmie w stopniu, który pozwala samodzielnie zrozumieć treść kwestionariusza dawcy oraz pytań, które związane są wywiadem lekarskim;
- d) podać dokładny adres zamieszkania, a także adres do korespondencji.

Przetaczanie krwi istotnie związane jest z ryzykiem przeniesienia różnych chorób zakaźnych. Wirusy HIV, HCV oraz HBV przenoszone są drogą krwi, zaś zakażenia wywołane tymi wirusami przez długi okres czasu pozostają bezobjawowe. Ponadto występuje duże prawdopodobieństwo wystąpienia w konsekwencji przewlekłej choroby, a nawet śmierci. W krwiodawstwie każda dokonana donacja badana jest w kierunku obecności takich wirusów jak: HBV, HCV, HIV.²⁵⁹ Dawcy poddani donacji po raz pierwszy stanowią bezpośrednie odwzorowanie występowania zakażeń w całej populacji. Natomiast dawcy wielokrotni stanowią grupę osób o niskiej częstotliwości występowania zakażeń wirusami HCV, HIV, jak również HBV.²⁶⁰

Na przestrzeni ostatnich lat dokonał się znaczący postęp w zapobieganiu zakażeniom. Aktualnie zwraca się szczególną uwagę na higienę oraz coraz więcej osób poddaje się szczepieniom. W Polsce w bankach krwi każda donacja badana jest na obecność wyżej wymienionych wirusów. Badanie jest dokonywane na dwa sposoby – metodami serologicznymi oraz od 2005 roku metodami biologii molekularnej.²⁶¹

²⁵⁷J. Korsak, M. Łętkowska, *Transfuzjologia kliniczna, α* - medica Press 2009, s. 223.

²⁵⁸M. Łętkowska, *Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi*, Wydawnictwo Instytut Hematologii i transfuzjologii, Warszawa 2014, s. 130.

²⁵⁹K. M. Zoń, *Prawne aspekty zgody na pobranie krwi*, Ogrody Nauk i Sztuk NR 2/2012, s. 112-120.

²⁶⁰M. Majkowska, *Epidemiologia zakażeń wirusowych wykrywanych w RCKiK w Bydgoszczy w latach 2000 – 2009*, *Acta Haematologica Polonica* 42 (3)/2011, s. 549-557.

²⁶¹E. Rudkowska, L. Basta, G. Piwowarska, B. Drybańska, S. Dyląg, *Trendy epidemiologiczne związane z wykrywaniem markerów zakażenia HIV, HCV, HBV i kiły u dawców krwi w latach 2006 – 2009*. Regionalne Centrum Krwiodawstwa w Katowicach.

Każdy krwiodawca poddany jest procedurze kwalifikowania do oddawania krwi. Pierwszym etapem kwalifikacji jest wypełnienie kwestionariusza, który zawiera kilkadziesiąt szczegółowych pytań odnoszących stanu zdrowia, przebytych chorób, zabiegów operacyjnych, zażywanych leków, a także innych okoliczności mających wpływ na zakażenie. Pobieranie krwi od pacjenta poprzedzone jest badaniem lekarskim, jak również badaniami laboratoryjnymi w celu ustalenia, czy dany dawca odpowiada wymaganiom zdrowotnym oraz, czy pobranie od niego krwi nie wywoła ujemnych skutków dla stanu zdrowia bądź stanu zdrowia przyszłego biorcy.²⁶²

Badaniem, które kwalifikuje dawcę do oddania krwi jest oznaczenie stężenia hemoglobiny. Dotychczas stosowane metody opierają się na pobraniu krwi włośniczkowej z opuszki palca dawcy. Monitorowanie stężenia hemoglobiny ma na celu przede wszystkim zapewnienie zarówno bezpieczeństwa, jak i dobrą jakość otrzymanych składników krwi.²⁶³

Kryteria dopuszczenia dawców do oddawania krwi pełnej lub jej składników dotyczą wieku, wagi, stężenia hemoglobiny we krwi dawcy, stężenia białka w surowicy krwi dawcy, liczby krwinek płytkowych we krwi dawcy oraz liczby krwinek białych.²⁶⁴

Tabela nr 1. Kryterium dopuszczenia dawców do oddawania krwi pełnej oraz jej składników według wieku oraz wagi pacjenta

Wiek	18 – 65 lat	
	— małoletni powyżej lat trzynastu	— na warunkach określonych w art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi
	— osoby nieposiadające pełnej zdolności do czynności prawnych	
	dawcy pierwszorazowi w wieku ponad 60 lat	— do decyzji lekarza w placówce służby krwi
	ponad 65 lat	— po corocznym uzyskaniu zgody lekarza w jednostce organizacyjnej publicznej służby krwi
Ciężar ciała	≥ 50 kg dla dawców krwi pełnej bądź jej składników otrzymywanych metodą aferezy ≥ 70 kg dla dawców oddających 2 jednostki koncentratu krwinek czerwonych (KKCz) metodą erytroaferezy (podwójna erytroafereza)	

Źródło: Rozporządzenie ministra zdrowia z dnia 31 grudnia 2009 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków pobierania krwi od kandydatów na dawców krwi i dawców krwi (Dz. U. z 2009 r. nr 7, poz.50 ze zm.).

²⁶² M. Szymczyk – Nużka, *Wyedukowany dawca – bezpieczny pacjent*. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. Prof. Dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu.

²⁶³ K. Langer, *Metoda bezinwazyjnego oznaczania stężenia hemoglobiny u krwiodawców*, Acta Haematologica Polonica 2015 NR 46, s. 131-132.

²⁶⁴ http://g.ekspert.infor.pl/p/_dane/akty_pdf/DZU/2010/7/50.pdf#zoom=90 [dostęp 5.01.2017].

Tabela nr 2. Kryterium dopuszczenia dawców do oddawania krwi pełnej oraz jej składników według stężenia hemoglobiny we krwi dawcy

Hemoglobina	Kobiety ≥125 g/l	Mężczyźni ≥135 g/l	Odnosi się do dawców krwi pełnej allogenicznej lub jej składników
	≥140 g/l		Odnosi się do dawców oddających 2 jednostki KKCz metodą erytroaferezy

Źródło: Rozporządzenie ministra zdrowia z dnia 31 grudnia 2009 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków pobierania krwi od kandydatów na dawców krwi i dawców krwi (Dz. U. z 2009 r. nr 7, poz.50 ze zm.).

Tabela nr 3. Kryterium dopuszczenia dawców do oddawania krwi pełnej oraz jej składników według stężenia białka w surowicy krwi dawcy

Białko	≥60 g/l	W przypadku pobrania osocza metodą aferezy badanie należy przeprowadzać co najmniej raz w roku
--------	---------	--

Źródło: Rozporządzenie ministra zdrowia z dnia 31 grudnia 2009 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków pobierania krwi od kandydatów na dawców krwi i dawców krwi (Dz. U. z 2009 r. nr 7, poz.50 ze zm.).

Tabela nr 4. Kryterium dopuszczenia dawców do oddawania krwi pełnej oraz jej składników według liczby krwinek płytkowych we krwi dawcy

Liczba krwinek płytkowych	Liczba krwinek płytkowych przynajmniej 150 x 10 ⁹ /l	Liczba wymagana w przypadku dawców poddawanych zabiegom trombaferezy
---------------------------	---	--

Źródło: Rozporządzenie ministra zdrowia z dnia 31 grudnia 2009 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków pobierania krwi od kandydatów na dawców krwi i dawców krwi (Dz. U. z 2009 r. nr 7, poz.50 ze zm.).

IV. Korzyści wynikające z oddawania krwi

Powszechnie krwiodawstwo opiera się na zasadzie zarówno dobrowolnego jak również bezpłatnego oddawania krwi. Tytuł „Honorowy Dawca Krwi” przysługuje tym osobom, które to zostały zarejestrowane w jednostce organizacyjnej publicznej służby krwi, a także oddała bezpłatnie krew. Ponadto, co jest niezwykle istotne krwiodawca nie otrzymuje z tytułu oddania krwi oraz jej składników świadczeń pieniężnych. Jednak w celu wynagrodzenia poświęcenia tych osób państwo bądź podmioty prywatne udzielają różnego typu przywileje.

265

Do przywilejów tych zalicza się:²⁶⁶

- pośilek regeneracyjny po oddaniu krwi lub jej składników o wartości kalorycznej 4.500 kcal (18 804 kJ);
- zwolnienie z pracy w dniu, w którym oddano krew, a także na czas okresowego badania lekarskiego dawców krwi na zasadach, które sprecyzowano w odrębnych

²⁶⁵ <https://krwiodawcy.org/korzysci-z-hdk>[dostęp 5.01.2017].

²⁶⁶ *Ibidem*.

przepisach prawa. Przy tego rodzaju uprawnieniu należy zwrócić szczególną uwagę na trzy aspekty, a mianowicie na fakt, iż to na pracodawcy spoczywa obowiązek zwolnienia pracownika. Pracodawca powinien być wcześniej uprzedzony o nieobecności, zaś pracownik – krwiodawca otrzymuje zwolnienie z pracy na dzień w którym to oddał krew albo na kilka godzin jeśli w wyniku przyczyn medycznych nie doszło do donacji;

- c) ulga podatkowa z tytułu darowizn, które dotyczyły przekazania na cele krwiodawstwa. Każdy podatnik, który w danym roku podatkowym oddał honorowo krew, posiada możliwość skorzystania ze specjalnej ulgi dla honorowych krwiodawców. Odliczenie wówczas dokonuje się od dochodu (przychodu). Wysokość niniejszej ulgi uzależniona jest od ilości oddanej krwi;
- d) drobne gadżety bądź pamiątki, które w większości przypadków propagują honorowe krwiodawstwo;
- e) zwrot kosztów dojazdu do najbliższego punktu poboru krwi;
- f) darmowe przejazdy komunikacją miejską oraz dostęp do lekarza bez stania w kolejce po oddaniu określonej ilości krwi;
- g) darmowe badania krwi, gdzie przy regularnym oddawaniu ma miejsce stały monitoring zdrowia;

Dawstwo krwi, jako czyn społecznie uznany za niezwykle wysoce humanitarny, co zostało docenione. Osobie, która oddała krew, a także została zarejestrowana w jednostce organizacyjnej publicznej służby krwi, przysługuje tytuł „Honorowy Dawca Krwi”. Każdy HDK otrzymuje legitymację „Honorowego Dawcy Krwi”, wydaną przez jednostkę organizacyjną publicznej służby krwi. Natomiast Honorowemu dawcy krwi przysługuje tytuł „Zasłużony Honorowy Dawca Krwi”, a także odznaka honorowa ZHDK:²⁶⁷

a) trzeciego stopnia:

- kobiecie, która oddała w dowolnym czasie co najmniej 5 litrów krwi bądź odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników;
- mężczyźnie, który oddał w dowolnym czasie co najmniej 6 litrów krwi albo odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników;

b) drugiego stopnia:

- kobiecie, która oddała w dowolnym czasie co najmniej 10 litrów krwi bądź odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników;

²⁶⁷ <http://rckik.radom.pl/przywileje-dawcow-2/> [dostęp 5.01.2017].

— mężczyźnie, który oddał w dowolnym okresie czasu co najmniej 12 litrów krwi lub odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników;

c) pierwszego stopnia:

— kobiecie, która oddała w dowolnym okresie czasu co najmniej 15 litrów krwi bądź odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników;

— mężczyźnie, który oddał w dowolnym czasie co najmniej 18 litrów krwi albo odpowiadającą tej objętości ilość innych jej składników.

Zarówno tytuł jak i odznakę honorową „Zasłużony Honorowy Dawca Krwi” nadaje Polski Czerwony Krzyż na pisemny wniosek jednostek organizacyjnych PCK, stowarzyszeń oraz klubów zrzeszających honorowych dawców krwi, a także jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi. Do wniosku tego dołącza się dokument wydany przez jednostkę publicznej służby krwi, który potwierdza oddanie określonej ilości krwi bądź odpowiadającej tej objętości ilości innych jej składników.²⁶⁸

I. Propagowanie idei honorowego krwiodawstwa

Jednym z najistotniejszych wyzwań, jakie stoją przed systemami ochrony zdrowia, co jest ważne nie tylko dla Polski, lecz również na całym świecie jest zapewnienie stabilnej podaży krwi. Występują tu dwa aspekty problemu, a mianowicie z jednej strony postawa jednostki, która decyduje o oddaniu krwi, zaś z drugiej strony stosunkowo krótki czas przechowywania krwi. W konsekwencji stanowi to wyzwanie dla koordynacji podaży, a także popytu w odniesieniu do krwi. Ze względu na fakt, iż polski system zaopatrzenia w krew opiera się na honorowym oraz nieodpłatnym oddawaniu krwi, ważnym zagadnieniem w ramach zarządzania zasobami krwi jest zarówno przyciągnięcie, jak i podtrzymanie aktywności honorowych krwiodawców²⁶⁹.

Pomimo intensywnego postępu w rozwoju nauk biomedycznych, większość preparatów krwiopochodnych nie otrzymuje się poza żywym ustrojem. Obecnie donacje pozostają na poziomie niewystarczającym w stosunku do poziomu zapotrzebowania. W związku z czym ważne jest podejmowanie inicjatyw, które umożliwią zwiększenie liczby osób oddających honorowo krew. Niezbędne bowiem jest prowadzenie działań edukacyjnych, jak również promocyjnych, które umożliwiają rozwój kompetencji społecznych danej osoby,

²⁶⁸*Ibidem.*

²⁶⁹P. Stach, T. Młeczko, *Możliwości i założenia zarządzania relacjami z honorowymi dawcami krwi*. Marketing i Rynek Nr 6/ 2010, s. 28.

poprzez między innymi podejmowanie inicjatyw w ramach społecznej odpowiedzialności biznesu skoncentrowanych na działaniach obejmujących krwiodawstwo.²⁷⁰

W Polsce zaleca się zwiększyć pobieranie krwi ze względu na niski wskaźnik jej poboru. Ważne jest zatem prowadzenie intensywnych oraz skutecznych działań w obszarze rekrutacji, jak również kształtowania motywacji dawców. W rezultacie podejmowane inicjatywy mają na celu pozyskanie większej ich liczby oraz zwiększenia liczby pobrań w skali roku. W Polsce wskaźnik poboru krwi wynosi 26 jednostek/1000 mieszkańców. Wskaźnik ten jest stosunkowo niski w porównaniu ze średnim poziomem poddawania krwi w państwach Europy Zachodniej, który wynosi 40-50 jednostek/1000 mieszkańców. Prowadząc planowaną działalność rekrutacyjną zwraca się szczególną uwagę na następujące aspekty:²⁷¹

- a) nawiązanie, a także podtrzymanie pozytywnych relacji z innymi organizacjami, które wspierają program pozyskania honorowych dawców;
- b) rolę mediów publicznych, gdyż wszystkie formy przekazu informacji, np. o akcjach pobierania krwi są o wiele bardziej efektywniejsze, jeżeli docierają jednocześnie do szerokiego grona odbiorców;
- c) zachęcanie dawców do oddawania krwi w czasie festynów, a także imprez, które organizowane są na terenie dużych firm, uczelni oraz szkół, za pośrednictwem przedstawicieli władz lokalnych, służb ratowniczych i sił zbrojnych.

Niezwykle istotnym elementem promowania krwiodawstwa w Polsce jest działanie Niezależnego Stowarzyszenia Studentów. Organizacja ta funkcjonuje od wielu lat, gdzie głównym jej celem jest promowanie honorowego oddawania krwi przez młodzież akademicką. Stowarzyszenie organizuje na polskich uczelniach akcje zbiórek krwi pod hasłem „Wampiriada”. Zasadniczym pomysłem europejskiej Fundacji Honorowego Krwiodawcy są tak zwane ruchome stacje krwiodawstwa w postaci autobusów przystosowanych do poboru krwi. Zadaniem tych autobusów jest docieranie do różnych dawców na terenie całego państwa promując tym samym honorowe krwiodawstwo.²⁷²

Od lipca 2011 roku RCKiK w Opolu wdrożyło SMS – owy system zapraszania do oddawania krwi, co w rezultacie miało zachęcić społeczeństwo do honorowego oddawania

²⁷⁰J. Brudny, N. Pawlik, J. Koza, M. Świątkowski, *The estimation of volunteer blood donors motivation factors on ex ample of donors who applied to Regional Blood Donation and Blood Treatment Center in Bydgoszcz*, Medical of Biological Sciences No 1(1)/2011, s. 25-30.

²⁷¹ J. Antoniewicz- Papis, A. Dąbrowska, K. Dudziak, M. Łętowska, *Rozwój kontroli instytucjonalnej nad bezpieczeństwem i jakością krwi ludzkiej i jej składników*, Journal of Transfusion Medicine Nr 5(1)/ 2012, s.1-24.

²⁷²M. Daszkiewicz, *Spoleczne oblicze marketingu* [w:] Tożsamość i wizerunek marketingu w Polsce, (Red.) Niestrój R., Wydawnictwo PWE, Warszawa, 2009, s. 230-237.

krwi. Wprowadzając ten rodzaj promowania krwiodawstwa i krwiolecznictwa w sposób pośredni przejęto sterowanie pozyskiwania dawców w zależności od zapotrzebowania podmiotów leczniczych, a także stanów magazynowych banku krwi w RCKiK w Opolu. W rezultacie tego rodzaju akcja spowodowała, że liczba zdyskwalifikowanego koncentratu krwinek czerwonych z powodu przeterminowania kształtowała się w roku 2010 na poziomie 427 jednostek, zaś już w roku 2014 – 5 jednostek. Ostatecznie wdrożenie SMS – owego systemu zapraszania dawców spowodowało poprawę efektywności gospodarowania pozyskiwaną krwią w wyniku zmniejszenia utylizacji z powodu przeterminowania, a także dostosowania stanów magazynowych banku krwi RCKiK w Opolu do zapotrzebowania podmiotów leczniczych²⁷³.

Istotnymi elementami kampanii reklamujących honorowe krwiodawstwo i krwiolecznictwo są:²⁷⁴

- a) formy drukowane, do których kwalifikuje się biuletyny, plakaty, ulotki, billboardy;
- b) przekazy radiowe oraz telewizyjne informujące o akcjach zbiórki krwi;
- c) informacje na stronach internetowych oraz forach dyskusyjnych;
- d) informacje przekazywane za pośrednictwem poczty tradycyjnej oraz elektronicznej;

W Polsce, Czerwony Krzyż w celu promowania honorowego oddawania krwi systematycznie publikuje plakaty, a także ulotki, które informują o idei honorowego krwiodawstwa, jak również jego znaczeniu w społeczeństwie. Materiały te rozsyłane są między innymi do szkół, szpitali oraz samorządów lokalnych, a także rozdawane w placówkach służby zdrowia oraz w czasie trwania akcji pobierania krwi. Organizowane są również programy telewizyjne i radiowe, koncerty dla krwiodawców oraz występy zespołów muzycznych. Dla wielu państw europejskich, w tym także Polski okazją do zainteresowania mediów tematyką krwiodawstwa okazał się Światowy Dzień Krwiodawcy, co ma na celu zwiększenie świadomości wśród mediów oraz szerokiego kręgu społeczeństwa na temat roli, jaką odgrywają dobrowolni dawcy krwi.²⁷⁵

Głównym celem wyżej wymienionych akcji jest promowanie wiedzy dotyczącej oddawania krwi, kształtowanie właściwych postaw oraz przekonań, jak również przekazywanie informacji o konieczności dokonywania wyboru, a niejednokrotnie o samodyskwalifikacji. W konsekwencji prowadzenie tego rodzaju działań edukacyjnych

²⁷³I. Rajca – Biernacka, A. Biernacka – Bartnik, M. Feret, J. Niedziela, *Wpływ SMS – owego zapraszania dawców na efektywność gospodarki krwią*, Acta Haematologica Polonica Nr 46/ 2015, s. 137.

²⁷⁴J. Antoniewicz- Papis, A. Dąbrowska, K. Dudziak, M. Łętowska, *Rozwój kontroli instytucjonalnej nad bezpieczeństwem i jakością krwi ludzkiej i jej składników...* op. cit., s. 1-24.

²⁷⁵ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Bruksela, KOM(2011) 138.

skierowanych do dawców umożliwia pozbycie się lęków oraz obaw związanych z procedurą oddawania krwi. Dodatkowo wzmacnia publiczne zaufanie do mechanizmów pozyskania oraz bezpiecznego przechowywania zdobytej krwi.²⁷⁶

Zakończenie

Skuteczność pracy służby krwi, zarówno w Polsce jak i w innych państwach, ocenia się poprzez pryzmat sprostania wzrastającemu zapotrzebowaniu na bezpieczną, dostępną krew, jak również jej składniki i produkty krwiopochodne. Niezwykle istotne znaczenie w tym przypadku ma system organizacji krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Polsce. Ponadto fundamentem sprawnego działania tego systemu są prawne zasady jego działania. W konsekwencji system ten jest zcentralizowany, zaś pozyskiwanie dawców odbywa się w sposób honorowy. Głównym celem systemu krwiodawstwa jest zapewnienie samowystarczalności państwa w krew oraz jej składniki. Bardzo ważne jest również propagowanie honorowego krwiodawstwa w Polsce. Reasumując obecnie wyszczególnia się różnego rodzaju koncepcje, które propagują ideę dobrowolnego oraz nieodpłatnego oddawania krwi. Inicjatywy te wykorzystują takie techniki jak na przykład akcje marketingowe, programy dla studentów oraz inicjatywy internetowe. Poszczególne działania są skierowane na propagowanie oddawania krwi, inne z kolei dotyczą nieodpłatnego krwiodawstwa. W związku z czym istnieje konieczność wymiany doświadczeń, a w rezultacie określenia najlepszych rozwiązań w tym obszarze.

²⁷⁶*Ibidem.*

Bibliografia:

1. J. Antoniewicz – Papis, E. Lachert, A. Rosiek, J. Kubis, K. Janik, D. Piotrowski, M. Łętowska, *Otrzymywanie metodą automatyczną zlewanych koncentratów krwinek płytkowych*, Journal of Transfusion Medicine 3(2)/ 2010.
2. J. Antoniewicz- Papis, A. Dąbrowska, K. Dudziak, M. Łętowska, *Rozwój kontroli instytucjonalnej nad bezpieczeństwem i jakością krwi ludzkiej i jej składników*, Journal of Transfusion Medicine Nr 5(1)/ 2012.
3. J. Brudny, N. Pawlik, J. Koza, M. Świątkowski, *The estimation of volunteer blood donors motivation factors on ex ample of donors who applied to Regional Blood Donation and Blood Treatment Center in Bydgoszcz*, Medical of Biological Sciences No 1(1)/2011.
4. M. Daszkiewicz, *Spoleczne oblicze marketingu* [w:] Tożsamość i wizerunek marketingu w Polsce, (Red.) Niestrój R., Wydawnictwo PWE, Warszawa, 2009.
5. http://g.ekspert.infor.pl/p/_dane/akty_pdf/DZU/2010/7/50.pdf#zoom=90 [dostęp 5.01.2017].
6. <https://krwiodawcy.org/korzysci-z-hdk>[dostęp 5.01.2017].
7. <http://rckik.radom.pl/przywileje-dawcow-2/>[dostęp 5.01.2017].
8. J. Korsak, M. Łętkowska, *Transfuzjologia kliniczna*, α - medica Press 2009.
9. E. Lachert, J. Antoniewicz – Papis, *Metody inaktywacji czynników chorobotwórczych w składnikach krwi*, Journal of Transfusion Medicine 3(3)/2012.
10. K. Langer, *Metoda bezinwazyjnego oznaczania stężenia hemoglobiny u krwiodawców*, Acta Haematologica Polonica 2015 Nr 46.
11. M. Łętkowska, *Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi*, Wydawnictwo Instytut Hematologii i transfuzjologii, Warszawa 2014.
12. M. Majkowska, *Epidemiologia zakażeń wirusowych wykrywanych w RCKiK w Bydgoszczy w latach 2000 – 2009*, Acta Haematologica Polonica 42 (3)/2011.
13. A. Mikulska, *Transfuzjologia kliniczna i hemaferesa lecznicza*, Medycyna praktyczna 2015.
14. R. Offergeld, O. Hamouda, R. Burger, *Epidemiological data – an import ant part of the hemovigilance system*, Transfus Med. Hemother 37(3)/2010.
15. I. Rajca – Biernacka, A. Biernacka – Bartnik, M. Feret, J. Niedziela, *Wpływ SMS – owego zapraszania dawców na efektywność gospodarki krwią*, Acta Haematologica Polonica Nr 46/ 2015.

16. E. Rudkowska, L. Basta, G. Piwowarska, B. Drybańska, S. Dyląg, *Trendy epidemiologiczne związane z wykrywaniem markerów zakażenia HIV, HCV, HBV i kiły u dawców krwi w latach 2006 – 2009*. Regionalne Centrum Krwiodawstwa w Katowicach.
17. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Bruksela, KOM(2011) 138.
18. P. Stach, T. Mleczko, *Możliwości i założenia zarządzania relacjami z honorowymi dawcami krwi*. Marketing i Rynek Nr 6/ 2010.
19. J. Szoltysek, S. Twaróg, *Koncepcja logistyki społecznej na tle paradygmatu logistyki* [w:] Demograficzne uwarunkowania logistyki społecznej. Red. Szoltysek J. i wsp. Wydawnictwo PWN. Katowice 2013
20. M. Szymczyk – Nużka, *Wyedukowany dawca – bezpieczny pacjent*. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. Prof. Dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu.
21. A. Tomaszewska, *Szkolenia i podnoszenie kwalifikacji zawodowych*, Journal of Transfusion Medicine 5(3) 2012.
22. S. Twaróg, *Scenariusze rozwoju systemu zarządzania logistycznym cywilnym krwiodawstwem w Polsce*, Logistyka Nr. 4/2014
23. G. Trzpiot, J. Szoltysek, A. Ojrzyńska, S. Twaróg, *Analiza porównawcza działalności systemu krwiodawstwa państw Unii Europejskiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach NR 192. 2014.
24. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 roku o publicznej służbie krwi (Dz. U. z 2016 r. poz. 654).
25. E. Wiszniewska – Gauer, J. Hołyński, *Składniki krwi i preparaty krwiopochodne obecnie wytwarzane i stosowane w Polsce*, Military Pharmacy and Medicine 2(4)2009.
26. K. M. Zoń, *Prawne aspekty zgody na pobranie krwi*, Ogrody Nauk i Sztuk NR 2/2012.

Rozdział VIII

Zjawisko dumpingu w przetargach publicznych

Modzelewski Wojciech²⁷⁷

Dumping is a clear case of unfair competition. Dumping practices could be considered in the context of international law and in the context of home market. Polish domestic law provides certain Anti-dumping measures in public procurement. Effects of dumping in public procurement are harmful both to the economic operators and to the awarding entity. Very often economic operator can not fulfil his obligation because of the abnormally low price which not covers the actual costs of contract . Unfortunately, it is still not very easy for awarding entity to detect dumping prices in submitted tenders.

Wstęp

Dumping w zamówieniach publicznych, rozumiany jako sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów, ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców, jest bezwątpienia naruszeniem reguł uczciwej konkurencji. W szczególności dobrze jest to widoczne podczas wyłaniania najkorzystniejszej oferty w przetargach publicznych. Zamawiający bierze pod uwagę szereg czynników wpływających na atrakcyjność oferty. Najczęściej decydującym walorem składanych ofert jest nie termin, jakość wykonania, serwis, innowacyjność, lecz cena. Może to prowadzić do szeregu negatywnych konsekwencji dla innych przedsiębiorców, którzy złożyli oferty droższe ale bardziej profesjonalne pod względem innych aspektów jak i w szczególności dla samego zamawiającego, który kierując się wyłącznie kryterium ceny, naraża się na negatywne skutki tego wyboru takie jak opóźnienia wykonania zamówienia, dodatkowe dopłaty, a nawet na całkowite odstąpienie od realizacji zamówienia.

Dumping może występować na dwóch płaszczyznach- na płaszczyźnie międzynarodowej oraz na płaszczyźnie krajowej. Niniejszy artykuł poruszy problem dumpingu w kontekście przetargów publicznych oraz skupi się na sposobie jego wykrycia, oraz mechanizmach ochrony jakie przysługują państwu oraz innym podmiotom zagrożonym negatywnym skutkom dumpingu.

²⁷⁷ **Modzelewski Wojciech** - student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. W polu jego zainteresowań badawczych znajduje się prawo konkurencji, prawo energetyczne oraz prawo zamówień publicznych.

I. Akty prawne regulujące dumping

Dumping regulowany jest przez Rozporządzenie Rady (WE) nr 1225/2009 z 30.11.2009 r. w sprawie ochrony przed dumpingiem, oraz przed przywozem produktów po cenach antydumpingowych z krajów niebędących członkami WE (dalej Rozporządzenie), które zastąpiło Rozporządzenie Rady (WE) 384/96 z 22. 12. 1996. w sprawie ochrony przed dumpingiem w imporcie państw niebędących członkami Wspólnoty Europejskiej. Ponad to regulowany jest przez porozumienia wielostronne w ramach WTO, mianowicie przez art. VI GATT, do którego odsyła preambuła wspomnianego Rozporządzenia. Porozumienia WTO dotyczące art. VI GATT odnoszą się do sposobu wszczynania i prowadzenia postępowanie antydumpingowego, stosowania środków tymczasowych i ostatecznych czy do obliczania dumpingu. Dumping zdefiniowany został jako praktyka polegająca na wprowadzeniu do obrotu w jednym państwie produktów wyprodukowanych w innym państwie po cenie niższej od zwykłej ceny danych towarów²⁷⁸. Polski ustawodawca mechanizmy antydumpingowe zawarł natomiast w Ustawie o Zamówieniach Publicznych²⁷⁹ oraz w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁸⁰.

II. Rodzaje dumpingu

Dumping w świetle rynku międzynarodowego oprócz art. VI GATT, definiuje również wspomniane Rozporządzenie w art.1 ust. 2, które za dumping uznaje sytuację, w której cena eksportowa produktu przywiezionego do Wspólnoty jest niższa od porównywalnej ceny produktu podobnego, ustalonej w kraju wywozu w zwykłym obrocie handlowym. Można wyróżnić dwie odmiany tego dumpingu: dumping cenowy (price dumping) oraz kosztowy (cost dumping). Pierwszy polega na sprzedaży towarów na rynek zagraniczny po niższych cenach niż w kraju, natomiast dumping kosztowy oznacza sprzedaż za granicę poniżej kosztów wytworzenia albo świadczenia²⁸¹. Przedsiębiorstwo stosujące tego rodzaju dumping, ma na celu eliminację innych przedsiębiorców w kraju importera oraz zdobycie pozycji dominującej na danym rynku. Takie działanie szkodzi rynkowi wewnętrznemu oraz bezwzględnie narusza zasady konkurencji. Wymaga zaznaczenia, że dumping stosuje przedsiębiorstwo na własny koszt, godzi się na ponoszenie strat przez określony wymiar czasu (najczęściej aż do zdobycia pozycji monopolistycznej na rynku) aby potem mogło

²⁷⁸The General Agreement of Tariffs and Trade 1994; art VI. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

²⁷⁹Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1920), art.89, ust. 4; art. 90.

²⁸⁰Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2009 r. Nr 201, poz. 1540), art.15, ust. 1.

²⁸¹A. Kuna-Marszałek *Dumping jako narzędzie przedsiębiorstwa w walce o rynek w: Folia Oeconomica* nr 204, 2007, Acta Universitatis Lodziensis, str. 107.

dowolnie kształtować cenę danego produktu. W celu zapobieżeniu tego typu działaniom, oraz usunięcia negatywnych skutków dumpingu, wprowadzone zostały cła antydumpingowe oraz zobowiązania cenowe składane przez przedsiębiorstwo oskarżone o dumping, których konstrukcja jest podobna to instytucji z artykułu 9 rozporządzenia Rady Nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Kolejnym znaczącym rodzajem dumpingu jest dumping socjalny. Jest to stosunkowo powszechne zjawisko polegające na zaniżaniu wynagrodzenia pracownikom przez wykonawce lub podwykonawce zamówienia. W zamówieniach publicznych zjawisko to charakteryzuje się zatrudnianiem pracowników, na mniej korzystne dla pracowników, umowy cywilnoprawne²⁸² co jest zabronione w świetle polskiej regulacji, mianowicie kodeks pracy w art. 22 ust. 1, wprost stanowi, że jest niedopuszczalne zastąpienie umowy o pracę, umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy²⁸³. W obronie praw pracowników stają również regulacje unijne oraz orzecznictwo TSUE. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, jasno wskazuje w artykule 18 ust. 2, że państwa członkowskie mają za zadanie podejmować środki służące, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali między innymi prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionego w przepisach unijnych, układach zbiorowych lub w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy²⁸⁴. Jeżeli chodzi o unijne orzecznictwo to Trybunał opowiedział się po stronie praw pracowników w 2008 r. w sprawie Rüffert gdzie uznał, że instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom, z tytułu wykonanej pracy, wypłaty w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu, obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy, w miejscu realizacji zamówienia²⁸⁵. Z kolei niedawno bo w 2014 r. w sprawie Bundesdruckerei Trybunał stwierdził, że minimalne wynagrodzenie określone w ramach udzielania zamówień publicznych nie może być rozszerzone na pracowników podwykonawcy, mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, jeżeli ci

²⁸²M. Królikowska-Olczak, A. Górczyńska, *Szkodliwość dumpingu w zamówieniach publicznych*, Kwartalnik, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2(45)/2015, str. 11.

²⁸³Ustawa z 26.06.1974 r.- Kodeks Pracy (t. jednolity. : Dz.U. z 2016 r. poz. 1053).

²⁸⁴Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02. 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.

²⁸⁵Wyrok TSUE z dnia 3 kwietnia 2008 r. C-346/06 - Rüffert. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-09/cp140129pl.pdf>

pracownicy wykonują dane zamówienie wyłącznie w tym państwie²⁸⁶. Zaznaczyć należy, że Trybunał nałożył na wykonawców obowiązek zobowiązania się w ofercie, do wypłaty wynagrodzenia odpowiadającemu średniemu kosztowi życia w danym państwie, natomiast zwolnił od tego obowiązku podwykonawców, którzy mają siedzibę w innym państwie członkowskim, gdzie obowiązuje niższa stawka minimalna, ponieważ jak stwierdził sam Trybunał: „Wymóg zapłaty minimalnego wynagrodzenia bez związku z kosztami utrzymania istniejącymi w tym innym państwie członkowskim jest niezgodny ze swobodą świadczenia usług”. Reasumując, oferent, który ubiega się o zamówienie publiczne powinien zawrzeć na piśmie gwarancję co najmniej minimalnego wynagrodzenia, uwzględniając przy tym średni koszt utrzymania w państwie gdzie zamówienie ma być realizowane.

Dumping można rozróżnić również ze względu na długość okresu jego występowania i tak wyróżnia się: dumping sporadyczny (sporadic dumping), dumping agresywny (predatory dumping) oraz dumping trwały (persistent dumping). Dumping sporadyczny często stosowany jest w celu stabilizacji produkcji jak również przez przedsiębiorstwa, które nie mają dużego doświadczenia w obrocie i na podstawie błędnych prognoz popytu lub kursu walut, podejmują decyzje produkcyjne. Najczęściej dumping sporadyczny, incydentalny, który nie wywołuje poważnych szkód nie spotyka się z restrykcjami ze strony organów państwowych lub unijnych. Najbardziej szkodliwy pod względem ekonomicznym jest dumping agresywny, który najczęściej stosowany jest tymczasowo aż do czasu eliminacji innych przedsiębiorców oraz zdobycia pozycji monopolistycznej, aby po jakimś czasie pozwolić sobie na podniesienie cen i wyrównanie poniesionych strat. Podkreślić należy że tego typu praktyka jest szkodliwa zarówno dla producentów krajowych, którzy nie są w stanie konkurować z cenami dumpingowymi jak i dla konsumentów krajowych, którzy tylko przez określony czas korzystają z niskich cen, mianowicie do czasu gdy przedsiębiorstwo uzyska pozycję monopolistyczną i będzie mogło dowolnie kształtować ich wysokość²⁸⁷. Dumping trwały stosowany jest przez przedsiębiorców posiadających monopol na własnym rynku, którzy mogą sobie pozwolić na wprowadzenie cen dumpingowych na rynku zewnętrznym celem zdobycia pozycji dominującej.

²⁸⁶Wyrok TSUE z dnia 18. 09. 2014 r. C-549/13 Bundesdruckerei GmbH / Stadt Dortmund.

²⁸⁷A. Kuna- Marszałek, *Dumping jako narzędzie przedsiębiorstwa w walce o rynek*; Folia Oeconomica, Acta Universitatis Lodzensis nr 204, 2007 r. str. 108-110.

III. Sposoby na wykrycie dumpingu w przetargach publicznych

Z czysto teoretycznego punktu widzenia, wykrycie dumpingu w przetargach publicznych nie powinno budzić większych problemów. Jeżeli w ofercie widać rażąco niską cenę, której wartość znacznie odbiega od pozostałych ofert, lub ceny samego zamówienia, lub oferent nie złożył pisemnych gwarancji zapewnienia pracownikom godziwego wynagrodzenia, to zamawiający może przypuszczać, że ma do czynienia z którymś z rodzajów dumpingu i można by było przypuszczać, że ma prawo ją od razu odrzucić. Jednakże nic bardziej mylnego, otóż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, zamawiający nie może automatycznie odrzucać ofert poniżej określonego poziomu cenowego, pomijając procedurę weryfikacji oferty²⁸⁸. Jak widać Trybunał położył nacisk na weryfikację wątpliwych ofert, w szczególności ofert, które zawierają rażąco niską cenę, można przypuszczać, że Trybunał kierował się prawem do obrony oferenta oraz domniemaniem uczciwej konkurencji. Zasadniczy problem dotyczy definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, które jest używane w prawie unijnym, w artykule 69 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18, oraz w prawie krajowym w artykule 90 PZP. Trzeba podkreślić, że ani ustawodawca polski ani unijny nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny czyli nigdzie nie znajdziemy jej definicji legalnej. Przyjmuje się definicję, która została wypracowana przez orzecznictwo: „ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe”²⁸⁹. Ponad to w art. 90 PZP ust. 1 zostało określone, że rażąca niska cena występuje w szczególności gdy cena jest niższa o 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wprowadzony przykładowy próg 30% jest nieprzekraczalny a zamawiający może go obniżyć w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia²⁹⁰. Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała również regułę polegającą na analizowaniu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do poszczególnych jego elementów²⁹¹. Pomimo, że przepisy nakładają

²⁸⁸Orzeczenie ETS z dnia 22. 06. 1989 r. C-103/88 Costanzo, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0017/28313/Orzeczenie20103_88.pdf.

²⁸⁹Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2014 r. 569/14, <http://noweprzetargi.pl/szukaj/0569-14.pdf>

²⁹⁰Urząd Zamówień Publicznych, *Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/razaco-niska-cena>.

²⁹¹Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2013 r. 2751/13, <http://noweprzetargi.pl/szukaj/2751-13.pdf>

obowiązek na zamawiającego brania pod uwagę innych aspektów oferty aniżeli tylko ceny, to niestety wciąż mają miejsce patologiczne sytuacje w których w przetarg publicznych wygrywa oferta, której jedyną zaletą jest cena. Dlatego też ustawodawca wyposaża zamawiającego w pewne instrumenty prawne mające na celu zweryfikowanie składanych ofert.

IV. Mechanizmy prawne walki z dumpingiem

W przetargach publicznych zostały wprowadzone przepisy mające na celu ochronę zarówno oferentów jak i zamawiającego, równocześnie zostały nałożone, na te dwa podmioty, określone obowiązki. Przepisy chronią oferenta przed automatycznym odrzuceniem jego oferty w sytuacji, w której zamawiający polegając wyłącznie na przypuszczeniach, postanowi odrzucić ofertę powołując się na dumping. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest aby wystarczające było dla stwierdzenia, że doszło do dumpingu, porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia²⁹². Przy ogłaszaniu przetargu na zamawiającym ciąży obowiązek oszacowania wartości zamówienia w sposób uśredniony jeżeli odnosi się do przedmiotu, którego wartości nie da się dokładnie wyliczyć oraz do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Co ważne wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a raczej powinna zostać uśredniona²⁹³. Jeżeli wśród złożonych ofert pojawia się oferta, której cena jest znacznie niższa od pozostałych, to przepis art. 90 PZP, przyznaje uprawnienie zamawiającemu, zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny za każdym razem, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Oprócz tego w ust. 1 zawarte zostały przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Katalog tych czynników ma charakter otwarty i są to między innymi takie czynniki jak: rozwiązania techniczne, warunki sprzyjające wykonywaniu zamówienia, wpływ pomocy publicznej czy oryginalność projektu wykonawcy. Wykonawca ma zawsze obowiązek złożenia dodatkowych informacji, pod rygorem odrzucenia ofert, a więc ciężar udowodnienia iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca ma za zadanie wykazania, że cena przez niego

²⁹² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 maja 2013 r.1054/13, <http://noweprzetargi.pl/szukaj/1007-13.pdf>

²⁹³ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, ABC nr 104014, 2015 r., wyd. I, Rozdział III.

przedstawiona nie jest rażąco niska poprzez wskazanie sposobu jej kalkulacji oraz przedstawienie, jakie elementy miały wpływ na jej końcowy wynik. Jeżeli złożone wyjaśnienia nie spowodowały usunięcia wątpliwości po stronie zamawiającego, to ma on uprawnienie do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień²⁹⁴. Zamawiający ma prawo do odrzucenia oferty wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 3 PZP, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Reasumując, ustawodawca chroni oferentów przed bezpodstawnym i automatycznym odrzuceniem ofert. Oferentowi zawsze przysługuje prawo do obrony w postaci złożenia wyjaśnień dotyczących ceny swojej oferty jak również prawo złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei zamawiający ma prawo do odrzucenia oferty po wszczęciu postępowania wyjaśniającego oraz zaistnienia określonych przesłanek.

Dumping może być rozważany przez pryzmat ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 tejże ustawy definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, jako utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przedsiębiorca stosując sprzedaż ze stratą działa w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zgodnie z Komentarzem J. Szwaji do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 15 ust. 1 obejmuje swym zakresem dwie sytuacje: sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia oraz odsprzedaż poniżej kosztów zakupu²⁹⁵. Pierwsza sytuacja polega na tym, że przedsiębiorca, który jest jednocześnie producentem dokonuje sprzedaży towarów lub świadczenia usług za cenę, która nie pokrywa kosztów wyprodukowania towaru lub kosztów własnych, świadczenia usługi. Drugi przypadek odnosi się do działalności dystrybucyjnej, czyli do sytuacji, w której dystrybutor sprzedaje towar za cenę niższą niż cena jego nabycia. Co ważne za dumping nie mogą być uznawane sytuacje stosowania dumpingu w sposób sporadyczny i uzasadniony, jeżeli nie mają one na celu eliminacji innych przedsiębiorców, przykładem takiego stosowania dumpingu są wyprzedaże posezonowe. Zauważyć należy, że w tym sposobie regulacji obowiązuje kryterium celowości działania, a więc jeżeli organ lub Sąd krajowy nie zakwalifikują danego działania jako zmierzającego do eliminacji innych przedsiębiorców, nie będzie możliwości zakwalifikowania działania jako sprzecznego z ZNKU.

²⁹⁴Wyrok SO w Olsztynie z dnia 09.12. 2010 r., V Ga 122/10,
<https://szukio.pl/podglad/26218?fraza=%22V+Ga+122%2F10%22&position=0>

²⁹⁵J. Szwaja Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz red. J Szwaja, Warszawa 2013, s. 583.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1225/2009 przyznaje Komisji uprawnienie do nałożenia cła antydumpingowego na produkt przywieziony po cenach dumpingowych, którego wprowadzenie powoduje szkodę. Tak jak zostało wspomniane wyżej, produkt uznaje się za przywieziony po cenach dumpingowych, jeżeli jego cena eksportowa do Wspólnoty jest niższa, od porównywalnej ceny produktu podobnego, ustalonej w kraju wywozu w zwykłym obrocie handlowym. Przesłanką do nałożenia cła, jest szkoda jaka powstaje na skutek wprowadzenia do obrotu produktu po cenach dumpingowych. Rozporządzenie stanowi, że chodzi tu o: „ (...) istotną szkodę dla przemysłu wspólnotowego, zagrożenie istotną szkodą dla przemysłu wspólnotowego lub istotne opóźnienie powstania takiego przemysłu...”. Wymagane jest przedstawienie przekonujących oraz obiektywnych dowodów wskazujących na wpływ i jego wielkość jaki wywiera określone działanie dumpingowe na przemysł Unijny. Przez przemysł unijny należy rozumieć całość unijnych producentów produktów unijnych²⁹⁶. Organem prowadzącym postępowanie i uprawnionym do badania szkody oraz dumpingu jest Komisja, która jak wskazano, działa we współpracy z państwami członkowskimi. Wniosek o wszczęcie postępowania przysługuje każdej osobie fizycznej lub prawnej albo organizacji nieposiadającej osobowości prawnej działającej w imieniu przemysłu wspólnotowego. W przypadku stwierdzenia przez Komisję zaistnienia dumpingu i związanej z nim szkody, przysługują jej uprawnienia do nałożenia sankcji. Sankcje mogą mieć charakter tymczasowy jak i ostateczny. Środki tymczasowe w postaci cła tymczasowego, Komisja nakłada kiedy wstępnie stwierdzono szkodę spowodowaną dumpingiem oraz gdy wymaga tego interes Wspólnoty. Art. 8 Rozporządzenia przewiduje możliwość złożenia przez eksportera dobrowolnych zobowiązań mających na celu uchylenie dumpingu wraz ze spowodowaną szkodą. Podobnie jak w instytucji zawartej w art. 9 rozporządzenia Rady Nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, art. 8 rozporządzenia, przewiduje możliwość zawarcia swoistej ugody między eksporterem a Komisją, w której eksporter zobowiązuje się do zaprzestania stosowania dumpingu i ewentualnie do uchylenia jego negatywnych skutków, natomiast Komisja wstrzymuje się od nałożenia ceł. Instytucja ta jest bezwątpienia bardzo korzystna dla eksportera ponieważ daje mu możliwość uchylenia się od negatywnych konsekwencji swojego działania, bez jednoznacznego merytorycznego rozstrzygnięcia przez Komisję czy doszło do stosowania dumpingu przez eksportera. Najbardziej dotkliwą sankcją jest nałożenie przez Radę, na wniosek Komisji, ostatecznego cła

²⁹⁶M. Królikowska-Olczak, A. Górczyńska, *Szkodliwość dumpingu w zamówieniach publicznych*, Kwartalnik, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2(45)/2015, str. 5.

antydumpingowego. Należy przy tym pamiętać, że zarówno Komisja jak i Rada są zobowiązane do respektowania zasady proporcjonalności i za każdym razem organy te powinny badać zakres dumpingu i szkody w stosunku to nakładanego cła.

Zakończenie

Dumping jest czynem nieuczciwej konkurencji i zarazem zachowaniem nie *fair* w stosunku do innych przedsiębiorców. Oddziałuje negatywnie zarówno na zamawiającego, pozostałych oferentów oraz co istotne na konsumentów. Podkreślić należy, że wciąż pozostają zagadnienia prawne związane z dumpingiem, które nie zostały jasno wyjaśnione przez ustawodawcę, stąd też przypisuje się dużą rolę orzecznictwu, które powinno harmonizować kwestie, które, wiąż budzą wątpliwości. Uważam, że obowiązujące regulacje są na chwile obecną wystarczające, jednak dumping jest zjawiskiem, które na pewno będzie co raz bardziej popularne a nieuczciwi przedsiębiorcy będą szukali nowych metod na obejście ustaw celem jego stosowania. Stąd należy podnieść, że zarówno ustawodawca polski jak i unijny nie powinien ustawać w analizie tego zjawiska, powinien pozostać czuły na tego typu praktyki oraz powinien wyposażać swoje organy w skuteczne mechanizmy wykrywania oraz zwalczania dumpingu. Co więcej, powinny być sukcesywnie prowadzone działania promujące wśród zamawiających dokładnego analizowania ofert. Aby za wyborem najkorzystniejszej oferty stały takie aspekty jak innowacyjność, serwis czy oddziaływanie na środowisko. Zamawiający muszą być świadomi, że kierując się jedynie kryterium ceny narażają się na całkowite niewykonanie bądź na nienależyte wykonanie zamówienia.

Rozdział IX

Ograniczenia antykorupcyjne dotyczące funkcjonariuszy samorządowych

Składanek Bartłomiej²⁹⁷

The article is devoted the problem of anti-corruption restrictions on government officials. We find here information about the limitations on the anti-corruption council and persons holding positions in local government units. The author discusses the issues of asset declarations, economic activity and make statements about business officer of the local government, as well as the statements and information concerning the activity spouse. The article also presents other restrictions and prohibitions related to the mandate of the councilor and employment in local government administration.

Wstęp

Korupcja jest zjawiskiem uniwersalnym, oznaczającym najczęściej nadużywanie stanowisk publicznych dla osiągnięcia prywatnych korzyści. Odwołując się do opracowań Najwyższej Izby Kontroli możemy wyodrębnić korupcję polityczną, korupcję w urzędzie oraz korupcję gospodarczą²⁹⁸. Zjawisko korupcji związane jest z demoralizacją społeczną i traktowane jest jako istotny problem społeczny, polityczny i ekonomiczny. Wiąże się to z ograniczeniem społecznego zaufania i brakiem wiary w sens demokratycznego uczestnictwa oraz wpływa na poważne straty w gospodarce. Korupcja występująca w strukturach administracji publicznej związana jest najczęściej ze świadomym omijaniem lub łamaniem obowiązującego już prawa, celem osiągnięcia nielegalnych korzyści i zysków przez funkcjonariuszy publicznych. Należy przy tym podkreślić, iż korupcja zmienia wolny rynek w rynek układów oraz ma zauważalny wpływ na koszty funkcjonowania przedsiębiorstw oraz firm²⁹⁹.

Wprowadzenie w ustawodawstwie polskim ograniczeń dotyczących dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, ograniczeń w zakresie zawierania umów cywilnoprawnych z organami jednostek samorządu

²⁹⁷**Składanek Bartłomiej** – student I roku II stopnia na kierunku administracja oraz II roku na kierunku prawo Uniwersytetu Technologiczno – Humanistycznym w Radomiu. Członek Studenckiego Koła Naukowego Administratywistów „SKAUTH”.

²⁹⁸Z. Gilowska, D. Kijowski, M. Kulesza, W. Misiąg, S. Prutis, M. Stec, J. Szlachta, J. Zaleski, *Podstawy prawne funkcjonowania terytorialnej administracji publicznej w RP*, Warszawa 2002, s. 68.

²⁹⁹A. Wierzbica, *Ograniczenia antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2008, s. 11.

terytorialnego i innymi podmiotami powiązanymi z tymi jednostkami, jak również wprowadzenie obowiązku składania oświadczeń majątkowych oraz oświadczeń o działalności gospodarczej małżonka i innych informacji, stało się elementem czynności antykorupcyjnych podjętych przez ustawodawcę krajowego³⁰⁰.

Warto zauważyć, iż zjawisko korupcji dotyczy całości struktur państwa, jednak sprawa nadużyć w samorządzie ma znaczenie szczególne. To właśnie samorząd jest najbliższą formą działania państwa i pierwszym doświadczeniem idei dobra wspólnego. Zepsucie samorządu i demoralizacja jej funkcjonariuszy wpływa na cały ustrój demokratyczny i deprawuje obywateli w wyjątkowo dotkliwy sposób³⁰¹.

Pełnienie funkcji publicznych związane jest z określonymi ograniczeniami, które mają na celu zapobieganie zjawiskom o charakterze korupcyjnym. Mają one więc przeciwdziałać powstawaniu sytuacji, w których osoba pełniąca funkcje publiczne wykorzystuje zajmowane stanowisko do osiągania prywatnych korzyści. Korupcję traktuje się jako rezultat możliwości osiągania nieuczciwych zysków, zbyt szerokich kompetencji uznaniowych oraz słabej jawności i kontroli działań w sferze publicznej. Dlatego aktualnie za skuteczną metodę zwalczania korupcji uznaje się wprowadzanie takich rozwiązań, które ograniczają do minimum wpływ tych czynników na ludzkie zachowania³⁰².

Artykuł poświęcony jest problemowi ograniczeń antykorupcyjnych dotyczących funkcjonariuszy samorządowych. Znajdziemy tu informacje na temat ograniczeń antykorupcyjnych dotyczących radnych oraz osób pełniących funkcje w jednostkach samorządu terytorialnego. Autor omówił kwestie oświadczeń majątkowych, prowadzenia działalności gospodarczej oraz składania oświadczeń o działalności gospodarczej funkcjonariusza samorządowego, jak również oświadczeń i informacji dotyczących aktywności zawodowej małżonka. W artykule zaprezentowano również inne ograniczenia i zakazy związane z wykonywaniem mandatu radnego i zatrudnieniem w administracji samorządowej.

I. Przepisy antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym

Kluczową rolę wśród wielu elementów składowych tworzących mechanizm skutecznie przeciwdziałający korupcji odgrywa prawidłowo skonstruowany system prawny. Nie chodzi tu wyłącznie o przepisy prawa karnego, ale dotyczy to także przepisów zawartych

³⁰⁰*Ibidem*, s. 12.

³⁰¹Z. Gilowska, D. Kijowski, M. Kulesza, W. Misiąg, S. Prutis, M. Stec, J. Szlachta, J. Zaleski, *Podstawy prawne...*, op. cit., s. 69.

³⁰²B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2012, s. 231-232.

w innych gałęziach prawa, które zapobiegają pewnym sytuacjom o charakterze korupcyjnym³⁰³. W polskim porządku prawnym w odniesieniu do samorządu terytorialnego taką funkcję pełnią m.in.: ustawa z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym³⁰⁴, ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie powiatowym³⁰⁵, ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa³⁰⁶, ustawa z dnia 21 sierpnia 1997r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne³⁰⁷, jak również w ograniczonym zakresie ustawa z dnia 21 listopada 2008r. o pracownikach samorządowych³⁰⁸, ustawa z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych³⁰⁹ oraz ustawa z dnia 5 stycznia 2011r. – Kodeks wyborczy³¹⁰. Wskazane uregulowania prawne wzajemnie się przenikają oraz mają miejsce liczne odesłania, w konsekwencji czego, następuje konieczność wywodzenia jednej normy antykorupcyjnej z wielu przepisów.

Proces kształtowania się przepisów antykorupcyjnych dokonywał się na przestrzeni kilkunastu lat. Ustawodawca oceniał dokładność przyjętych rozwiązań dopiero w praktyce, wykorzystując w ten sposób zdobyte doświadczenia przy kolejnych nowelizacjach samorządowego prawa antykorupcyjnego. Przykładem jest ustawa o samorządzie gminnym, której rozwiązania dopiero po jakimś czasie zostały przeniesione do ustaw o samorządzie powiatowym oraz samorządzie województwa. Porównywalnie było w przypadku ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne z dnia 5 czerwca 1992 r. Przepisy tej ustawy wprowadzano w życie przez okres kilku lat i dopiero 21 sierpnia 1997 r., pod wpływem wielu krytycznych głosów tego aktu prawnego, zastąpiła ją ustawa o takim samym tytule określana potocznie „ustawą antykorupcyjną”. Regulacje antykorupcyjne dotyczące samorządu terytorialnego przechodziły w międzyczasie jeszcze kilka większych i mniejszych zmian³¹¹.

II. Ograniczenia dotyczące radnych

Ograniczenia antykorupcyjne dotyczące radnych wynikają z ustaw samorządowych: o samorządzie gminnym, powiatowym i województwa. Do radnych nie mają zastosowania przepisy ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej poprzez osoby

³⁰³*Ibidem*, s. 235.

³⁰⁴Tekst jedn.: Dz.U. z 2016r. poz. 1579.

³⁰⁵Tekst jedn.: Dz.U. z 2016r. poz. 1579.

³⁰⁶Tekst jedn.: Dz.U. z 2015r. poz. 1890.

³⁰⁷Tekst jedn.: Dz.U. z 2016r. poz. 1202.

³⁰⁸Tekst jedn.: Dz.U. z 2016r. poz. 1220.

³⁰⁹Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1454.

³¹⁰Tekst jedn.: Dz.U. 2017 r. poz. 15.

³¹¹B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny...*, op. cit., s. 236.

pełniące funkcje publiczne³¹².

Przepisy związane z gminnym samorządem terytorialnym wprowadzają sporo zakazów odnoszących się do radnych. Zakazy te wprowadzają względem funkcjonariuszy samorządowych ograniczenia antykorupcyjne. Na początku należy zaznaczyć, iż z radnym nie może być nawiązywany stosunek pracy w urzędzie gminy, w której radny zyskał mandat. Co więcej, radny nie może pełnić również funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej oraz jego zastępcy. Nadto wójt nie może powierzyć radnemu gminy, w której radny uzyskał mandat, wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zakazy te mają na celu przeciwdziałać niebezpieczeństwu zbytecznego zbiegu mandatu radnego z zatrudnieniem w urzędzie gminy lub pełnieniem funkcji kierowniczych w gminnych jednostkach organizacyjnych³¹³.

Kolejnym ograniczeniem antykorupcyjnym jest zakaz podejmowania dodatkowych zajęć przez radnych, jak również zakaz otrzymywania darowizn, które mogą podważyć zaufanie obywateli do wykonywania mandatu. Ponadto radni nie mają prawa powoływać się na swój mandat w związku z podjętymi dodatkowymi zajęciami lub działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek albo wspólnie z innymi osobami. Kolejny zakaz względem radnych dotyczy prowadzenia działalności gospodarczej. Radni nie mogą prowadzić na własny rachunek działalności gospodarczej lub razem z innymi osobami, wykorzystując mienie komunalne gminy, w której radny uzyskał swój mandat. Co więcej, radny nie może też zarządzać taką działalnością, bądź być przedstawicielem, czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Jeśli radny prowadził taką działalność gospodarczą przed rozpoczęciem wykonywania mandatu, musi zaprzestać prowadzenia takiej działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewykonanie tego obowiązku przez radnego stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu³¹⁴.

Radni i ich małżonkowie, a także małżonkowie: wójtów, zastępców wójtów, sekretarzy i skarbników gminy, kierowników jednostek organizacyjnych gminy oraz osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi nie mogą być członkami władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych, ani pełnomocnikami spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby. Wybór lub powołanie tych osób na te funkcje są nieważne z mocy prawa. Jeżeli zaś wybór lub powołania miały miejsce przed rozpoczęciem wykonywania

³¹²*Ibidem*, s. 237.

³¹³A. Radwańska, D. Nilsson, *Przepisy antykorupcyjne pracowników samorządowych w polskim systemie prawnym oraz w systemach prawnych innych państw europejskich*, Warszawa 2003, s. 5-20.

³¹⁴J. Jagoda, *Ograniczenia antykorupcyjne dotyczące radnych*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 6, s. 25- 35.

mandatu radnego lub przed powołaniem na stanowisko, wtedy to wymienione wyżej osoby powinny zrzec się stanowiska lub funkcji w terminie 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania lub od dnia powołania na stanowisko. W przypadku, kiedy radny nie zrzec się stanowiska lub funkcji, jego utrata następuje z mocy prawa po upływie 3-miesięcznego terminu³¹⁵.

Na mocy przepisów o samorządzie gminnym, wszyscy radni mają obowiązek złożyć oświadczenie o swoim stanie majątkowym. Na tych samych zasadach do składania oświadczeń majątkowych zobowiązani są: wójt, zastępca wójta, sekretarz i skarbnik gminy, kierownik jednostki organizacyjnej gminy, osoba zarządzająca i członek organu zarządzającego gminną osobą prawną oraz osoba wydająca decyzje administracyjne w imieniu wójta. Oświadczenie majątkowe dotyczy odrębnego majątku tych osób oraz majątku objętego małżeńską wspólnością majątkową. Oświadczenie majątkowe powinno zawierać informacje m.in. o: zasobach pieniężnych, nieruchomościach, akcjach i udziałach w spółkach handlowych, jak również dane o prowadzeniu działalności gospodarczej oraz związane z zajmowaniem stanowisk w spółkach handlowych³¹⁶.

Ponadto oświadczenie majątkowe obejmuje informacje o dochodach osiągniętych z tytułu zatrudnienia lub innej działalności zarobkowej, mieniu ruchomym, którego wartość przewyższa 10 000 złotych oraz o zobowiązaniach pieniężnych o wartości wyższej niż 10 000 złotych (w tym również zaciągniętych kredytach i pożyczkach i warunkach, na jakich zostały udzielone). Informacje zawarte w oświadczeniu majątkowym co do zasady są jawne, z wyjątkiem informacji o adresie zamieszkania składającego oświadczenie oraz o miejscu położenia nieruchomości. Informacje zawarte w oświadczeniach majątkowych są udostępniane w Biuletynie Informacji Publicznej³¹⁷.

Niezłożenie oświadczenia majątkowego przez radnego lub wójta powoduje wygaśnięcie mandatu. Jeżeli oświadczenia nie złoży zastępca wójta, sekretarz gminy, skarbnik gminy, kierownik jednostki organizacyjnej gminy, osoba zarządzająca i członek organu zarządzającego gminną osobą prawną oraz osoba wydająca decyzje administracyjne w imieniu wójta ma miejsce utrata ich wynagrodzenia za okres od dnia, w którym powinno być złożone oświadczenie do dnia złożenia tego oświadczenia. Ponadto podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w oświadczeniu majątkowym skutkuje odpowiedzialnością karną. Za składanie fałszywych zeznań grozi kara pozbawienia wolności do 3 lat³¹⁸.

³¹⁵P. Chmielnickiego (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 453-460.

³¹⁶A. Agopszowicz, Z. Gilowska, *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1999, s. 19-22.

³¹⁷A.K. Piasecki, *Samorząd terytorialny i wspólnoty lokalne*, Warszawa 2009, s. 101-115.

³¹⁸<http://www.prawo24.pl/a/ograniczenia-antykorupcyjne-dotycz%C4%85ce-funkcjonariuszy-samorz%C4%85dowych> - [dostęp 12.01.2017r.].

III. Ograniczenia dotyczące pozostałych pracowników samorządowych

Aktem prawnym zawierającym podstawowy katalog ograniczeń antykorupcyjnych dotyczących pozostałych funkcjonariuszy samorządowych jest ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku *o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne* (tzw. ustawa antykorupcyjna)³¹⁹. Status pracownika samorządowego posiadają pracownicy zatrudnieni w urzędach marszałkowskich oraz w wojewódzkich samorządowych jednostkach organizacyjnych, starostwach powiatowych, powiatowych jednostkach organizacyjnych, urzędach gmin, jej jednostkach pomocniczych, a także w gminnych jednostkach i zakładach budżetowych. Właściwy jest on również dla pracowników biur, związków jednostek samorządu terytorialnego oraz zakładów budżetowych utworzonych przez te związki, jak również biur jednostek administracyjnych samorządu terytorialnego. Trzeba zauważyć, że w myśl rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę, pracownikiem samorządowym jest każda osoba fizyczna, która pozostaje w stosunku pracy z daną jednostką samorządową. Zatem podstawą wyodrębnienia pracowników samorządowych z ogółu zatrudnionych, jest kryterium miejsca pracy³²⁰.

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. *o pracownikach samorządowych*³²¹ zawiera przepis dający prawo wystąpienia do pracownika samorządowego z żądaniem złożenia przez niego oświadczenia majątkowego. Celem tej antykorupcyjnej regulacji prawnej jest przede wszystkim stworzenie mechanizmów prawnych zapobiegających sytuacjom niezgodnego z prawem wykorzystywania stanowiska przez pracownika samorządowego do osiągnięcia przez niego korzyści, niekoniecznie o charakterze materialnym. Ta regulacja prawna ma na celu wykluczać sytuacje, w których pracownik samorządowy uzależnia załatwienie sprawy urzędowej od uzyskania osobistych korzyści. Normy prawne o charakterze antykorupcyjnym zawarte w ustawie o pracownikach samorządowych pozostają w bezpośredniej relacji z tymi przepisami prawa, które stanowią, że pracownikiem samorządowym zatrudnionym na stanowisku urzędniczym oraz kierowniczym stanowisku urzędniczym może być tylko osoba ciesząca się nieposzlakowaną opinią³²².

Obowiązek złożenia oświadczenia majątkowego może dotyczyć nie tylko pracowników samorządowych wymienionych w ustrojowych ustawach samorządowych, ale

³¹⁹Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1948.

³²⁰E. Koniuszewska, *Środki prawne ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym*, Warszawa 2009, s. 92-93.

³²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1220.

³²²A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących przepisów antykorupcyjnych z wykazaniem ich mankamentów prawnych*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i Antykorupcja*, Warszawa 2012, s. 134-135.

również każdego pracownika samorządowego, o ile jest zatrudniony na stanowisku urzędniczym, w tym również na kierowniczym stanowisku urzędniczym. Złożenia oświadczenia majątkowego można żądać również od osób pełniących funkcje doradców i asystentów³²³.

Pracownik samorządowy składa oświadczenie o swoim stanie majątkowym wg wzoru oświadczenia określonego dla radnych, wójtów (burmistrzów, prezydentów miasta), zastępców, sekretarzy i skarbników gmin, powiatów i województw, członków zarządu powiatów i województw, kierowników gminnych, powiatowych oraz wojewódzkich jednostek organizacyjnych, osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi, powiatowymi oraz wojewódzkimi osobami prawnymi a także osób wydających decyzje administracyjne w imieniu wójta (burmistrza, prezydenta miasta), starosty oraz marszałka województwa. Oświadczenie majątkowe musi zawierać informacje o:

- zasobach pieniężnych, nieruchomościach, udziałach i akcjach w spółkach handlowych oraz o nabyciu od Skarbu Państwa, innej państwowej osoby prawnej, jednostek samorządu terytorialnego, ich związków lub od komunalnej osoby prawnej mienia, które podlegało zbyciu w drodze przetargu, a także dane o prowadzeniu działalności gospodarczej oraz dotyczące zajmowania stanowisk w spółkach handlowych,
- dochodach osiągniętych z tytułu zatrudnienia lub innej działalności zarobkowej lub zajęć, z podaniem kwot uzyskiwanych z każdego tytułu
- mieniu ruchomym o wartości powyżej 10 000 złotych
- zobowiązaniach pieniężnych o wartości powyżej 10 000 złotych, w tym zaciągniętych kredytach i pożyczkach oraz warunkach, na jakich zostały udzielone³²⁴.

Z omawianej regulacji antykorupcyjnej nie wynika jak często można żądać złożenia przez niego oświadczenia majątkowego. Wydaje się więc, że kierownik jednostki zatrudniającej pracownika może z takim żądaniem wystąpić w każdym czasie. Uzasadnieniem żądania złożenia oświadczenia majątkowego może być przede wszystkim podejrzenie kierownika jednostki samorządowej o wykorzystywanie przez pracownika zajmowanego stanowiska do osiągnięcia korzyści osobistych³²⁵.

Inne ograniczenie pracowników samorządowych znajdziemy w art. 31 ust. 1 ustawy o pracownikach samorządowych, zgodnie z którym pracownik zatrudniony na stanowisku urzędniczym, w tym kierowniczym stanowisku urzędniczym, jest zobowiązany złożyć

³²³*Ibidem*, s. 135-136.

³²⁴B. Dolnicki, *Samorząd* ..., *op. cit.*, 251-252.

³²⁵A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących* ..., *op. cit.*, s. 91.

oświadczenie o prowadzeniu działalności gospodarczej. Obowiązek ten dotyczy również pracowników samorządowych zatrudnionych na stanowiskach asystentów i doradców. W sytuacji prowadzenia działalności gospodarczej pracownik jest zobowiązany określić jej charakter. Pracownik ten jest także zobowiązany do składania odrębnych oświadczeń w przypadku zmiany charakteru prowadzonej działalności gospodarczej. Pracownik zobowiązany jest złożyć oświadczenie o prowadzeniu działalności gospodarczej kierownikowi jednostki, w której jest zatrudniony, w terminie 30 dni od dnia podjęcia działalności gospodarczej lub zmiany jej charakteru. W związku z tym, iż w przepisach nie została określona forma, w jakiej oświadczenie o prowadzonej działalności bądź zmianie jej charakteru ma być złożone można przyjąć, iż forma może być dowolna. Obowiązujące przepisy nie zawierają wzorcowego formularza oświadczenia o prowadzeniu działalności gospodarczej ani formularza oświadczenia o zmianie charakteru prowadzonej działalności. Poprzez „działalność gospodarczą”, należy rozumieć działalność zdefiniowaną w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej³²⁶. Przepisy, które nakazują składanie omawianych oświadczeń nie regulują kwestii ich jawności czy poufności. Nie podlegają więc one publikacji w Biuletynie Informacji Publicznej³²⁷.

Do ograniczeń pracowników samorządowych zaliczamy również zakaz wykonywania przez pracownika innych zajęć pozostających w sprzeczności, lub związanych z zajęciami, które wykonuje w ramach obowiązków służbowych, wywołujących uzasadnione podejrzenie o stronnictwo lub interesowność oraz zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy³²⁸.

Norma prawna zawarta w art. 30 ust.1 ustawy o pracownikach samorządowych nie obejmuje swoim zakresem pracowników zatrudnionych na stanowiskach asystentów i doradców. Przepis ten nie dotyczy także pracowników samorządowych zatrudnionych na stanowiskach pomocniczych oraz obsługi. Przepis ten mówi zapewne o dodatkowych zajęciach realizowanych przez pracownika samorządowego poza stosunkiem pracy, niezależnie od podstawy prawnej ich wykonywania, jeśli wywołują one uzasadnione podejrzenie o stronnictwo lub interesowność albo sprzeczność z przepisami ustawy³²⁹.

Omawiany zakaz nie ma charakteru bezwzględny, oznacza to, iż zajęcia dodatkowe są prawnie dozwolone, jeśli nie pozostają w sprzeczności lub nie są związane z zajęciami,

³²⁶Tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 1829

³²⁷A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących ...*, op. cit., s. 138-140.

³²⁸Art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, t. jedn.: Dz. U. 2015 poz. 1045 ze zm.

³²⁹<http://www.antykorupcja.gov.pl/> [dostęp: 13.01.2017 r.].

które pracownik wykonuje w ramach obowiązków służbowych, a nadto ich wykonywanie nie wywołuje uzasadnionych podejrzeń o stronnicość lub interesowność i jeśli nie są to zajęcia sprzeczne z obowiązkami wynikającymi z ustawy. Ocena tego, czy prowadzone przez pracownika samorządowego dodatkowe zajęcia pozostają w sprzeczności z zajęciami, który wykonuje on w ramach obowiązków służbowych lub w sprzeczności z obowiązkami wynikającymi z ustawy, należy do pracodawcy samorządowego. Przyczyną uzasadniającą rozwiązanie stosunku pracy na podstawie art. 30 ust. 1 ustawy o pracownikach samorządowych jest możliwość wywołania wykonywanymi czynnościami podejrzenia o stronnicość i interesowność. Pracodawca nie musi więc wykazywać, iż pracownik wykonywał swoje obowiązki stronnico lub interesownie, a zwłaszcza, że uzyskiwał w związku z ich wykonywaniem jakiegokolwiek korzyści³³⁰.

Sankcją za naruszenie omawianego zakazu jest obowiązek niezwłocznego rozwiązania z pracownikiem stosunku pracy. Rozwiązanie to następuje bez wypowiedzenia w trybie art. 52 § 2 i 3 Kodeksu pracy³³¹. Zastosowanie tej sankcji możliwe jest tylko przed upływem 1 miesiąca od uzyskania przez pracodawcę wiadomości o okoliczności uzasadniającej rozwiązanie umowy. Jeśli pracownik należy do zakładowej organizacji związkowej pracodawca podejmuje decyzję w sprawie rozwiązania umowy po zasięgnięciu opinii tej organizacji³³².

Powzięcie dodatkowych zajęć przez pracownika samorządowego, np. zatrudnienia w oparciu o inny stosunek pracy lub umowę cywilnoprawną nie wymaga zgody pracodawcy samorządowego. Pracownik, który podjął dodatkowe zajęcie nie ma również obowiązku informowania pracodawcy o tym fakcie, jeśli zajęcie to nie jest prowadzone w formie działalności gospodarczej³³³.

Warto w tym miejscu wskazać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2006 r., który stwierdził, iż „*wykonywanie prywatnej działalności gospodarczej przez pracownika samorządowego w czasie i miejscu zatrudnienia pozostaje w sprzeczności z jego obowiązkami pracowniczymi oraz może wywoływać uzasadnione podejrzenie o stronnicość lub interesowność nawet wtedy, gdy dotyczy działalności nieobjętej bezpośrednio jego zakresem czynności pracowniczych*”³³⁴. Sąd Najwyższy stwierdza, iż przyczyną wykluczającą dalsze zatrudnienie pracownika samorządowego jest sama możliwość uznania jego zachowań jako

³³⁰A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących ...*, op. cit., s. 141-142.

³³¹Ustawa z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy, tj.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1053.

³³²B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny...*, op. cit., s. 255.

³³³*Ibidem*, s. 256-257.

³³⁴Wyrok SN z dnia 15 lutego 2006r. sygn. akt. II PK 134/2005. LEX nr 14193

rodzących podejrzenia o stronniczość lub interesowność nie tylko u współpracowników bądź pracodawcy samorządowego, ale również u obywateli oczekujących praworządnego, bezstronnego i uczciwego załatwienia swoich spraw przez pracowników publicznej sfery samorządowej. Zatrudnienie w służbie publicznej wyłącza równoczesne wykonywanie działalności gospodarczej, która pozostaje w sprzeczności z obowiązkami pracownika samorządowego, zobowiązanego do unikania wszelkiego rodzaju sytuacji mogących wzbudzić u kogokolwiek uzasadnione podejrzenia co do jego stronniczości lub interesowności przy wykonywaniu urzędowych powinności publicznych³³⁵.

Zakończenie

Pełnienie funkcji publicznej wiąże się niewątpliwie z pewnymi ograniczeniami, mającymi na celu zapobieganie zjawiskom o charakterze korupcyjnym. Ograniczenia te mają za zadanie przeciwdziałać powstawaniu sytuacji, w których osoba pełniąca funkcję publiczną wykorzystuje zajmowane przez siebie stanowisko do osiągnięcia prywatnych korzyści. Korupcję uważa się jako wypadkową możliwości osiągnięcia nieuczciwych korzyści i zysków, zbyt szerokich kompetencji uznaniowych, a także słabej jawności i kontroli działań w sferze publicznej. W konsekwencji tego za najbardziej efektywną metodę przeciwdziałaniu korupcji uznaje się wprowadzenie takich rozwiązań, które ograniczą do minimum wpływ tych czynników na ludzkie zachowania.

³³⁵ A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących ..., op. cit.*, s. 378.

Bibliografia

Literatura

1. Agopszowicz A., Gilowska Z., *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1999.
2. Chmielnicki P., *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*. Warszawa 2013.
3. Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2012.
4. Gilowska Z., Kijowski D., Kulesza M., Misiąg W., Prutis S., Stec M., Szlachta J., Zaleski J., *Podstawy prawne funkcjonowania terytorialnej administracji publicznej w RP*, ST 2002, nr 1–2.
5. Jagoda J., *Ograniczenia antykorupcyjne dotyczące radnych*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 6.
6. Koniuszewska E., *Środki prawne ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym*, Warszawa 2009.
7. Piasecki A.K., *Samorząd terytorialny i wspólnoty lokalne*, Warszawa 2009.
8. Radwańska A., Nilsson D., *Przepisy antykorupcyjne pracowników samorządowych w polskim systemie prawnym oraz w systemach prawnych innych państw europejskich*, Warszawa 2003.
9. Wierzbica A., *Ograniczenia antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2008.
10. Wierzbica A., *Analiza obowiązujących przepisów antykorupcyjnych z wykazaniem ich mankamentów prawnych*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i Antykorupcja*, Warszawa 2012.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. *Kodeks pracy*, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1053.
2. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. *o samorządzie gminnym*, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1579.
3. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. *o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne*, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1202.
4. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. *o samorządzie powiatowym*, t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1579.
5. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. *o samorządzie województwa*, t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1220.
6. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej*, t.j. Dz.U. 2016 poz. 1829.
7. Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. *o pracownikach samorządowych*, t.j. Dz.U. z 2015 r.

poz. 1220.

8. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o *finansach publicznych*, t.j. Dz.U. z 2016r. poz. 1454.

9. Ustawa z dnia 5 stycznia 2011r. -*Kodeks wyborczy*, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 15.

Orzecznictwo

1. Wyrok SN z dnia 15 lutego 2006r., sygn. akt. II PK 134/2005, LEX nr 14193.

Netografia

1. <http://www.prawo24.pl/a/ograniczenia-antykorypcyjne-dotycz%C4%85ce-funkcjonariuszy-samorz%C4%85dowych> [dostęp 12.01.2017r.]

2. <http://www.antykorupcja.gov.pl/> [dostęp: 13.01.2017].

Rozdział X

Naruszenie prawa konkurencji jako delikt cywilnoprawny

Mgr Żukowska Małgorzata

The breach of the law as the civil law tort is an unusually difficult issue. The multidimensional-ness consists in connecting right legal norms from the law of the protection of competition and civil law sanctions. Therefore provisions disturbing the model of the private-legal responsibility resulting from bearing responsibility for illegal acts of the protection of competition are based on the principle of the fault, but of at least just action or the omission.

Wstęp

Istotą i celem prawej ochrony konkurencji jest możliwość przejawiająca się w procesie rynkowej rywalizacji przedsiębiorców, którzy działają niezależnie gospodarczo, w warunkach istnienia wolnego rynku i dostępu do niego na równych zasadach. Warto podkreślić, iż delikty wynikające z nieuczciwej konkurencji godzą w interesy różnych podmiotów, często także konsumentów. Dlatego też ochrona konkurentów musi być należycie zabezpieczona, co leży w interesie publicznym. Jednakże ustanowienie racjonalnych mechanizmów, które ustabilizują poszczególne zachowania konkurencji rynkowej jest niezwykle trudne. W związku z powyższym wiele krajów wprowadza własne unormowania, które mają na celu ochronę konkurencji i konsumentów. System ten opiera się w głównej mierze w sferze publicznoprawnej, jednak z tytułu wybranych naruszeń możliwe jest dochodzenie także sankcji cywilnoprawnych. Należy przy tym podkreślić, że w innych krajach – m.in. USA, przyjęto inne rozwiązania, takie jak prywatny model ochrony konkurencji, gdzie wiele porządków prawnych opartych jest na odpowiedzialności deliktowej wynikających m.in. z czynów niedozwolonych.

W świetle powyższego naturalnym wydaje się, iż polski ustawodawca chcąc wypełnić założenia prawa ochrony konkurencji, jak również zwalczania nieuczciwej konkurencji musi zapewnić ochronę podmiotom istniejącym na rynku. Dlatego też wprowadził odpowiednie normy prawne, które powinny realizować powyżej wskazane cele. Co do zasady prawo

ochrony konkurencji jest kierowane przede wszystkim do przedsiębiorców, którzy muszą ponosić odpowiedzialność za nieprzestrzeganie obowiązujących przepisów³³⁶.

W ślad za tym, podmiot, który dopuszcza się praktyk zakazanych na gruncie ustaw dotyczących prawa konkurencji, jak również odpowiednich w tym zakresie norm prawa unijnego, może ponosić różne rodzaje odpowiedzialności, którymi są: administracyjna, karna, cywilna. Należy przy tym podjąć rozważania nad wymogiem winy przy odpowiedzialności za delikt cywilnoprawny wynikający z ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³³⁷, jak również z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³³⁸. Jednakże w modelu cywilnoprawnej ochrony za delikt wynikający z prawa ochrony konkurencji będą miały także zastosowanie przepisy prawa cywilnego materialnego. W związku z powyższym należy podnieść, iż odpowiedzialność wynikająca z wskazanych powyżej naruszeń ma charakter mieszany. Podkreślenia wymaga fakt, iż niektóre roszczenia są oparte także na modelu ochrony praw podmiotowych, tj. np.: dobra osobiste³³⁹.

Warto jednak podkreślić, że prywatnoprawne dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia norm prawa konkurencji zostało określone także w prawie Unii Europejskiej. Na gruncie prawa wspólnotowego zostało ono potwierdzone w precedensowym wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Courage v. Crehan*³⁴⁰, jak również dookreślone w Białej Księdze w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji.³⁴¹ Wskazać przy tym należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej brak przesłanki winy nie wyłącza dochodzenia odpowiedzialności na gruncie prawa ochrony konkurencji. Jednakże podkreślenia wymaga fakt, iż w państwach, które wprowadziły wymóg dla prywatnoprawnej ochrony omawianych naruszeń, istnienie winy może być warunkiem obligatoryjnym cywilnoprawnej odpowiedzialności wynikających z prawa ochrony konkurencji. W przeważających poglądach wyrażanych przez przedstawicieli doktryny Rzeczpospolita Polska jest krajem, w którym wymóg ten obowiązuje. Jednakże podkreślić należy, iż na gruncie polskiego prawa cywilnego

³³⁶R. Stefanicki, Instytucje Prawa Prywatnego. Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji, C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 1-3.

³³⁷Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2015 r., poz. 184;dalej jako: „u.o.k.k.”.

³³⁸Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz. U. Nr 153, poz. 1503;dalej jako: „u.o.n.k.”.

³³⁹J. Szwaja, A. Tischner, *Odpowiedzialność za czyny nieuczciwej konkurencji*, Studia Prawa Prywatnego, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 1.

³⁴⁰Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z Dnia 20 września 2001 roku w sprawie C-453/99,dostęp: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=C-453/99&td=ALL>

³⁴¹Biała Księga w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, Bruksela 2 kwietnia 2008 rok., COM(2008) 165, dostęp: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A52008DC0165>

możemy mówić także o odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. W dalszych rozważaniach postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy rzeczywiście wina jest w polskim prawie warunkiem cywilnoprawnych roszczeń związanych z deliktem na gruncie prawa ochrony konkurencji.

Zakres roszczeń cywilnoprawnych wynikających z popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji został unormowany w art. 18 ust. 1 u.o.n.k. Zgodnie z którym W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać:

- 1) zaniechania niedozwolonych działań;
- 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań;
- 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;
- 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych;
- 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych;
- 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego - jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

Podkreślić jednak należy, że przepis ten nie zawiera *numerus clausus* uprawnienia związanych z naruszeniem prawa ochrony konkurencji. Dlatego też możliwe są także inne, niewymienione w omawianej ustawie roszczenia przysługujące poszkodowanemu. Wskazać należy, iż roszczenia wymienione w omawianym przepisie nie są całkowicie pokrewne z normami wskazanymi w odpowiednich przepisach kodeksu cywilnego³⁴². Co prawda w art. 18 ust. 1 pkt 4) u.o.n.k. ustawodawca zdecydował się na ustanowienie możliwości dochodzenia swoich praw na zasadach ogólnych, które bezpośrednio zostały uregulowane w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny³⁴³. Dlatego też w judykaturze i doktrynie zgodnie uważa się, iż podmioty mogą dochodzić swoich praw także na gruncie innych ustaw, w tym przepisów k.c.. Ma to na celu zapewnienie konsumentom i konkurentom skuteczniejszej ochrony ich praw, także w sądzie wyrazem czego jest art. 18 ust. 2 u.o.n.k.

³⁴²M. du Vall, E. Nowińska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Lexis Nexis, Warszawa 2013, s. 417.

³⁴³Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380, dalej jako: „k.c.”

Z tytułu popełnionego deliktu na gruncie omawianych przepisów będą to przepisy k.c., dotyczące czynów niedozwolonych³⁴⁴. Jednakże w polskim porządku prawnym, za podstawę prywatnoprawnych roszczeń wynikających z prawa konkurencji można wskazać: odpowiednie przepisy dotyczące prawa ochrony konkurencji, art. 415 k.c. – stanowiące o ogólnej odpowiedzialności deliktowej, jak również normy określające odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Należy także uwzględnić instytucję dotyczącą bezpodstawnego wzbogacenia, uregulowaną w art. 405 i nast. k.c., jako ewentualną podstawę dochodzenia roszczenia wynikającego z naruszenia prawa ochrony konkurencji.³⁴⁵

Jednakże przedmiotem rozważań w niniejszym artykule będą jedynie powyżej wymienione przepisy prawa cywilnego. Postaram się także wskazać czy powyższe normy są zależne od winy, aby można było na ich podstawie skutecznie dochodzić cywilnoprawnych roszczeń związanych z naruszeniem prawa ochrony konkurencji.

I tak, w art. 415 k.c. ustawodawca wprost przewidział odpowiedzialność na zasadzie winy za popełniony delikt. Właściwym wydaje się stwierdzenie, iż przepis ten przyznaje pierwszeństwo omawianej przesłance, gdyż już w dyspozycji normy prawnej wskazane jest, iż „kto z winy swej (...)”³⁴⁶. W związku z powyższym jej istnienie przesądza o możliwości dochodzenia roszczeń wynikających z prawa ochrony konkurencji na podstawie tegoż przepisu. Należy przy tym wskazać, iż w kodeksie cywilnym wina nie posiada definicji normatywnej. Ponadto nie może być ona objęta domniemaniem. Odpowiedzialność z art. 415 k.c. musi być obiektywnie zawiniona. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem judykatury wyrażonym w wyroku z dnia 10 października 1975 r. w świetle bowiem art. 415 KC nawet najmniejszy stopień winy sprawcy szkody wystarcza do obciążenia go odpowiedzialnością cywilną³⁴⁷. Ponadto czyn sprawcy może przejawiać się zarówno w działaniu, jak i zaniechaniu. Wskazać przy tym należy, iż z tytułu zawinionego działania powinna wystąpić szkoda w interesach osoby, która przez przejaw naruszenia prawa ochrony konkurencji doznała uszczerbku. Szkoda ta powinna być rozumiana, jako przejaw negatywnych konsekwencji związanych z niewłaściwym działaniem bądź jak wskazano powyżej, z bezczynnością podmiotu naruszającego. Ponadto pomiędzy zawinionym działaniem naruszającego prawo ochrony konsumenta, a szkodą powinien wystąpić adekwatny związek

³⁴⁴J. Rasiewicz, komentarz do art. 18 [w:] red. M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016 r., s. 985.

³⁴⁵P. Semeniuk, *Wina i Strona Podmiotowa w prawie konkurencji*, Kraków 2012, s. 24-25.

³⁴⁶W. Czachórski red., *Zobowiązania. Zarys Wykładu*, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 213.

³⁴⁷Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1975 r., sygn. akt I CR 656/75, Legalis nr: 19032.

przyczynowo-skutkowy. W literaturze przedmiotu, jak również w judykaturze panuje zgodny pogląd, iż poprzez adekwatność należy rozumieć normalną zależność łączącą uszczerbek w dobrach prawnie chronionych określonego podmiotu z zachowaniem sprawcy deliktu cywilnoprawnego³⁴⁸. W ślad za tym, adekwatny związek przyczynowy musi uzależniać pozostałe przesłanki, aby można było mówić o odpowiedzialności. Dotyczy to także dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych na gruncie prawa ochrony konkurencji. I tak, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2001 r. dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci niedozwolonego naśladownictwa opakowań innego przedsiębiorstwa i sprzedaż w nich wyrobów własnych może uzasadniać odpowiedzialność deliktową (...)jeżeli między niedozwolonym naśladownictwem i takim elementem szkody istnieje normalny związek przyczynowy (art. 361 § 1 k.c.)³⁴⁹.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności za popełnione naruszenie na gruncie ochrony konkurencji jest art. 471 k.c. Podstawowym kryterium będą tutaj ujemne następstwa zachowania dłużnika, zaś źródłem jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zakres podmiotowy obejmujący odpowiedzialność dłużnika obejmuje strony stosunku zobowiązaniowego, np.: przedsiębiorcę i konsumenta. W doktrynie podkreśla się, że dla określenia stosowania tegoż przepisu nie ma znaczenia czy naruszono powinność wykonanego zobowiązania wynikającego z czynu niedozwolonego, bezpodstawnego wzbogacenia, decyzji administracyjnej i innych w tym przepisów dotyczących ochrony konsumentów³⁵⁰. Przyczynami naruszającymi zobowiązanie będą przede wszystkim własne działanie bądź też zaniechanie dłużnika, który nie dołożył należytej staranności przy wykonywaniu zobowiązania. Zaś, jej naruszenie prowadzi do postawienia zarzutu zawinienia, które przejawiać się będzie w formie niedbalstwa³⁵¹. Oznacza to, co podkreśla większość przedstawicieli doktryny, iż również ta odpowiedzialność opiera się na zasadzie winy. Potwierdzeniem tej tezy jest konstrukcja przepisu, która stanowi, iż każde zachowanie dłużnika polegające na naruszeniu treści określonego prawa (zobowiązania), niezależnie od rodzaju i rozmiaru tego naruszenia lub sposobu, jak również w jaki do niego doszło, rodzi w świetle omawianej normy prawnej odpowiedzialność dłużnika, jeżeli objęte jest ono

³⁴⁸Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 272/13 Legalis nr: 1241532.

³⁴⁹Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2001 r., sygn. akt II CKN 578/99, Legalis nr: 51149.

³⁵⁰K. Zagrobelny, komentarz do art. 471 [w:], red. E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2016, s. 958.

³⁵¹K. Zagrobelny, op. cit., s. 960.

okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność³⁵². Jednakże, podobnie jak w przypadku generalnej zasady odpowiedzialności deliktowej niewystarczającym jest wskazanie na zawinione działanie lub też uprawdopodobnienie winy przez podmiot naruszający. Podkreślenia wymaga fakt, iż musi powstać szkoda, która powinna wynikać z tego działania. Dodatkowo musi ona być spowodowana sprzecznym działaniem podmiotu, które wynika z prawa ochrony konkurencji. W związku z powyższym należy także w tej sytuacji wykazać adekwatny związek przyczynowy zachodzący pomiędzy winą, a szkodą. W związku z powyższym dochodzenie odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencyjnego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania charakteryzuje się podobnymi przesłankami, które należy wykazać korzystając z konstrukcji art. 415 k.c. Są to zaistnienie szkody, zdarzenie, które ją wywołało oraz wspomniany powyżej adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Jednakże, jak podkreśla się w literaturze przedmiotu w przypadku art. 471 k.c. fakt określonej szkody przejawia się w następstwie naruszeń prawa ochrony konkurencji za które odpowiada przedsiębiorca lub konkurent³⁵³. Należy uwzględnić dodatkowo fakt, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może przejawiać się także w bezprawności czynu. Wówczas działanie bądź zaniechanie tej kategorii należy oceniać według całego systemu prawnego, nie zaś tylko naruszenia konkretnej normy prawnej prawa ochrony konkurencji³⁵⁴.

Następnym przepisem dającym możliwość dochodzenia roszczeń za naruszenia prawa ochrony konkurencji jest art. 405 k.c. statuujący bezpodstawne wzbogacenie. Podstawa do zastosowania tego omawianej regulacji została unormowana przez ustawodawcę w art. 18 ust. 1 pkt 5) u.o.n.k. W myśl tego razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych. Podkreślić należy, iż ustawodawca zdecydował się do odesłania wprost do norm przepisów prawa cywilnego materialnego. Należy przy tym podkreślić, iż przepis ten nie należy do roszczeń odszkodowawczych, zaś do tzw. roszczeń restytucyjnych. Odpowiedzialność ta co do zasady uzależniona jest jedynie od istnienia stanu wzbogacenia. Przy jego braku następuje wygaśnięcie obowiązku zwrotu, o czym stanowi art. 409 k.c. „obowiązek wydania korzyści lub zwrotu jej wartości wygasa, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, chyba że wyzbywając

³⁵²W. Borysiak, Komentarz do art. 471, [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks Cywilny. Komentarz*, dostęp Legalis.

³⁵³M. Niedziałkowski, Konsumet a konkurencja, czyli dlaczego państwo chroni konkurencję [w:] A. Giedrewicz-Niewińska, A. Piszcz (red.) *System Ochrony Prawnej Konkurencji – zagadnienia wybrane*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2012, s. 348.

³⁵⁴J. M. Kondek, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej*, C.H. Beck 2013, dostęp Legalis.

się korzyści lub zużywając ją powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu”. W związku z powyższym należy wskazać, iż odpowiedzialność z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia ma miejsce tylko w sytuacji istnienia powinności liczenia się z obowiązkiem zwrotu tego co uzyskano tytułem wzbogacenia. Istnieje przekonanie, iż wyzbycie się korzyści w złej wierze, jest tożsama z winą, bowiem zakłada konieczność oceny subiektywnego stosunku, w którym doprowadzono do bezpodstawnego wzbogacenia. Wobec powyższego właściwe wydaje się stwierdzenie, iż odpowiedzialność z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, która jest niezależna od stanu wzbogacenia ma miejsce na zasadzie winy, a także można ją niejako utożsamić ze specyficznym rodzajem sankcji odszkodowawczej, a nie zaś restytucyjnej. Jednakże w praktyce bezpodstawne wzbogacenie w zakresie będącym tematem niniejszego artykułu jest np.: zaoszczędzenie wydatków przez wzbogaconego, które poniósłby korzystając w legalny sposób z ochronnej sfery określonego przedsiębiorcy³⁵⁵. Sprawy z tego zakresu stają się przedmiotem wydawanych orzeczeń. I tak, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r. organ orzekający stwierdził, iż wzbogacenie podmiotu odpowiedzialnego za naruszenie prawa z rejestracji znaku towarowego (prawa ochronnego) polega na zaoszczędzeniu wydatków, które wzbogacony musiałby ponieść dla zapewnienia sobie możliwości korzystania z cudzego uprawnienia zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym i uznawanymi zasadami. W wypadku, gdy stan wzbogacenia polega na zaoszczędzeniu wydatków wyłączone jest w zasadzie zastosowanie art. 406 i 407 k.c.³⁵⁶. Dlatego też, jak już wykazano powyżej do roszczeń związanych z naruszeniem deliktu cywilnoprawnego wynikającego z prawa ochrony konkurencji można stosować przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jednak trzeba także rozważyć kwestię zubożenia podmiotu, np.: przedsiębiorcy. W aktualnych warunkach gospodarczych jest to coraz powszechniejsze zjawisko. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że stan ten oznacza brak uzyskania równoważnego świadczenia. Wówczas podmiot powinien zwrócić wartość określonego świadczenia zubożonemu³⁵⁷. Dlatego też granicą roszczenia z art. 405 k.c. jest wypośrodkowanie start zubożalego w stosunku do korzyści wzbogaconego³⁵⁸.

Zakończenie

Podsumowując należy stwierdzić, że naruszenie norm prawnych dotyczących prawa ochrony konkurencji przewiduje też sankcje cywilnoprawne. W związku z powyższym jak

³⁵⁵ J. Szwaja, A. Tischner, op. cit., s. 60.

³⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., sygn. akt V CSK 237/06, Legalis nr: 78846.

³⁵⁷ J. Szwaja, A. Tischner, op. cit., s. 58-59.

³⁵⁸ A. Ohanowicz, *Niesłuszne wzbogacenie*, PWN, Warszawa 1956, s. 312.

wykazano powyżej mają one charakter mieszany. Oparte są na odpowiedzialności *ex delicto*. Jednakże podkreślenia wymaga fakt, iż wszystkie opisane w niniejszym artykule możliwości poniesienia określonych prawem kar opierają się na zasady winy. Jest ona bezprawnym i świadomym działaniem naruszającego, które może także polegać na zaniechaniu określonych czynności. Dlatego też należy stwierdzić, iż prywatnoprawne sankcje wynikające z ponoszenia odpowiedzialności za sprzeczne z prawem czyny naruszające normy prawa ochrony konkurencji są skonstruowane na zasadzie winy, a przynajmniej zawinionego działania lub zaniechania. Ponadto stale zmieniający się rozwój technologiczny i ekonomiczny gospodarki prowadzi także do kolejnych, nieznanych wcześniej czynów nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym dochodzenie odpowiedzialności staje się coraz trudniejsze, także w sytuacji dowodowej, bowiem to osoba poszkodowana przez delikt wynikający z nieuczciwej konkurencji obowiązana jest w myśl art. 6 k.c. do udowodnienia faktu naruszenia, gdyż z tego wywodzi określone prawem skutki. Dlatego też w polskim porządku prawnym istnieje możliwość dochodzenia odpowiedzialności wynikającej z czynów sprzecznym z obowiązującymi przepisami prawa ochrony konkurencji różnymi środkami, w tym także cywilnoprawnymi. Ma to na celu jak najpełniejsze zabezpieczenie interesów różnych podmiotów, tj. konkurentów, przedsiębiorców i klientów. Ponadto ich zadaniem jest także zapewnienie realizacji uczciwej konkurencji i prawidłowo funkcjonującego, wolnego rynku

Bibliografia:

Akty prawne:

1. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380.
2. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz. U. Nr 153, poz. 1503.
3. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2015 r., poz. 184.
4. Biała Księga w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, Bruksela 2 kwietnia 2008 rok., COM(2008) 165, dostęp: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A52008DC0165>

Orzecznictwo:

1. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 2001 roku w sprawie C-453/99, dostęp: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=C-453/99&td=ALL>.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1975 r., sygn. akt I CR 656/75, Legalis nr: 19032.
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2001 r., sygn. akt II CKN 578/99, Legalis nr: 51149.
4. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., sygn. akt V CSK 237/06, Legalis nr: 78846.
5. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 272/13 Legalis nr: 1241532.

Literatura:

1. Borysiak W., Komentarz do art. 471, [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks Cywilny. Komentarz*, dostęp Legalis.
2. Czachórski W. red., *Zobowiązania. Zarys Wykładu*, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 213.
3. du Vall M., Nowińska E., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2013, s. 417.
4. Kondek J. M., *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej*, C.H. Beck 2013, dostęp Legalis.

5. Niedziałkowski M., Konsument a konkurencja, czyli dlaczego państwo chroni konkurencję [w:] Giedrewicz-Niewińska A., Piszcz A. (red.) *System Ochrony Prawnej Konkurencji – zagadnienia wybrane*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2012, s. 348.
6. Ohanowicz A., *Niesłuszne wzbogacenie*, PWN, Warszawa 1956, s. 312.
7. Rasiewicz J., komentarz do art. 18 [w:] red. M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016 r., s. 985.
8. Semeniuk P., *Wina i Strona Podmiotowa w prawie konkurencji*, Kraków 2012, s. 24-25.
9. Stefanicki R., *Instytucje Prawa Prywatnego. Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 1-3.
10. Szwaja J., Tischner A., *Odpowiedzialność za czyny nieuczciwej konkurencji*, *Studia Prawa Prywatnego*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 1.
11. Zagrobelny K., komentarz do art. 471 [w:], red. E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2016, s. 958.

