

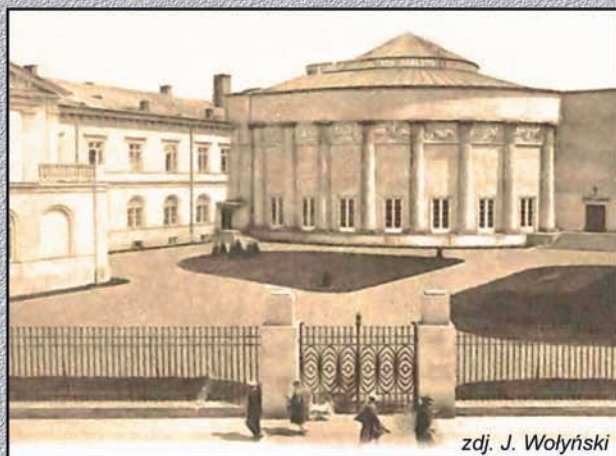


CENTRALNE BIURO ANTYKORUPCYJNE

Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych

IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna

Materiały pokonferencyjne



zdj. J. Wołyński

Warszawa 2014

CENTRALNE BIURO ANTYKORUPCYJNE

**Rola urzędów administracji państwowej
w identyfikowaniu nieprawidłowości
w zamówieniach publicznych**

IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna

Materiały pokonferencyjne

Warszawa 2014

CENTRALNE BIURO ANTYKORUPCYJNE

Al. Ujazdowskie 9

00-583 Warszawa

www.cba.gov.pl

ISBN 978-83-62455-77-5

Opracowanie graficzne, skład, korekta i druk

Wydawnictwo Centrum Szkolenia Policji

ul. Zegrzyńska 121, 05-119 Legionowo

www.csp.edu.pl

Nakład 300 egz.

Spis treści

Wstęp	5
Grzegorz MATERNA	
Formy zamówień przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień	7
Robert ZAWŁOCKI	
Reprezentant podmiotu zbiorowego jako sprawca przestępstwa	20
Celina NOWAK	
Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – praktyka stosowania porozumień	36
Marek DYJASZ	
Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Studium przypadku	48
Alberto HEIMLER	
Zamówienia publiczne a zamówienia przetargowe	51

Table of Contents

Opening Speech	69
Grzegorz MATERNA	
Forms of Collusive Tendering and Instruments to Combat them under Antitrust Law – Difficulties in Detecting Illegal Agreements	71
Robert ZAWŁOCKI	
Representative of a Collective Entity as a Perpetrator of an Offence	84
Celina NOWAK	
Liability of Collective Entities – Practice of Applying Regulations	99
Marek DYJASZ	
Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty. Case Study	111
Alberto HEIMLER	
Public Procurement and Bid Rigging	114

Wstęp

Drodzy Czytelnicy,

Mam przyjemność przekazać na Państwa ręce kolejne wydawnictwo Centralnego Biura Antykorupcyjnego – publikację wybranych wystąpień ogłoszonych podczas *IV Międzynarodowej Konferencji Antykorupcyjnej*, która odbyła się 9 grudnia 2013 r. w gmachu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, pod hasłem *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych*.

Upamiętnienie przypadającego na 9 grudnia Międzynarodowego Dnia Przeciwdziałania Korupcji w formie dedykowanej szerokiemu gronu uczestników Konferencji, Centralne Biuro Antykorupcyjne zainicjowało już po raz czwarty, tworząc tym samym kolejne forum wymiany niezwykle cennych doświadczeń, tym razem traktujących bliżej o problematyce zamówień publicznych.

W tym miejscu pragnę wyrazić szczególne podziękowania za wkład w przygotowanie Konferencji współorganizatorom: Urzędowi Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pragnę także serdecznie podziękować władzom Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, dzięki którym nasza Konferencja zyskała znakomitą oprawę.

Prowadzone w trakcie dwóch odbywających się w ramach Konferencji paneli dyskusje ogniskowały się wokół tematyki wykrywania nieprawidłowości przy realizacji zamówień publicznych oraz odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w przeciwdziałaniu korupcji.

Przedstawiciele instytucji państwowych zarówno krajowych, jak i zagranicznych, organizacji międzynarodowych, organizacji pozarządowych oraz środowisk naukowych dyskutowali w szczególności na temat zmów przetargowych oraz trudności pojawiających w procesie wykrywania niedozwolonych porozumień – w tym aspekcie zostały przedstawione doświadczenia m.in. nie-

mieckiego urzędu antymonopolowego. Nieprawidłowości w obszarze zamówień publicznych były omawiane także z perspektywy praktyki wdrażania projektów wspieranych przez fundusze strukturalne UE, rekomendacji OECD, a także w szerszej perspektywie – z punktu widzenia doświadczeń urzędów administracji państwowej, w tym Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W zakresie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w przeciwdziałaniu korupcji zostały przedstawione praktyczne aspekty stosowania przepisów, przykłady zagranicznych rozwiązań antykorupcyjnych w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej i administracyjnej, regulacje i podejście praktyczne w wybranych państwach europejskich aktywnie walczących z korupcją, a także w szerszym ujęciu – odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za działania korupcyjne.

Jedną z idei przyświecających wyborowi tematu IV Konferencji było zwrócenie uwagi na fakt, że to nie tylko pojedynczy urzędnik czy przedstawiciel handlowy oferujący łapówkę są odpowiedzialni za korupcję, ale że odpowiadają za nią również firmy i przedsiębiorcy.

Prezentując przekonanie, iż znakomita większość podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym to uczciwe firmy i uczciwi przedsiębiorcy, nie należy zapominać o istniejącym poważnym zagrożeniu, jakie stanowią zarówno dla tych firm i przedsiębiorców, jak i całego społeczno-gospodarczego systemu, podmioty działające poza granicami prawa, tworzące tym samym nieuczciwą konkurencję. Tak ważne z tego punktu widzenia staje się działanie na rzecz podnoszenia ogólnej świadomości w zakresie rozpoznawania zmów przetargowych oraz przeciwdziałania zawieraniu niedozwolonych porozumień, ale także podnoszenia świadomości strony biznesowej w zakresie jej odpowiedzialności za korupcję.

Dziękując Autorom opublikowanych tekstów, jednocześnie serdecznie zachęcam wszystkich do zapoznania się z treścią niniejszej publikacji i przybliżenia zawartych w niej poglądów na wybrane tematy.

Paweł Wojtunik
Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego

Formy zmów przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień

dr n. praw. Grzegorz MATERNA

Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
(UOKiK)

Wprowadzenie

Prawidłowe działanie mechanizmu konkurencji jest zasadniczym warunkiem właściwego funkcjonowania rynku. Dlatego indywidualne i grupowe praktyki przedsiębiorców mogące zniekształcać, ograniczać lub eliminować konkurencję są objęte zakazem¹, który egzekwuje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów². Spośród zakazanych praktyk ograniczających konkurencję szczególny charakter mają tzw. zmony przetargowe, tj. porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny³.

Zmony przetargowe między uczestnikami przetargów są istotnym zagrożeniem dla prawidłowości mechanizmu wydatkowania środków publicznych. Uznawane są zarazem za jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji. Dlatego w wielu krajach, w tym w Polsce, stanowią zarówno delikt administracyjny, jak i przestęp-

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm., dalej: uokk).

² Dalej: Prezes UOKiK.

³ Art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk.

stwo⁴. Ochrona zamówień publicznych przed znowami zniekształcającymi konkurencję jest realizowana również poprzez nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucania ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji⁵ (jako czyny nieuczciwej konkurencji rozumie się również znowy przetargowe⁶).

1. Formy znowów przetargowych w prawie antymonopolowym

W świetle prawa ochrony konkurencji znowy przetargowe stanowią kategorię zakazanych porozumień ograniczających konkurencję i są uznawane za jedno z poważniejszych i najbardziej oczywistych ograniczeń konkurencji⁷, obok uzgodnień dotyczących cen⁸, ograniczania lub kontrolowania produkcji i zbytu⁹, i podziału rynków zbytu lub zakupu¹⁰.

Sformułowany w polskim prawie ochrony konkurencji zakaz znowów przetargowych obejmuje porozumienia między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu oraz między takimi przedsiębiorcami i przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu, polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub oferowanej ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk). Zakaz odnosi się do znowów zawieranych zarówno w przetargach publicznych, jak i przetargach „prywatnych”, organizowanych w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego.

Zakaz dotyczy porozumień **między przedsiębiorcami** będącymi faktycznymi lub potencjalnymi oferentami w postępowaniu przetargowym (horyzontalna znowa przetargowa), a także porozumień między takimi przedsiębiorcami¹¹ i przedsiębiorcą organizującym przetarg (wertykalna znowa przetargowa). Z uwagi na przyjętą w prawie ochrony konkurencji szeroką definicję przedsiębiorcy¹² adresatami zakazu znowów przetargowych są nie tylko przedsiębiorcy

⁴ Por. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013, s. 276, 305 i 333.

⁵ Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm., dalej: pzp).

⁶ Np. wyrok KIO z 2.07.2012 r. (1287/12), ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_1287.pdf.

⁷ Por. wyrok SN z 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP nr 2010/13-14, poz. 179.

⁸ Art. 6 ust. 1 pkt 1 uokk.

⁹ Art. 6 ust. 1 pkt 2 uokk.

¹⁰ Art. 6 ust. 1 pkt 3 uokk.

¹¹ Częściej może to być jeden przedsiębiorca.

¹² W świetle art. 4 pkt 1 uokk w sprawach praktyk ograniczających konkurencję pojęcie przedsiębiorcy obejmuje (i) przedsiębiorców w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (ii) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną,

prowadzący działalność gospodarczą, lecz także m.in. podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej lub organizujące tego rodzaju usługi, np. jednostki samorządu terytorialnego¹³. Prawo ochrony konkurencji może zatem w niektórych przypadkach przeciwdziałać znikom między uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne a jego organizatorem. Zakaz zamówień przetargowych nie znajdzie jednak zastosowania do porozumień zawieranych przez wykonawcę z takim zamawiającym, który w świetle uokk nie ma statusu przedsiębiorcy¹⁴.

Na gruncie uokk zakazane są porozumienia, w których przedsiębiorcy uzgadniają „warunki składanych ofert, jak i krąg oferentów (zarówno poprzez zobowiązanie się do niewzięcia udziału w przetargu¹⁵, jak i zobowiązanie się do złożenia fikcyjnej oferty mającej uwiarygodnić ofertę innego uczestnika porozumienia). Co do zasady, każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innych przedsiębiorców w przetargu”¹⁶. Zmowy przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane już z uwagi na cel (przedmiot, treść) ustaleń¹⁷. Oznacza to, że naruszenie antymonopolowego zakazu zamówień przetargowych ma miejsce niezależnie od tego, czy zamawiającym się przedsiębiorcom udało się realnie wpłynąć na wynik przetargu¹⁸.

organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (iii) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (iv) związek przedsiębiorców.

¹³ Wyrok SN z 20.11.2008 r. (III SK 12/08), Glosa nr 2009/3, s. 102.

¹⁴ Szerzej, zob. G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zamówień przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, nr 12, s. 4–13.

¹⁵ Ponieważ przedmiotem porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk jest uzgadnianie warunków składanych ofert, wydaje się, że przepis ten będzie mógł mieć zastosowanie do przedsiębiorców nieuczestniczących w przetargu tylko w przypadku, gdy ci poza uzgodnieniem nieuczestniczenia w konkretnym przetargu uzgadniają również z jego uczestnikami warunki ofert, które mają złożyć w innym przetargu. Może to mieć miejsce, gdy uzgodnienia dotyczą więcej niż jednego przetargu, mając za cel podział rynku. Niezależnie od tego, uzgodnienie dotyczące niewzięcia udziału w przetargu będzie podlegać ocenie w aspekcie zakazu tzw. porozumień podziałowych, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 uokk. Por. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, s. 494–495.

¹⁶ Wyrok SN z 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP nr 2010/13–14, poz. 179.

¹⁷ D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE*, EPS 2009, nr 8, s. 53.

¹⁸ Por. wyrok SN z 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP 2010/13–14/179.

Przedsiębiorcy mogą stosować różne **mechanizmy zamówień przetargowych**. Do najpowszechniejszych zaliczane są:

- **Składanie ofert kurtuazyjnych** (ang. *cover bidding*)¹⁹ polega na uzgodnieniu złożenia przez konkurentów ofert mniej korzystnych dla zamawiającego od oferty wykonawcy wytypowanego przez uczestników umowy na zwycięzcę. Złożenie ofert kurtuazyjnych ma stwarzać pozory istnienia konkurencji w przetargu lub przekonać zamawiającego, że oferta wspierana jest dla niego korzystna²⁰.
- **Ograniczanie ofert** (ang. *bid-suppression*)²¹ polega na uzgodnionym odstąpieniu przez jednego lub kilku potencjalnych wykonawców od udziału w przetargu, lub na wycofaniu wcześniej złożonej oferty albo na podjęciu innych kroków, dzięki którym oferta nie będzie brana pod uwagę – tak aby została wybrana oferta uzgodniona przez uczestników porozumienia jako oferta zwycięska²².
- **Rozstawianie i wycofywanie ofert**²³ obejmuje składanie ofert kurtuazyjnych i ograniczanie ofert. Istotą tego mechanizmu jest uzgodnienie treści ofert, które są odpowiednio różnicowane, tak by po otwarciu ofert zajmowały pierwsze miejsca. Gdy tak się staje, oferta najkorzystniejsza jest wycofywana albo podejmowane są kroki mające służyć temu, by oferta ta nie była brana pod uwagę i by zapewnić zwycięstwo najmniej korzystnej spośród ofert złożonych przez uczestników porozumienia²⁴.
- **Systemowy podział rynku** (*market allocation*)²⁵ polega na wytypowaniu i uzgodnieniu przetargów (wyodrębnionych na podstawie kryteriów geograficznych, przedmiotowych lub podmiotowych), w jakich poszczególni uczestnicy porozumienia będą brać udział i wygrywać, a w jakich w ogóle nie będą składać ofert lub będą składać jedynie oferty zabezpieczające²⁶.

¹⁹ Przykład z orzecznictwa Prezesa UOKiK: decyzja nr RWR-12/2003 z 2.7.2003 r.

²⁰ Zob. *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, aktualizacja: W. Dorabialski, S. Józwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, s. 9; *Wytyczne dotyczące zwalczania zamówień przetargowych*, OECD 2009, s. 2.

²¹ Przykład z orzecznictwa Prezesa UOKiK: decyzja nr RPZ-20/2005 z 21.7.2005 r.

²² Zob. *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, aktualizacja: W. Dorabialski, S. Józwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, s. 9; *Wytyczne dotyczące zwalczania zamówień przetargowych*, OECD 2009, s. 2.

²³ Przykład z orzecznictwa Prezesa UOKiK: decyzja nr RPZ-20/2005 z 21.7.2005 r.

²⁴ Zob. *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, aktualizacja: W. Dorabialski, S. Józwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, s. 10.

²⁵ Przykład z orzecznictwa: Wyrok SOKiK z 17.4.2008 r. (XVII AmA 117/05), niepubl.

²⁶ Zob. *Wytyczne dotyczące zwalczania zamówień przetargowych*, OECD 2009, s. 2.

- **Rotacyjne składanie ofert** (*ang. bid rotation*)²⁷ to mechanizm służący zapewnieniu uczestnikom umowy wygranej wymiennie, w kolejno ogłaszanych przetargach, co prowadzi do swoistego podziału rynku w wymiarze czasowym²⁸.

Za zamówienie przetargowe mogą być również uznane niektóre konsorcja tworzone przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu²⁹. W orzecznictwie uznano, że „pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byłoby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie, im większa komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów”³⁰. Tworzenie przez wcześniejszych konkurentów konsorcjów na potrzeby startu w przetargach, w których poszczególni członkowie konsorcjum mogliby występować z odrębnymi ofertami, było uznawane za ograniczanie konkurencji również przez inne niż polskie organy ochrony konkurencji³¹.

2. Zwalczanie zamówień przetargowych – priorytet działania Prezesa UOKiK

Z uwagi na istotne zagrożenia, jakie zawieranie zamówień przetargowych niesie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych, ich zwalczanie uznawane jest za jeden z priorytetów polityki konkurencji. Prezes UOKiK zintensyfikował działania mające zwiększyć skuteczność zwalczania zamówień przetargowych już w ramach realizacji rządowej *Polityki Konkurencji na lata 2011–2013*, do-

²⁷ Przykład z orzecznictwa Prezesa UOKiK: decyzja nr RKT-25/2011 z 6.9.2011 r.

²⁸ Zob. *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, aktualizacja: W. Dorabalski, S. Józwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, s. 11; *Wytoczne dotyczące zwalczania zamówień przetargowych*, OECD 2009, s. 2.

²⁹ Przykład z orzecznictwa Prezesa UOKiK: decyzja nr RLU-38/2012 z 31.12.2012 r. Szerzej, zob. A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4(1), s. 45–50.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-38/2012 z 31.12.2012 r., s. 40.

³¹ Por. komunikat Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (włoski urząd ochrony konkurencji), <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2011-i740-gas-distribution-2igas-linea-distribuzione-and-their-parent-companies-fined-for-competition-restricting-agreement.html>.

kumentu przyjętego przez rząd RP w maju 2011 r.³² O zasadności tego ruchu przekonywać mogą m.in. tezy raportu przygotowanego na zlecenie Europejskiego Urzędu do Spraw Zwalczenia Nadużyć Finansowych (OLAF), w którym zagrożenie korupcją w zamówieniach publicznych w Polsce oszacowano na poziomie 19–23%³³, a zarazem spośród postępowań zagrożonych korupcją aż 52% uznano za mogące być dotknięte zmwami przetargowymi³⁴. O celowości tworzenia szczelnego systemu ochrony przed zmwami przetargowymi świadczą potencjalne korzyści ze zwalczania tych zmw. OECD wskazuje, że może to być zredukowanie cen ofert w przetargach publicznych nawet o 20%³⁵.

Na przykładzie orzecznictwa Prezesa UOKiK można zaobserwować, że zagrożenie zawieraniem przez przedsiębiorców zmw przetargowych dotyka wielu różnych sektorów i obejmuje zarówno postępowania o zamówienie publiczne, jak i przetargi organizowane poza trybami przewidzianymi w pzp. Organ ochrony konkurencji w dotychczasowej praktyce stwierdzał naruszenie przez przedsiębiorców zakazu uzgadniania warunków składanych ofert w postępowaniach dotyczących:

- sprzedaży gruntów przez Agencję Nieruchomości Rolnych³⁶,
- dostaw produktów chemicznych dla górnictwa³⁷,
- dostawy sprzętu komputerowego³⁸,
- odbioru i transportu odpadów komunalnych³⁹,
- dostawy mąki, chleba i innych wyrobów mącznych⁴⁰,
- wykonywania usług z zakresu leśnictwa i pozyskania drewna⁴¹,

³² Zob. *Polityka Konkurencji na lata 2011–2013* (Poziom I. Obszar A. Priorytet 1), Warszawa 2011, s. 9, http://www.uokik.gov.pl/kompetencje_prezesa_uokik.php.

³³ *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU. Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption*, Bruxelles 2013, s. 197, http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

³⁴ *Ibidem*, s. 147.

³⁵ *Detecting bid rigging in public procurement, Helping governments to obtain best value for Money*, OECD, s. 3, <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42594486.pdf>.

³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RBG-47/2013 z 31.12.2013 r.

³⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-46/2013 z 16.12.2013 r.

³⁸ Decyzje Prezesa UOKiK nr RWR-31/2013 z 25.10.2013 r. i nr RPZ-28/2012 z 9.10.2012 r.

³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-38/2012 z 31.12.2012 r.

⁴⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR-31/2012 z 9.10.2012 r.

⁴¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RBG-27/2011 z 21.12.2011 r.

- dostawy i utrzymywania oznakowania dróg i urządzeń bezpieczeństwa drogowego⁴²,
- dowozu uczniów do placówek oświatowych⁴³,
- świadczenia usług kompleksowego utrzymania czystości w budynkach⁴⁴,
- dostawy pieczętek automatycznych dla poczty⁴⁵,
- hurtowych dostaw produktów warzywnych na rzecz jednostek podlegających Ministrowi Sprawiedliwości oraz Ministrowi Obrony Narodowej⁴⁶,
- utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni⁴⁷,
- wyposażenia budynków drogowego przejścia granicznego⁴⁸,
- usług oczyszczania ulic⁴⁹,
- dzierżawy stanowisk cumowniczych dla świadczenia usług żeglugi rzecznej pasażerskiej⁵⁰,
- wykonywania kontroli biletów w pojazdach komunikacji miejskiej⁵¹.

W ostatnim czasie uwidaczniają się efekty uczynienia ze zwalczania zμών przetargowych priorytetu realizowanej przez Prezesa UOKiK polityki konkurencji. Pod koniec 2013 r. prowadzone było już kilkadziesiąt postępowań dotyczących ograniczenia konkurencji w sferze zamówień publicznych⁵². Prowadzone postępowania antymonopolowe⁵³ dotyczą w szczególności dostawy szczepionek dla lisów wolno żyjących⁵⁴ i wyposażania obiektów sportowych⁵⁵.

Uczynienie z problematyki zμών przetargowych jednego z priorytetów polityki konkurencji przejawia się nie tylko w sferze egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Prezes UOKiK włączył się również w prace nad optymalizacją systemu zamówień publicznych. Opublikowany zo-

⁴² Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-25/2011 z 6.9.2011 r.

⁴³ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-24/2011 z 27.7.2011 r.

⁴⁴ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-31/2010 z 24.12.2010 r.

⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR-24/2010 z 4.10.2010 r.

⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-12/2009 z 28.8.2009 r.

⁴⁷ Decyzje Prezesa UOKiK nr RLU-21/2008 z 10.6.2008 r., nr RŁO-58/2013 z 30.12.2013 r.; nr RŁO-59/2013 z 30.12.2013 r.; nr RŁO-60/2013 z 30.12.2013 r.; nr RŁO-61/2013 z 30.12.2013 r. i nr RŁO-62/2013 z 30.12.2013 r.

⁴⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-22/2007 z 16.7.2007 r.

⁴⁹ Decyzje Prezesa UOKiK nr RPZ-20/2005 z 21.7.2005 r. i nr RPZ-28/2005 z 21.9.2005 r.

⁵⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-21/2005 z 4.8.2005 r.

⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR-12/2003 z 2.7.2003 r.

⁵² http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10742.

⁵³ Wg stanu na początek 2014 r.

⁵⁴ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10828.

⁵⁵ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10232.

stał raport *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*⁵⁶. Zainicjowana została także debata na temat najistotniejszych z perspektywy ochrony konkurencji problemów w obszarze zamówień publicznych i możliwych rozwiązań problemów regulacji systemu zamówień publicznych, zarówno w sferze zmian legislacyjnych, jak i konkretnych działań w ramach regulacji obecnie obowiązujących. We wspomnianym raporcie, będącym efektem dokonanej w UOKiK analizy systemu zamówień publicznych, zidentyfikowano problemy w funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce, proponując konkretne działania mające zwiększyć konkurencyjność i efektywność przetargów publicznych. W celu lepszego zapobiegania znikom przetargowym zintensyfikowano działalność informacyjno-edukacyjną poświęconą tej problematyce⁵⁷. Tematyka zwalczania zμών przetargowych jest także przedstawiana w trakcie konferencji i szkoleń organizowanych przez inne instytucje i organy.

3. Instrumenty zwalczania zμών przetargowych w prawie ochrony konkurencji

Polskie prawo ochrony konkurencji przewiduje administracyjnoprawny tryb ścigania zμών przetargowych. Rozwój i ochrona wolnej konkurencji jest realizowana w interesie publicznym przez Prezesa UOKiK, który jako centralny organ administracji rządowej prowadzi postępowania administracyjne i wydaje w ich wyniku decyzje administracyjne.

Ponieważ najgroźniejsze zmony między przedsiębiorcami są trudne do wykrycia i na ogół nie wynikają z jawnych dokumentów, dla uczestników zakazanych porozumień stworzono zachęty do ich ujawniania w zamian za odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej złagodzenie w ramach tzw. programu leniency⁵⁸. Do skutecznego wykrywania tych naruszeń Prezes UOKiK został ponadto wyposażony w szczególne na tle innych organów administracji uprawnienia służące pozyskiwaniu dowodów, obejmujące przeprowadzanie

⁵⁶ <http://www.uokik.gov.pl/intelektualno-przemyslowi=10589>.

⁵⁷ W związku z publikacją przywoływanego raportu nt. konkurencji w zamówieniach publicznych zorganizowana została debata *Konkurencja na rynku zamówień publicznych* (Warszawa 2013), natomiast we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu zorganizowana została konferencja *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych* (Toruń 2012).

⁵⁸ Art. 109 uokk. Szerzej na temat programu łagodzenia kar, zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.

niezapowiedzianych kontroli (również z przeszukaniem) w lokalach przedsiębiorców, mogących dysponować dowodami naruszenia (art. 105a uokk). Prezes UOKiK może też wnioskować o sądową zgodę na przeprowadzenie przez funkcjonariuszy Policji przeszukania nieruchomości i środków transportu nienależących do przedsiębiorców⁵⁹, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że są w nich przechowywane przedmioty, akta, księgi, dokumenty i informatyczne nośniki danych, mogące mieć wpływ na ustalenie stanu faktycznego istotnego dla prowadzonego postępowania (art. 91 uokk). Pomimo opisanego szerokiego zakresu uprawnień, potencjalnie większe możliwości wykrycia najlepiej zakonspirowanych zmów przetargowych mają organy, których przedmiotem działalności jest zapobieganie i wykrywanie przestępstw oraz ściganie ich sprawców. Organ ochrony konkurencji nie jest wyposażony we właściwe dla tych organów uprawnienia do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych i dochodzeniowo-śledczych.

Naruszaniu reguł konkurencji mają przeciwdziałać nakładane przez organ ochrony konkurencji na przedsiębiorców sankcje typowo administracyjne⁶⁰ oraz komplementarne do nich⁶¹ sankcje penalne (kary pieniężne), mogące wynosić do 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary za choćby nieumyślne naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję (art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2). Podkreślenia wymaga, że z umowy przetargowej są traktowane jako naruszenia bardzo poważne, co zasadniczo prowadzi do ustalenia kar pieniężnych na odpowiednio wysokim poziomie.

⁵⁹ Na tej podstawie w grę wchodzić mogą np. mieszkania osób z kierownictwa spółki lub samochody pracowników podejrzewanych o realizowanie porozumienia.

⁶⁰ Do sankcji o charakterze administracyjnym stosowanych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję należą: (i) uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i nakaz zaniechania praktyki uznanej za ograniczającą konkurencję (art. 10 uokk), (ii) uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzenie zaniechania jej stosowania (art. 11 uokk), (iii) określenie warunków przyjęcia zobowiązania przedsiębiorcy, któremu zarzucane jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję zmierzających do zapobieżenia uprawdopodobnionym naruszeniom (art. 12 uokk), (iv) zarządzenie w toku postępowania antymonopolowego środków tymczasowych zobowiązujących przedsiębiorcę do zaniechania określonych działań (art. 89 uokk).

⁶¹ M. Król-Bogomilska, *Zmiany w systemie orzekania kar pieniężnych w polskim prawie antymonopolowym po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Studia Iuridica 2006, nr XLVI, s. 158.

4. Przeciwdziałanie trudnościom w wykryciu niedozwolonych porozumień

Administracyjny tryb zwalczania zmów przetargowych może być skutecznym instrumentem przeciwdziałania tym naruszeniom. Sukces w walce ze zmozwami przetargowymi wymaga jednak pokonywania trudności w pozyskiwaniu istotnych informacji o zmozwach.

Deficyt informacji wskazujących na zmozwę przetargową jest podstawowym problemem, z jakim styka się organ ochrony konkurencji. W tej sytuacji nie jest szczególnie użyteczny program leniency, mimo że w przypadku innych kategorii zakazanych porozumień jest cennym źródłem informacji i dowodów. Wydaje się to przede wszystkim konsekwencją zagrożenia odpowiedzialnością karną osób fizycznych, które uczestniczą w zawieraniu zmów ze strony przedsiębiorców naruszających reguły konkurencji. Z tego powodu praktycznie wszystkie osoby zaangażowane w zmozwę są zainteresowane jej ukryciem. Relatywnie niewielka była dotychczas liczba istotnych sygnałów o zmozwach ze strony organizatorów przetargów. Przepisy prawa nie nakładają wprawdzie na nich takiego obowiązku, jednak w świetle prawa zamówień publicznych powinni zapewnić, by postępowania o zamówienia publiczne toczyły się zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Wydaje się, że na przeszkodzie ich szerszej współpracy z UOKiK mogła leżeć do tej pory relatywnie niska świadomość kompetencji organu ochrony konkurencji.

Zdolność pozyskiwania przez organ ochrony konkurencji istotnych informacji i dowodów dających podstawy do stawiania zarzutów uczestnikom zmozwu niewątpliwie obniża również niezwykle krótki termin przedawnienia możliwości wszczęcia postępowania antymonopolowego. Obowiązujące przepisy przewidują, że nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok (art. 93 uokk). W konsekwencji UOKiK niejednokrotnie otrzymuje sygnały o podejrzeniu zaistnienia zmów przetargowych na takim etapie, na którym nie może już podjąć działań na gruncie uokk⁶².

Identyfikując wskazane trudności, Prezes UOKiK podjął konkretne działania mające usprawniać wykrywanie zmów przetargowych. Aby **przeciwdziałać utrudnieniom w pozyskiwaniu informacji o zmozwach** postanowiono ułatwić współpracę z UOKiK organizatorom postępowań o zamówienia publiczne. Zwiększenie ich zaangażowania jest szczególnie pożądane. To oni bowiem

⁶² *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 101.

mogą na wczesnym etapie zgromadzić dowody istnienia zмовy z uwagi na bezpośredni dostęp do dokumentacji przetargowej i unikalną wiedzę o rynku, którego dotyczy potencjalna zмова, jak i o podmiotach działających na tym rynku, w tym o ich zachowaniach we wcześniejszych przetargach⁶³. Wzmocnieniu współpracy zamawiających z Prezesem UOKiK ma służyć upowszechnianie wśród nich wiedzy o zakazanych ograniczeniach konkurencji oraz o sposobach ich identyfikowania. Odbywa się to poprzez szkolenia i seminaria, wydawanie przez UOKiK publikacji poświęconych zмовom oraz stworzenie dostępnego na stronie internetowej UOKiK⁶⁴ wzorca zawiadomienia o podejrzeniu niedozwolonego porozumienia zawierającego listę możliwych do uzyskania przez zawiadamiającego okoliczności i dowodów, mogących wskazywać na zawarcie zмовy przetargowej.

Dotychczasowe doświadczenia ujawniły też celowość **koordynacji działań mających na celu wykrywanie i zwalczanie tych naruszeń oraz rozwijania wymiany informacji i doświadczeń** między Prezesem UOKiK a organami, instytucjami i służbami bezpośrednio zaangażowanymi w zwalczanie zмов przetargowych (Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, prokuratura), właściwymi w sprawach zamówień publicznych (np. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych) oraz innymi, uczestniczącymi w procesie wydatkowania funduszy publicznych (np. Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju). Współpraca organu ochrony konkurencji z instytucjami zaangażowanymi na różnych polach w zwalczanie zмов przetargowych daje wymierne efekty. Przekonują o tym najnowsze postępowania antymonopolowe, zakończone w 2013 r. decyzjami, w których Prezes UOKiK stwierdził zawarcie zмов przetargowych na dostawy produktów chemicznych dla górnictwa⁶⁵ i na dostawy sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek⁶⁶. Stwierdzenie antykonkurencyjnego porozumienia w pierwszej z wymienionych spraw możliwe było dzięki współpracy z Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego i z prokuraturą⁶⁷. Z kolei

⁶³ Ibidem, s. 89.

⁶⁴ http://www.uokik.gov.pl/zglos_zmowe_przetargowa.php.

⁶⁵ Decyzją nr RKT-46/2013 z 16.12.2013 r. Prezes UOKiK stwierdził, że trzech przedsiębiorców naruszyło zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję wskutek ustalania cen i podziału rynku w organizowanych przez kopalnie i spółki węglowe przetargach na dostawy klejów poliuretanowych oraz pian fenolowych.

⁶⁶ Decyzją nr RWR-31/2013 z 25.10.2013 r. Prezes UOKiK stwierdził, że przedsiębiorcy działający w trzech konsorcjach naruszyli zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję wskutek uzgadniania warunków ofert w organizowanym przez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego przetargu na dostawę sprzętu komputerowego dla szkół i bibliotek biorących udział w projekcie *Dolnośląska e-szkola*.

⁶⁷ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10757.

zmowę w przetargu na dostawy sprzętu komputerowego udowodniono dzięki współpracy UOKiK z Centralnym Biurem Antykorupcyjnym⁶⁸.

Prezes UOKiK dążył też do wprowadzenia zmian legislacyjnych, które zwiększyłyby **zainteresowanie uczestników zmów przetargowych współpracą z organem ochrony konkurencji w ramach programu łagodzenia kar** (programu leniency). W przedstawionym do konsultacji tekście założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 14 maja 2012 r. zaproponowano wyłączenie stosowania art. 305 Kodeksu karnego w stosunku do osób, wobec których Prezes UOKiK podjął decyzję o odstąpieniu lub obniżeniu kary. Ta propozycja nie została zaaprobowana przez partnerów rządowych i w efekcie nie została włączona do procedowanego na dalszym etapie projektu nowelizacji⁶⁹.

W rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego znalazła się natomiast propozycja zmian prawnych mających na celu **wydłużenie obecnie zbyt krótkiego terminu przedawnienia możliwości stawiania zarzutów** w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w tym w sprawach zmów przetargowych. We wskazanym rządowym projekcie ustawy przewidziano wydłużenie okresu przedawnienia do 5 lat⁷⁰. Zmiana ta powinna wpłynąć na istotne zwiększenie skuteczności ścigania zmów przetargowych i wywołać silniejszy efekt odstrasżający.

Podsumowanie

Zachowanie warunków uczciwej konkurencji determinuje sprawne funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Zmowy przetargowe są jednym z najcięższych zamachów na uczciwą konkurencję w przetargach publicznych, stanowiących zarazem istotne zagrożenie interesów finansowych państwa. Organem właściwym do zwalczania takich zmów zawieranych przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu oraz przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorców będących organizatorami przetargów jest Prezes UOKiK. Z uwagi zaś na wyjątkową wagę tych naruszeń, zwalczane są one również na podstawie prawa karnego. Stwarza to podstawy do prowadzenia analizy tych samych stanów faktycznych zarówno pod kątem naruszeń przedsiębiorców zawiązujących zakazane

⁶⁸ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10742.

⁶⁹ *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 100–101.

⁷⁰ Zob. art. 1 pkt 35 rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (druk sejmowy nr 1703).

porozumienie, którzy z zawartej umowy czerpią wymierne korzyści finansowe, jak i pod kątem naruszeń konkretnych osób fizycznych, działających na rzecz lub w interesie przedsiębiorców⁷¹. Stwarza to też możliwość budowania systemu przeciwdziałania i zwalczania zmów przetargowych, obejmującego zarówno organ ochrony konkurencji, jak i organy i instytucje zaangażowane w zwalczanie tych naruszeń na podstawie przepisów prawa karnego.

Współpraca oraz wymiana, w granicach przewidzianych przepisami prawa, informacji i doświadczeń może przeciwdziałać deficytowi informacji od uczestników rynku dających podstawy do inicjowania postępowań w sprawach zmów przez organ ochrony konkurencji. Współpraca tych organów i instytucji może być sposobem na zwiększenie skuteczności zwalczania zmów przetargowych. Należy liczyć, że trudności w wykrywaniu zmów przetargowych pozwoli również przezwyciężyć projektowane wydłużenie terminu przedawnienia możliwości stawiania przez Prezesa UOKiK zarzutów w tych sprawach.

Sukcesy w budowie szczelnego systemu przeciwdziałania i zwalczania zmów przetargowych w dużej mierze mogą również zależeć od aktywności organizatorów postępowań o zamówienia publiczne. To oni, mając bezpośredni dostęp do dokumentacji przetargowej oraz unikalną wiedzę o rynku, którego dotyczy potencjalna zmowa, mogą na wczesnym etapie gromadzić dowody istnienia umowy i sygnalizować swoje podejrzenia Prezesowi UOKiK. Konieczne jest więc stałe zwiększanie ich świadomości o wadze zagrożenia prawidłowego funkcjonowania rynku oraz zagrożenia dla interesów finansowych państwa, jakie rodzą umowy przetargowe.

Grzegorz Materna

Doktor nauk prawnych, dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN, autor kilkudziesięciu publikacji dotyczących prawa ochrony konkurencji i konsumentów, współautor komentarzy do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz książki *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne* (wraz z: J. Cygler, N. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk).

⁷¹ Por. G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego nr 2013/12, s. 4.

Reprezentant podmiotu zbiorowego jako sprawca przestępstwa¹

prof. nadzw. Robert ZAWŁOCKI

Prodziekan ds. Studiów Stacjonarnych,
Kierownik Katedry Prawa Karnego
na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu
im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Podmioty zbiorowe odgrywają coraz ważniejszą rolę w obrocie prawnym, co wynika chociażby ze stałego wzrostu ich liczby. Tym samym, ich funkcjonowanie stanowi coraz częstszą faktyczną przyczynę naruszenia norm prawa karnego. O ile ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pozwala w rozważanym przypadku pociągnąć taki podmiot do odpowiedzialności penalnej, to jednak w obowiązującym stanie prawnym wciąż dyskusyjna jest możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej reprezentanta takiej osoby, tj. osoby fizycznej występującej w imieniu lub na rzecz podmiotu zbiorowego. Jest to o tyle zaskakujące, że przecież wskazana ustawa znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy uprzednio reprezentant taki zostanie prawomocnie skazany za popełnione przestępstwo.¹

Popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary kryminalnej w następstwie działania podmiotu zbiorowego to zjawisko z całą pewnością nienowe. Niemal na całym świecie kwestia ta jest już nie tylko dostrzeżona, lecz także ustawowo uregulowana. Tymczasem w rodzimym prawie karnym kwestia ta jest rozstrzygnięta tyleż fragmentarycznie, co niespójnie i niewłaściwie. Wskazany stan czyni prawo karne dysfunkcyjnym, ponieważ wyłącza jego stosowanie

¹ Niniejszy tekst został przedstawiony w formie ustnego referatu na konferencji. Tekst tego referatu odwoływał się wprost do fragmentów publikacji R. Zawłockiego, pt. *Odpowiedzialność karna reprezentanta podmiotu zbiorowego*, wydanej w roku 2013 przez Wydawnictwo C.H. Beck. W związku z tym, w niniejszej publikacji wykorzystano fragmenty wskazanej monografii.

w znacznej części przypadków naruszenia normy karnoprawnej w następstwie działania podmiotu zbiorowego. Sytuacja taka nie należy zaś do szczególnie wyjątkowych. Wystarczy przywołać przykład przestępstwa oszustwa popełnionego np. przez akwizytora działającego na zlecenie danej spółki (producenta i dystrybutora) czy też przestępstwa zakłócania przetargu publicznego przez członka zarządu firmy, która stara się nieuczciwie wpłynąć na wynik przetargu.

W obecnym stanie prawnym podstawą odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego są tzw. klauzule odpowiedzialności zastępczej. W obowiązującym systemie szeroko rozumianego prawa karnego przewidziano łącznie 42 klauzule odpowiedzialności reprezentanta w 33 ustawach. Podstawowa klauzula uregulowana jest w art. 308 kk i dotyczy wyłącznie przestępstw przeciwko wierzycielom (art. 300–302). Drugą ustanowiono w art. 9 § 3 kks, który odnosi się do wszystkich przestępstw i wykroczeń skarbowych. Pozostałe klauzule są ustanowione przede wszystkim odnośnie do różnych przestępstw w ustawach szczególnych. Na tej podstawie można stwierdzić, że klauzule odpowiedzialności karnej są domeną pozakodeksowego prawa karnego oraz prawa karnego skarbowego. Jednocześnie należy odnotować, że ich ustawowa treść i konstrukcje są niejednolite i często niejednoznaczne. Jest to zresztą ogólna cecha całego pozakodeksowego prawa karnego *sensu largo*. Ustawodawca niewątpliwie nie opierał się tutaj na jednym wzorcu, czy też jednej koncepcji teoretyczno-prawnej. Brak takiego wzorca i koncepcji, a w szczególności dowolność prawotwórcza w tym względzie sprawia, że w niektórych przypadkach niezwykle trudno rozstrzygnąć, czy dany przepis w ogóle zawiera klauzulę odpowiedzialności zastępczej. Jednakże, co najważniejsze, wskazany stan prawny nie ułatwia identyfikacji karnoprawnej istoty rozważanej tutaj instytucji.

Problematyka odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego związana jest z sytuacją, w której podmiotem typu czynu zabronionego jest z reguły osoba fizyczna, a w szczególnych okolicznościach może być również podmiot zbiorowy (np. osoba prawna). Tymczasem w obowiązującym prawie karnym ustawodawca nierzadko typizuje wprost jako podmiot określonego typu czynu zabronionego podmiot zbiorowy (osobę prawną). Odbywa się to z reguły poprzez kryminalizację zachowania polegającego na naruszeniu danych kompetencji, których bezpośrednim i jedynym adresatem jest właśnie podmiot zbiorowy. W ten sposób bezpośrednio wskazuje się na ten właśnie podmiot jako osobę odpowiedzialną karnie. Rozwiązanie takie należy uznać za oczywistą wadę legislacyjną, jako rażące naruszenie normy z art. 1 § 1 w zw. z art. 10 § 1 kk. Regulacje takie należałoby więc pilnie usunąć.

Obowiązujące obecnie klauzule odpowiedzialności karnej *sensu largo* reprezentanta można podzielić, z uwagi na ich treść i konstrukcję, na cztery

podstawowe grupy. Do pierwszej grupy należy zaliczyć klauzule z art. 308 kk i art. 9 § 3 kks. Mają one niemal identyczną konstrukcję i treść. Ich karnoprawna istota sprowadza się do następującego sformułowania: *za określone przestępstwa odpowiada jak sprawca osoba fizyczna, która na danej podstawie zajmuje się sprawami podmiotu zbiorowego*. Jakkolwiek wskazana kategoria klauzul jest najmniej liczna, to jednak właśnie na tych dwóch przepisach skupia się niemal w całości uwaga doktryny i orzecznictwa w omawianym zakresie, co oczywiście wynika z ich systemowej (kodeksowej) rangi. Dorobek teoretyczny w omawianym względzie ma jednak ograniczone zastosowanie do pozostałych klauzul, a co za tym idzie – także obowiązującego rodzimego systemu klauzul karnoprawnej odpowiedzialności reprezentanta. Przywołana karnoprawna istota rozważanej grupy klauzul utożsamia odpowiedzialność reprezentanta z odpowiedzialnością sprawcy (odpowiada jak sprawca). Przebiega to na dwóch odrębnych płaszczyznach, faktycznej i formalnej. Na płaszczyźnie faktycznej sprowadza się do postawienia znaku równości pomiędzy reprezentantem a reprezentowanym, tak w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Na płaszczyźnie formalnej reprezentanta utożsamia się ze sprawcą czynu zabronionego, co oznacza, że do niego odnosi się reguły karnoprawnej odpowiedzialności przewidziane dla sprawcy (pozostaje kwestią otwartą, czy chodzi tutaj o sprawcę *sensu stricto* czy też sprawcę *sensu largo*). Istota tej grupy klauzul charakteryzuje się również tym, że wskazanie podmiotu (reprezentanta) oparto tutaj na elemencie dynamicznym (zajmowanie się sprawami podmiotu zbiorowego). Jednak element ten nie jest w żaden sposób powiązany z czynem zabronionym. Jeżeli nawet przyjąć, że jego funkcja ma charakter wyłącznie statyczny, czyli służy wyłącznie do wskazania odpowiedzialnego podmiotu (osoby fizycznej), to również w tym zakresie jest w istocie dysfunkcjonalna. Ustawodawca nie udziela tutaj odpowiedzi na podstawowe pytanie: jaka jest treść karnoprawnie relewantnej relacji pomiędzy czynem zabronionym popełnionym w związku z funkcjonowaniem podmiotu zbiorowego a zajmowaniem się jego sprawami przez daną osobę fizyczną? Chodzi przecież o to, aby z całego zespołu zachowań wielu osób wskazać konkretnie na tę osobę i jej zachowanie, które związane jest z czynem zabronionym w sposób pozwalający stwierdzić, że inne osoby i inne ich zachowania są karnoprawnie irrelewantne. Problem ten nie jest związany wyłącznie z konfiguracją wieloosobową, choć na tej płaszczyźnie jest teoretycznie i praktycznie niezwykle doniosły. W istocie chodzi o to, które zachowanie będące zajmowaniem się sprawami majątkowymi podmiotu zbiorowego jest karnoprawnie relewantne, co przecież jest pytaniem aktualnym również wtedy, gdy reprezentant nie występuje w konfiguracji wieloosobowej. Pytanie to jest aktualne dlatego, że reprezentant zawsze występuje w relacji do innego podmiotu, tj. reprezentowanego podmiotu zbiorowego. Tymczasem analizowane

klauzule zdają się odwoływać do rozumowania na gruncie prawa karnego rażąco wadliwego (nie dopuszczalnego), zgodnie z którym sprawcą czynu zabronionego popełnionego w związku z funkcjonowaniem podmiotu zbiorowego jest osoba fizyczna, która zajmuje się jego sprawami. W rozważanej grupie klauzul brakuje elementu indywidualizującego sprawcę ze względu na jego określone kompetencje względem podmiotu zbiorowego. Tymczasem, jeżeli delikt podmiotu zbiorowego ma być przypisany jego reprezentantowi, to ów delikt – sprowadzający się do naruszenia normy karnoprawnie sankcjonowanej – może być identyfikowany wyłącznie w relacji: naruszenie powinności podmiotu zbiorowego – naruszenie powinności jego reprezentanta. Wskazany brak jest również istotny przy założeniu, że klauzula odpowiedzialności zastępczej wskazuje jedynie na podmiot (osobę fizyczną). Nie jest przecież możliwe wytypowanie takiego podmiotu (reprezentanta) bez jakiegokolwiek odwołania się do jego uprawnień i obowiązków wobec podmiotu zbiorowego, którego funkcjonowanie doprowadziło do popełnienia deliktu. Na koniec należy odnotować, że w omawianych klauzulach całkowicie zredukowany, a nawet wyłączony, jest element przedmiotowy, związany z zachowaniem się reprezentanta w relacji do popełnionego czynu zabronionego. Reprezentant według tej formuły odpowiada tylko dlatego, że jest reprezentantem. Tymczasem powinien on odpowiadać tylko i wyłącznie za swój faktyczny czyn, który nie jest czynem podmiotu zbiorowego, jednakże może być uznany za czyn zabroniony wtedy, gdy pomiędzy czynem sprawcy a czynem zabronionym wystąpi relacja uprawniająca do takiego stwierdzenia. W omawianych klauzulach odpowiedzialności karnej reprezentanta relacja ta nie jest w żaden sposób wskazana.

Można także wyróżnić drugą grupę obowiązujących klauzul, która obejmuje ponad połowę wszystkich przepisów tego typu. Ich karnoprawna istota wyraża się w następującym sformułowaniu: *kto dopuszcza się czynu zabronionego (określonego w przepisie podstawowym), działając w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, podlega karze przewidzianej w tym przepisie*. Wobec rozważanej grupy klauzul można sformułować trzy generalne uwagi. Po pierwsze, konstrukcja i treść tych klauzul bardzo różni się od ww. klauzul pierwszej grupy. Właściwie jest tutaj realizowana całkowicie odmienna koncepcja określenia karnoprawnych podstaw odpowiedzialności karnej reprezentanta. Jest to ważne, ponieważ ta grupa jest najliczniejsza, co upoważnia do poglądu, że dotyczy dominującej (reprezentatywnej) koncepcji w omawianym zakresie. Po drugie, uwagę zwraca brak statycznego elementu wyznaczającego odpowiedzialny podmiot (osobę reprezentanta). W rezultacie, formalnie osobą odpowiedzialną może być tutaj teoretycznie każdy, bez względu na zajmowane stanowisko i charakter posiadanych kompetencji (uprawnień i obowiązków). W tym ujęciu nie jest ważne, kim w podmiocie zbiorowym jest reprezentant, tylko jak się zach-

wuje (względem tego podmiotu i względem czynu zabronionego). Po trzecie, w klauzulach rozważanego rodzaju ustawodawca kładzie mocny nacisk na aspekt przedmiotowy o charakterze dynamicznym, czyli zachowanie się reprezentanta podmiotu zbiorowego [dopuszcza się czynu zabronionego (określonego w przepisie podstawowym), działając w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego]. Konieczne jest tutaj rozstrzygnięcie, co do normatywnego znaczenia, znamienia „dopuszcza się”. Wydaje się, że należy to sformułowanie pojmować identycznie z powszechnie używanym w prawie karnym sformułowaniem „popelnia”. Nie ma żadnych podstaw, aby sformułowania te różnicować. Można za to przywołać argument wynikający z Konstytucji RP, w której w art. 42 ust. 1 użyto właśnie wyrażenia „dopuszczyć się” w odniesieniu do popełnienia czynu zabronionego. Karalne zachowanie się reprezentanta polegałoby wtedy na popełnieniu czynu zabronionego poprzez działanie w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego. W tym ujęciu wyraźnie oddzielone jest faktyczne zachowanie się reprezentanta od czynu zabronionego popełnionego w związku z funkcjonowaniem podmiotu zbiorowego. Zachowanie to jest karnoprawnie relewantne wtedy, gdy reprezentant wypełni znamiona danego typu czynu zabronionego, działając dla podmiotu zbiorowego. Jest przy tym oczywiste, że działanie to należy rozumieć na gruncie prawa karnego szeroko, czyli jako działanie i zaniechanie w postaci zachowania o znamionach czynu zabronionego (por. art. 115 § 1 kk, art. 53 § 1 kks oraz art. 47 § 1 kw). Reprezentant popełnia więc tutaj czyn zabroniony wtedy, gdy swoim zachowaniem, realizowanym w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, wypełni znamiona danego typu czynu zabronionego. Przy czym, taki czyn zabroniony jest zagrożony karą identyczną, jak w przepisie podstawowym (typizującym czyn zabroniony).

Poddane powyższej analizie ujęcie drugiej grupy klauzul odpowiedzialności karnej niewątpliwie jest znacznie lepsze od ujęcia charakterystycznego dla pierwszej grupy. Uwzględnia się w nim bowiem zachowanie się reprezentanta podmiotu zbiorowego jako podstawowe kryterium odpowiedzialności karnej. Należy jednak wskazać na ważną wadę tego ujęcia, ponieważ zdaje się ono opierać na uproszczonym założeniu, że reprezentant osobiście realizuje swoim faktycznym zachowaniem wszystkie ustawowe znamiona strony przedmiotowej i podmiotowej czynu zabronionego. Tymczasem reprezentacja w praktyce niezwykle rzadko sprowadza się do takich sytuacji. Zazwyczaj zachowanie reprezentanta polega na realizacji zachowania, które tylko w części odpowiada znamionom ustawowym, a nierzadko zachowanie jego w ogóle wprost nie odpowiada opisowi ustawowemu czynu zabronionego. Wynika z tego, że w tej kategorii klauzul brakuje ważnego elementu normatywnego, który pozwoliłby odpowiedzieć na pytanie o podstawę uznania za karnoprawnie relewantny ten zakres reprezentowania, który co prawda nie wyczerpuje wprost znamion czynu

zabronionego, lecz niewątpliwie faktycznie istotnie przyczynia się do naruszenia przez podmiot zbiorowy normy sankcjonowanej. Chodzi więc o uwzględnienie tych wszystkich szczególnych okoliczności towarzyszących zachowaniu się reprezentanta, które pozwalają przypisać temu zachowaniu znamiona ustawowe czynu zabronionego. Rzecz sprowadza się zatem do pogłębionego znaczenia wyrażenia „dopuszcza się”. Reprezentant może i powinien odpowiadać karnie za swoje zachowanie, realizowane w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, wypełniające znamiona danego typu czynu zabronionego, nie tylko bezpośrednio (co w praktyce występuje rzadko), lecz również pośrednio (co w praktyce występuje często). Konieczne jest tutaj wskazanie reguły tego pośredniego przypisania, a omawiane klauzule reguły tej nie określają. Jej brak może prowadzić w praktyce do bardzo wąskiego (dysfunkcjonalnego) interpretowania i stosowania tych klauzul (tylko do takich działań reprezentanta, które bezpośrednio wypełniają wszystkie znamiona typu czynu zabronionego), teoretycznie powoduje on również przeciwne zagrożenie – stosowania odpowiedzialności karnej reprezentanta w nieograniczonym zakresie (gdy jego zachowanie nawet pośrednio nie przyczyniło się do popełnienia czynu zabronionego).

W pozostałym zakresie można również wyróżnić trzecią grupę klauzul odpowiedzialności karnej reprezentanta, których wspólna istota sprowadza się do następującego wyrażenia: *jeżeli czyn określony zabroniony został popełniony w zakresie działalności podmiotu zbiorowego, to za jego sprawcę uznaje się osobę fizyczną odpowiedzialną w tym podmiocie za ten zakres działalności podmiotu zbiorowego*². Grupa ta jest nieliczna i obejmuje zaledwie kilka klauzul, nie są one więc doniosłe w obowiązującym systemie odpowiedzialności karnej reprezentanta. Ustawodawca stosuje tutaj jeszcze inny model odpowiedzialności karnej reprezentanta, który różni się bardzo od dwóch poprzednich. Różnice dotyczą tutaj nie tylko konstrukcji i treści, lecz przede wszystkim odpowiedniej koncepcji omawianej odpowiedzialności. Koncepcja ta sprowadza się do całkowitej redukcji dynamicznego elementu przedmiotowego (zachowania się sprawcy), co w istocie czyni odpowiedzialność karną reprezentanta na podstawie ryzyka związanego z jego ogólnie ujmowaną działalnością, a nie jego faktycznego czynu. Statyczny element podmiotowy jest tutaj wskazany tylko pośrednio, poprzez określenie zakresu kompetencji osoby fizycznej (reprezentanta). Na

² Do tej grupy należy zaliczyć dwie klauzule z ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2012 r. Nr 1356, ze zm.), jedną klauzulę z ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz. U. Nr 10, poz. 55, ze zm.), jak również z art. 138c kw, jakkolwiek ta ostatnia klauzula w szczególności różni się od poprzednich, to jednak istota normatywnego rozwiązania jest tutaj identyczna.

pierwszy plan wysunięto właśnie tutaj ten aspekt, którego brakowało w dwóch poprzednich grupach klauzul, czyli kompetencje reprezentanta i ich relacje do zaistniałego deliktu. Jednak sam fakt ponoszenia odpowiedzialności przed podmiotem zbiorowym za ten zakres jego działalności, który jest związany z popełnionym deliktem, w żadnej mierze nie może być uznany za wystarczający w zakresie karnoprawnego przypisania odpowiedzialności karnej. Jest on ważnym elementem tego zabiegu, ale bez wątpienia nie może być jedynym. W prawie karnym rażąco niewłaściwa jest norma, zgodnie z którą za sprawcę czynu zabronionego popełnionego w związku z działaniem jednej osoby uznaje się drugą osobę, która jest odpowiedzialna za to działanie. Omawiany rodzaj klauzul zasługuje jednak na jedną pozytywną uwagę, ponieważ ustawodawca wyraźnie wskazuje w nim, iż określony czyn zabroniony został popełniony w zakresie działalności podmiotu zbiorowego. Jest to element pomijany w poprzednich rodzajach (grupach) klauzul, tymczasem należy go uznać za niezwykle ważny z polityczno-kryminalnego i normatywnego punktu widzenia. Uwzględniany jest bowiem fundamentalny dla omawianej tutaj problematyki fakt, iż czyn zabroniony został popełniony w szczególnych warunkach, które mają ważny wpływ na jego przesłanki, treść oraz konsekwencje. Reprezentant nie działa tutaj w pełni samodzielnie, lecz reprezentując podmiot zbiorowy. Różnica pomiędzy takim działaniem a działaniem samodzielnym (we własnym imieniu lub na własną rzecz) jest taka, że gdyby nie funkcjonowanie podmiotu zbiorowego, to czynu reprezentanta najprawdopodobniej by nie było, a jeżeli nawet taki czyn jednak zostałby popełniony, to jego treść i konsekwencje nie byłyby identyczne, jak w przypadku czynu popełnionego samodzielnie.

Ostatnia, czwarta grupa klauzul jest najbardziej różnorodna i kontrowersyjna, choć podobnie jak grupa poprzednia obejmuje tylko kilka klauzul³. W jej przypadku nie występuje jeden schemat normatywny. Karnoprawna istota klauzul należących do tej grupy sprowadza się bowiem do sformułowania przez ustawodawcę odrębnego typu czynu zabronionego odwołującego się formalnie do działania jego podmiotu w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego. W tym ujęciu, element ten stanowi szczególną okoliczność modalną, która

³ Chodzi tutaj o klauzule z ustawy z dnia 19 grudnia 2003 r. o organizacji rynków owoców i warzyw, rynku chmielu, rynku suszu paszowego oraz rynków lnu i konopi uprawianych na włókno (Dz. U. z 2011 r. Nr 145, poz. 868, ze zm.), ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2012 r. poz. 933, ze zm.), ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. Nr 166, poz. 1608, ze zm.), ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, ze zm.), ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. Nr 146, poz. 1546, ze zm.) oraz ustawy z dnia 5 kwietnia 2002 r. o europejskich radach zakładowych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1146, ze zm.).

charakteryzuje sam podmiot, jak i jego karalne zachowanie. Rozwiązanie takie jest trudne do oceny i sklasyfikowania, ponieważ przypomina rozwiązanie z drugiej grupy klauzul, lecz również może być uznane za zwykły czyn zabroniony, w którym działania w imieniu lub na rzecz podmiotu zbiorowego są tylko znamieniem podmiotu lub znamieniem strony przedmiotowej (szczególną okolicznością karalnego zachowania). Z drugiej jednak strony ustawodawca posługuje się tym sformułowaniem bardzo rzadko i to zasadniczo tylko na użytek klauzul odpowiedzialności karnej reprezentanta. W rezultacie trudno uniknąć wrażenia, że te klauzule – jeżeli rzeczywiście mają one taki charakter – są przejawem dobrego prawotwórstwa. Ta grupa klauzul zasługuje na najbardziej negatywną ocenę, albowiem nie spełnia jakiegokolwiek warunku poprawności w omawianym zakresie.

Wynika z powyższego, że w obowiązującym prawie karnym *sensu largo* występują cztery kategorie klauzul odpowiedzialności karnej reprezentanta, z których każda zawiera istotne wady, czyniąc je rozwiązaniami dysfunkcjonalnymi. Wskazuje to na konieczność opracowania nowego modelu takiej klauzuli. Przy czym, jak się wydaje, powinien to być jednolity model dla wszystkich rodzajów deliktów karnoprawnych.

Wszelkie rozważania na temat modelowej klauzuli wymagają w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia podstawowej wątpliwości, która sprowadza się do pytania, czy dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej reprezentanta nie wystarczy tradycyjna formuła sprawstwa przewidziana w art. 18 § 1 kk.

Analizując zagadnienie czynu reprezentanta podmiotu zbiorowego w kontekście sprawstwa, pojmowanego nie ściśle normatywnie, lecz koncepcyjnie, należy stwierdzić, że do tej pory nie tylko nie wypracowano w tej kwestii jednordonnej koncepcji, lecz jest ona wciąż przedmiotem dyskusji. Fenomen sprawczego zachowania reprezentanta jednostki organizacyjnej w innych państwach z reguły jest identyfikowany z anglosaską koncepcją *vicarious liability* (odpowiedzialności przenoszonej) albo też z – charakterystycznymi dla niemieckojęzycznego obszaru prawa karnego – instytucjami sprawstwa pośredniego albo działania za kogoś innego, przy czym nie są to koncepcje rozumiane jednolicie⁴. W tym kontekście ważne jest podkreślenie dwóch kwestii: po pierwsze, żadna z tych koncepcji nie została uwzględniona w polskim prawie karnym, a co za tym idzie – rodzime opracowania teoretyczne w tym względzie, nawet na poziomie ogólnym są całkowicie niewystarczające na użytek rozważanej tutaj tematyki; po drugie – rekonstrukcja odpowiedzialności karnej odpowiednika reprezen-

⁴ Por. H. Radtke, *Die strafrechtliche Organ – und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) vor der Neuausrichtung?* JR Heft 2010, Nr 6, s. 233–238 oraz H.H. Jeschek, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 662 i nast.

tanta podmiotu zbiorowego na gruncie danego prawa obcego i jego doktryny jest przedmiotem głównie uwag krytycznych i nierozstrzygniętych sporów⁵.

Opracowując rodzime teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej reprezentanta, nie tylko nie należy wprowadzać rozwiązań całkowicie obcych polskiemu prawu karnemu, lecz wprost przeciwnie, konieczne jest tutaj maksymalne dochowanie już funkcjonujących podstawowych zasad odpowiedzialności karnej, w tym m.in. rekonstruowanie sprawstwa reprezentanta podmiotu zbiorowego zgodnie z koncepcją sprawstwa jednolitego.

Rozważania dotyczące adekwatności typowego sprawstwa (czynu zabronionego) do sprawstwa reprezentanta podmiotu zbiorowego należałoby zacząć od poglądu O. Górniok, iż: „W praktyce ustalanie odpowiedzialności takich osób, szczególnie w przedsiębiorstwach o różnych formach prawnych i skomplikowanych strukturach organizacyjnych nie było i nie będzie łatwe”⁶. Jednak problem ten, jak się wydaje, nie sprowadza się jedynie do trudności praktyczno-faktycznych, związanych z przywołanym szczególnym kontekstem popełnienia czynu zabronionego. Charakter tego szczególnego kontekstu sprawia bowiem, że typowa formuła sprawstwa czynu zabronionego pod groźbą kary, przyjęta i stosowana w polskim systemie prawa karnego *sensu largo*, nie jest właściwa dla karnoprawnej kwalifikacji sprawstwa reprezentanta podmiotu zbiorowego. Nie chodzi więc o to, że formułę tę, w omawianym przypadku, trudno się stosuje, lecz o to, że nie można i nie powinno się jej w tym przypadku stosować. Rzecz więc w opracowaniu teoretycznej konstrukcji nowej formuły⁷.

⁵ Dla przykładu, w ramach rozważań dotyczących sprawstwa pośredniego na gruncie niemieckiego prawa karnego, wyróżnia się kilka podstawowych jego postaci, przy czym postać związana ze sprawstwem pośrednim przez określoną organizację (Organisationsherrschaft) budzi bodajże największe kontrowersje, a na dodatek została ona zaproponowana nie na gruncie odpowiednika odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego, lecz odpowiedzialności zbrodniarzy wojennych (Por. C. Roxin, Straftaten im Rahmen Organisatorisches Machtapparate, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1963, s. 46 i nast.). Oznacza to, że koncepcje vicarious liability oraz sprawstwa pośredniego mogą być użyteczne na gruncie niniejszej analizy co najwyżej tylko pomocniczo, a w każdym razie – nie mogą stanowić podstawy najważniejszych w tym względzie rozstrzygnięć (odnośnie do sprawstwa pośredniego – zob. szerzej K. Buchała, L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, SP 1988, Nr 1–2).

⁶ O. Górniok, *Przestępczość przedsiębiorstw i karanie jej sprawców*, Warszawa 1995, s. 180.

⁷ W tej mierze wciąż aktualna jest refleksja G. Rejman, że: „Nauka prawa karnego stała przed trudnym dylematem dotyczącym wyjaśnienia odpowiedzialności karnej osoby, która tylko w pewnej mierze uczestniczyła w zespole doprowadzającym do następstw naruszających przepis ustawy karnej” (G. Rejman, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe wykonanie nadzoru w zespołowym działaniu*, Warszawa 1972, s. 56).

Pojęcie sprawstwa, na gruncie rodzimej doktryny prawa karnego, nie jest rozumiane jednolicie. Należy dodać, że w bogatej literaturze przedmiotu reprezentacja jako postać sprawstwa nie była przedmiotem odrębnych analiz. Dorobek nauki w tym obszarze odnosi się więc tylko pośrednio, przez odniesienie ogólnych konkluzji do omawianego tutaj szczegółowego problemu. Należy w tym zakresie przyjąć dominujący w doktrynie pogląd o formalno-obiektywnej i restryktywnej charakterystyce instytucji sprawstwa czynu zabronionego⁸. Zgodnie z tą koncepcją można wyróżnić wyłącznie tylko cztery ustawowo stypizowane postacie sprawstwa, określone w art. 18 kk (sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo polecające i sprawstwo kierownicze)⁹. Istotę tak pojmowanego sprawstwa określa władztwo (*Tatherrschaft*) sprawcy nad wypełnieniem znamion czynu zabronionego, które przejawia się tym, że czyn ten jest rezultatem jego własnego i samodzielnego zachowania się (panowaniem nad realizacją znamion ustawowych typu czynu zabronionego). Jak stanowi przepis z art. 18 § 1 *kk in principio*, odpowiada za sprawstwo (pojedyncze), „kto wykonuje czyn zabroniony sam”. Odnośnie do tej podstawowej postaci sprawstwa, trafne jest spostrzeżenie P. Kardasa, że: „Akcentując formalno-obiektywny element sprawstwa pojedynczego, jego specyficzną „własnoręczność” w doktrynie nie wywołuje wątpliwości, że sprawstwo zasadza się na wypełnieniu własnym zachowaniem wszystkich znamion czynu zabronionego”. I dalej: „Takie ujęcie sprawstwa pojedynczego odrywa całkowicie tę figurę od elementów subiektywnych, nie ma więc znaczenia w czym interesie oraz z jakich pobudek działał dany podmiot. Dla przyjęcia sprawstwa pojedynczego nie jest zatem konieczne wykazywanie na gruncie polskiej ustawy karnej, że sprawca działał z wolą popełnienia przestępstwa dla siebie (*animus auctoris*), z drugiej strony nie wyklucza sprawstwa pojedynczego działanie sprawcy dla kogoś innego (*animus socii*)”¹⁰.

Pojęcie sprawstwa, zgodnie ze swoim potocznym znaczeniem, jako podstawowa forma popełnienia czynu zabronionego, sprowadza się do realizacji (sprawiania) przez daną osobę fizyczną zachowania faktycznego, nad którym osoba ta ma pełną kontrolę, przez co zachowanie to jest ujmowane jako jej własne i samodzielne. Jest przy tym oczywiste, że zachowanie takie może być realizowane zarówno na własną, jak i na cudzą rzecz. Sprawca może przecież popełnić delikt, działając w interesie innej osoby. Jednak wtedy jego zachowanie ujmowane jest jak jego sprawstwo, dlatego że treść tego zachowania jest wynikiem tylko

⁸ Zob. szerzej P. Kardas, w: *System Prawa Karnego, Tom 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 895–908.

⁹ Przedmiotowa analiza będzie dotyczyła bezpośrednio sprawstwa czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo. Ma ona jednak odpowiednie zastosowanie również do sprawstwa na gruncie innych deliktów.

¹⁰ P. Kardas, w: *System Prawa Karnego*, red. R. Dębski, s. 899 i 902.

i wyłącznie jego woli i jego fizycznych czynności. Oznacza to, że sprawca działający na rzecz innej osoby, wciąż wykonuje czyn zabroniony osobiście (samodzielnie)¹¹. Odnosząc przywołaną charakterystykę sprawstwa na płaszczyznę rozpatrywanego czynu reprezentanta podmiotu zbiorowego (zaniechania w nadzorze), należy w pierwszej kolejności odnotować, że czyn ten zasadniczo mieści się w ww. konwencji formalno-obiektywnej. Istotę czynu reprezentanta należy tak właśnie pojmować ze względu na to, że właściwie sprowadza się on do wywołania określonej obiektywnej zmiany o charakterze faktyczno-formalnym w świecie zewnętrznym. Okoliczność ta nie oznacza jednak, że omawiana reprezentacja mieści się w formule *animus socii*, czyli działania za lub dla kogoś innego. Formuła ta zakłada bowiem w każdym przypadku, że sprawca realizuje swoje zachowanie autonomicznie (samodzielnie). Formuła sprawstwa *animus socii* oznacza więc wtedy, że określona osoba fizyczna, działając cały czas samodzielnie, działa – obiektywnie lub subiektywnie – w imieniu innej osoby lub na rzecz innej osoby. Punktem wyjścia jest więc tutaj autonomia sprawcy, a formuła *animus socii* jedynie szczególnym, karnoprawnie irrelevantnym sposobem jej realizacji. Jeżeli więc działanie w imieniu innej osoby lub na rzecz innej osoby nie jest realizowane samodzielnie (autonomicznie), to nie spełnia warunków tej formuły¹². W powołanym znaczeniu nie znajduje tutaj zastosowania zasada *qui facit per alium, facit per se* (kto działa przez innych, działa sam).

¹¹ Słuszna jest tutaj następująca uwaga P. Ochmana: „W związku z tym, że dla przyjęcia sprawstwa bądź współsprawstwa konieczny jest element osobistego „wykonania” znamion czynu zabronionego, wprowadzono do k.k. figury sprawcze obejmujące taką konfigurację, w której własnoręczne wykonanie czynu zabronionego nie jest wymagane, czyli sprawstwo kierownicze i polecające. W tych wypadkach relewantna jest okoliczność bądź to kierowania „wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę”, bądź „polecenia wykonania czynu zabronionego” (P. Ochman, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności zastępczej za przestępstwa w pozakodeksowym prawie karnym gospodarczym*, NPKP 2011, t. XXVII, s. 295).

¹² Trafnie zauważa P. Ochman, że wprowadzenie (obowiązywanie obecnych) klauzul odpowiedzialności karnej reprezentanta w pewnym sensie neguje, a przynajmniej modyfikuje, przywołane ogólne ujęcie sprawstwa. Stwierdza on, prezentując pogląd o wyłącznie podmiotowym charakterze wskazanych klauzul, że: „Wprowadzenie klauzuli odpowiedzialności zastępczej do określonego podmiotu odmiany indywidualnej przestępstwa typu powszechnego implikuje rozumienie figur sprawstwa w duchu koncepcji akcentujących animus sprawcy. W związku z tym podmiot przestępstw zawartych w pozostałych przepisach karnych danej ustawy (lub jednostki artykułowej), niezawierających takich klauzul musi być interpretowany zawężająco, jako – a contrario – działający we własnym imieniu lub interesie (ewentualnie we własnym imieniu lub na swoją rzecz etc.)” (P. Ochman, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności*, s. 301).

Czyn reprezentanta podmiotu zbiorowego nie jest zachowaniem autonomicznym w wyżej przywołanym znaczeniu, ponieważ taka osoba fizyczna nie wywołuje samodzielnie wskazanej zmiany w świecie zewnętrznym. Zmiana ta jest rezultatem wielu czynników subiektywnych i obiektywnych oraz faktycznych i formalnych. W rzeczywistości, w znacznym zakresie, reprezentant nie ma nad tymi czynnikami pełnego faktycznego władztwa, chociażby z tego względu, że może nie mieć o nich wiedzy lub może nie wykonywać tych czynności osobiście. Fenomen sprawstwa czynu zabronionego, stanowiącego swoisty rezultat funkcjonowania podmiotu zbiorowego, polega właśnie na tym, że reprezentant tego podmiotu zasadniczo nie ma pełnego bezpośredniego (osobistego) władztwa nad tym sprawstwem. Jego moc sprawcza jest tutaj pośrednia i negatywna. Właściwie, nie ma on tego władztwa w sensie pozytywnym, lecz tylko w negatywnym. Jest bowiem zobowiązany do tego, aby czyn ten nie został popełniony. Taka negatywna treść władztwa, charakteryzująca czyn (zaniechanie) reprezentanta, co do zasady, nie odpowiada władztwu charakteryzującemu sprawstwo w jakiegokolwiek z przewidzianych obecnie postaci.

Naruszenie normy karnoprawnie sankcjonowanej jest bezpośrednim następstwem całej złożoności działalności podmiotu zbiorowego, a w szczególności – zatrudnionych w nim osób. Jest ono co prawda także bezpośrednim następstwem braku odpowiedniego nadzoru ze strony reprezentanta. Jednakże takie sprawienie przez niego czynu zabronionego z pewnością nie jest autonomiczne (samodzielne). W pełni autonomiczne jest tutaj jego zaniechanie, jednakże jego karnoprawnie doniosły rezultat już nie. O ile więc można twierdzić, że czyn reprezentanta odnoszony do popełnienia czynu zabronionego w istocie charakteryzuje władztwo, o tyle jednak władztwo to jest specyficzne i nie odpowiada szczególnemu charakterowi władztwa właściwego dla sprawstwa¹³. Chodzi przy tym o sprawstwo w każdej ustawowo przewidzianej obecnie postaci, o czym będzie jeszcze mowa dalej.

Z powyższych rozważań wynika, że o ile sama koncepcja formalno-obiektywnego sprawstwa jest tutaj generalnie adekwatna, o tyle już stypizowane w ustawie formy tego sprawstwa należy uznać za nieadekwatne w odniesieniu do sprawstwa reprezentanta¹⁴. Dla uznania, że sprawstwo reprezentanta

¹³ W tej sytuacji, de lege lata, dla sprawstwa reprezentanta podmiotu zbiorowego uprawnione jest określenie *quasi-sprawstwa*. Np. B. Kornacki, *Odpowiedzialność karna skarbową quasi-sprawcy za popełnienie przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego w trybie art. 9 § 3 kks*, „Prokurator” 2009, nr 3–4, s. 60.

¹⁴ Wobec tego, za niewystarczający należy uznać argument wysuwany przeciwko podmiotowo-przedmiotowej (odrębnej) naturze klauzuli odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego, który sprowadza się do twierdzenia, że sama koncepcja formalno-obiektywna sprawstwa wyklucza możliwość takiego ujmowania tych

jest już obecnie stypizowanym rodzajem sprawstwa, nie wystarczy sam fakt, iż jedno i drugie charakteryzuje władztwo. Koncepcja Tatherrschaft jest pojemna, ale pojemność ta jest również ograniczona. Jej szerokie zastosowanie na gruncie niemieckiego prawa karnego jest skądinąd uzasadnione obecnością tamże instytucji sprawstwa pośredniego (zob. § 25) oraz sprawstwa zastępczego (zob. § 14). Tymczasem, w polskim prawie karnym odpowiedników tych regulacji brakuje, co oznacza, że na rodzimym gruncie koncepcję Tatherrschaft należy ujmować nie tylko restryktywnie, lecz również restrykcyjnie.

W nauce prawa karnego wskazuje się, że fenomen karnoprawnie relewantnego sprawstwa sprowadza się w istocie do sprawienia określonego czynu zabronionego, czyli do realizacji zachowania wyczerpującego ustawowe znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Trafnie zauważa tutaj A. Liszewska, że: „To, że sprawcą kradzieży jest osoba zabierająca (własnoręcznie) w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą, wynika przecież wprost z art. 278 § 1 kk, a nie z art. 18 § 1 kk”¹⁵. Jest to również bardzo cenna uwaga na gruncie odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego. Należy bowiem zauważyć, że ustawowe typy czynu zabronionego są w warstwie językowo-funkcjonalnej formułowane w sposób nieprzystający do specyfiki sprawstwa reprezentanta. Braku adekwatności w tym zakresie nie usuwa ogólna uwaga, że sprawstwo obejmuje również postać *animus socii*. Nawiązując bowiem do myśli, że to nie konstrukcja sprawstwa, lecz konstrukcja czynu zabronionego decyduje o tym, czym w istocie sprawstwo jest, należy odnotować, że to właśnie występujące konstrukcje typów czynów zabronionych ową postać *animus socii* często ograniczają, a nierzadko wykluczają. Odwołując się do ww. przykładu, należałoby, zgodnie z dominującym przekonaniem uznać, że zabór w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej przez osobę fizyczną działającą samodzielnie oraz we własnym imieniu lub na własną rzecz, jest w sferze sprawczej zachowaniem takim samym, jak zabór w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej przez osobę fizyczną działającą tak dlatego, że jest to realizacja zachowania w imieniu lub interesie (albo w ramach zajmowania się cudzymi sprawami) odrębnego podmiotu, którego działalność – na którą składają się zachowania

klauzul. Tak, np. P. Ochman, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności*, s. 300–301 i 305. Należy uznać, że koncepcja formalno-objektywna sprawstwa na pewno dopuszcza możliwość przyjęcia za sprawstwo zachowania danej osoby fizycznej w cudzym imieniu lub interesie. Jednak ta szeroka formuła ma granice wyznaczone przez konieczność samodzielnego zachowania sprawcy realizującego znamiona czynu zabronionego. Oznacza to, że wskazana koncepcja odwołuje się również do reprezentacji, jednak w wąskim (restryktywnym), a nie szerokim (ekstensywnym) ujęciu.

¹⁵ A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym: analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 31.

innych osób fizycznych – formalnie i faktycznie jest autonomiczna względem tych zachowań, w tym również zachowania ww. osoby fizycznej (reprezentanta). Wydaje się, że zachowań tych nie można obejmować tą samą formułą sprawstwa. Wskazany brak rodzajowej tożsamości na płaszczyźnie ontologicznej prowadzi również do odpowiedniego zróżnicowania na płaszczyźnie oceny polityczno-kryminalnej, a mianowicie, że zwalczanie przestępczości reprezentantów wymaga tutaj odrębnej podstawy.

Ogólna postać sprawstwa dotyczy tradycyjnie pojmowanej przedmiotowo-podmiotowej relacji pomiędzy osobami ponoszącymi odpowiedzialność karą (udział w czynie dokonywanym przez inną osobę)¹⁶. Twierdzenie, że reprezentacja jest sprawstwem w postaci *animus socii*, nie znajduje uzasadnienia na gruncie dorobku doktryny prawa karnego¹⁷. Oznacza to m.in., że przyjęcie takiego stanowiska, wynikające z chęci utrzymania *status quo*, wymagałoby odpowiedniej teoretycznej podbudowy.

Czyn zabroniony może być popełniony, czyli faktycznie sprawiony na wiele różnych sposobów, jednak tylko niektóre z nich – choć podstawowe – są określone w ustawie. Należy przyjąć, że formuła sprawstwa pojedynczego nie jest w tym zakresie wystarczająca. I to nie dlatego, że ma w ramach sprawstwa status graniczny (sporny), lecz dlatego, że co do swojej istoty ma charakter na tyle szczególny, że znajduje się poza granicami typowego sprawstwa. Związane z aktem „sprawienia” (czynu zabronionego) władztwo można realizować także na takie sposoby, które z pewnością nie odpowiadają jednosprawstwu. Dlatego też ustawodawca stypizował odrębnie współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i – niedawno – sprawstwo polecające. Fakt ten dobitnie obrazuje ograniczony zakres stosowania formuły sprawstwa do sytuacji, w których doszło do sprawczego naruszenia normy karnoprawnie sankcjonowanej, a co za tym idzie – uzasadnia konieczność poszukiwania nowych w tej mierze rozwiązań. Komen-

¹⁶ Szerzej na ten temat, w ujęciu ogólnym, zob. A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, tom I, Warszawa 2011, s. 691.

¹⁷ Por. np. wyr. SN z 16.6.1972 r., II KR 14/72, OSNPG 1973, Nr 1, poz. 3 oraz wyr. SN z 12.7.1979 r., II KR 189/79, OSNPG 1980, Nr 1, poz. 3. W tym ostatnim orzeczeniu stwierdzono, że podstawą dla rozstrzygnięcia, czy sprawca działał *animo auctoris*, czy *animo socii* jest to, w czym interesie było popełnienie przestępstwa. Przenosząc to rozumowanie na grunt reprezentacji, należy zauważyć, że okoliczność ta generalnie nie jest jasna (nie zawsze bowiem faktycznie przestępstwo jest w interesie reprezentowanego, a niemal zawsze formalnie nie jest w jego interesie, ze względu na grożące mu z tego tytułu konsekwencje), a reprezentant nie zawsze musi działać w interesie reprezentowanego (może działać na przykład tylko w jego imieniu). Oznaczałoby to, że proponowana karnoprawną formułą *animus socii* jest zasadniczo nieadekwatna dla omawianej tutaj reprezentacji.

tując karnoprawną istotę przepisu art. 18 § 1 kk, P. Kardas zauważa słusznie, że: „Przepis ten oczywiście nie ogranicza sprawstwa tylko do samodzielnego wykonania czynu. Wręcz przeciwnie, stanowi podstawę do rozszerzenia pojęcia sprawstwa na przypadki niebędące samodzielnym wypełnieniem znamion typu. Artykuł 18 § 1 kk, obok postaci sprawstwa pojedynczego, opisuje jeszcze trzy inne formy sprawstwa”¹⁸. Cechą wspólną tych form, tj.: współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego jest władztwo nad realizacją czynu zabronionego, który nie jest jednak realizowany samodzielnie. Spostrzeżenie to, *prima facie*, mogłoby kierować uwagę związaną z omawianym tutaj sprawstwem reprezentanta na te właśnie formy¹⁹. Jednak już pobieżna ich analiza prowadzi do wniosku, że w żadnym razie nie odpowiadają one cechom sprawstwa reprezentanta²⁰.

Należy zatem uznać, że tylko „sprawstwo” reprezentanta podmiotu zbiorowego wymaga zastosowania odrębnej ustawowej konstrukcji. Powinna ona uwzględniać specyficzną istotę czynu reprezentanta, ujmowanego jako zaniechanie prawidłowego nadzoru nad legalną działalnością podmiotu zbiorowego. Wydaje się, że „sprawstwo” reprezentanta podmiotu zbiorowego powinno

¹⁸ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 436.

¹⁹ Zagadnienie adekwatności typowych form sprawczych w odniesieniu do sprawstwa reprezentanta było przedmiotem rozważań ze strony projektodawców obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. Szczególnym wyrazem jej negatywnej oceny była propozycja całkowicie nowego w polskim prawie karnym przepisu art. 113 § 1, w jednej z wersji jego projektu (z 1993 r.). Propozycja ta miała następujące brzmienie: „Działanie lub zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej stanowi czyn zabroniony także wtedy, gdy sprawca występował w imieniu lub interesie innej osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej”. Najwyraźniej wskazane sprawstwo reprezentanta odnoszono tutaj do sprawstwa typowego, z drugiej jednak strony, propozycja ta ukazuje istotne wątpliwości projektodawców Kodeksu karnego, co do jego pełnej adekwatności w omawianym zakresie, w wyniku czego uznano za konieczne jej normatywne ww. uzupełnienie. Ostatecznie, z regulacji tej zrezygnowano, uznając zapewne, że sprawstwo reprezentanta mieści się w formule sprawstwa typowego. Jest to jednak tylko hipoteza, ponieważ w trakcie prac nad projektem Kodeksu karnego ani razu kwestii tej nie podniesiono. W każdym razie, w żadnym uzasadnieniu kolejnych wersji projektów, ani też w dostępnych protokołach prac nad projektem komisji nie ma nawet wzmianki na temat niniejszych rozważań. Co również warto podkreślić, w opracowaniach dotyczących sprawstwa, problematyka sprawstwa reprezentanta nie jest w ogóle poruszana. Zatem uznanie, że obecnie sprawstwo takie jest uważane za sprawstwo typowe opiera się jedynie na określonym domniemaniu.

²⁰ Na temat wskazanych szczególnych form sprawstwa zob. szerzej A. Liszewska, *Współdziałanie*, s. 23 i nast.

opierać się na założeniu, że jest on gwarantem prawidłowego nadzoru legalnej działalności reprezentowanego podmiotu zbiorowego, a jego czyn sprowadza się do zaniechania (tego nadzoru), wyczerpującego znamiona ustawowe danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Wskazane ujęcie stanowiłoby podstawę sformułowania odpowiedniej klauzuli odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego, która mogłaby mieć następujące brzmienie: *Odpowiada za sprawstwo także ten, kto wykonuje czyn zabroniony, zajmując się sprawami innego podmiotu lub działając w imieniu lub w interesie tego podmiotu, w następstwie niedopełnienia obowiązku nadzoru nad jego prawidłową działalnością.*

Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – praktyka stosowania przepisów

dr Celina NOWAK

Instytut Nauk Prawnych,
Polska Akademia Nauk (PAN),
Akademia Leona Koźmińskiego

Wprowadzenie

Zachowania korupcyjne, podejmowane przez osoby fizyczne, są nierzadko realizowane w imieniu lub na rzecz osób prawnych. Z tego względu niektóre państwa, a w dalszej kolejności społeczność międzynarodowa, uznały za wskazane wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego ściganie osób prawnych za czyny, które dokonywane są na ich korzyść przez osoby fizyczne. W prawie międzynarodowym i Unii Europejskiej przyjęto akty prawne ukierunkowane na zobowiązanie państw do przyjęcia odpowiednich przepisów do ich prawa wewnętrznego¹. Wobec takiej konieczności stanęła także Polska, w związku z procesem akcesji do UE. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego odpowiedzialności osób prawnych spowodowane było bezpośrednio potrzebą dostosowania prawa polskiego do instrumentów międzynarodowych przyjętych w ramach prac UE, w szczególności Konwencji o ochronie interesów finansowych WE z 26 lipca 1995 r. oraz dwóch Protokołów dodatkowych do tej Konwencji².

¹ C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008, s. 249 i n.

² Por. uzasadnienie projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, druk sejmowy nr 706, 8 lipca 2002 r., Sejm IV kadencji, s. 21–22.

Odpowiedzialność osób kolektywnych wprowadzono do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary³.

W piśmiennictwie wskazywano, że dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w ramach ustawy nie znajdują zastosowania klasyczne dla prawa karnego materialnego instytucje⁴, że jest to odpowiedzialność wynikająca z uprawnienia ustawodawcy do „represjonowania bezprawia z tytułu samej niesubordynacji wobec porządku prawnego, w oderwaniu od warunku czynu, winy i podziałów na klasyczne rodzaje odpowiedzialności oraz poza ustawami karnymi (tzw. obiektywna koncepcja odpowiedzialności)”⁵. Podobne stanowisko wyraził Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 3 listopada 2004 r.⁶ uznał niektóre przepisy ustawy za sprzeczne z Konstytucją. Trybunał stwierdził, że przyjęty w ustawie model odpowiedzialności nie może być uznany za odpowiedzialność karną *sensu stricto*, ale że jest to odpowiedzialność o charakterze represyjnym.

1. Zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary

W obecnym stanie prawnym⁷ podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego, a także spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna.

Krąg podmiotów podlegających odpowiedzialności na mocy omawianej ustawy jest zatem szerszy niż w aktach prawa międzynarodowego i unijnego, w których nałożono na państwa obowiązek ścigania jedynie osób prawnych, czy-

³ Dz. U. Nr 197, poz. 1661, ze zm.

⁴ Por. M. Filar, Z. Kwaśniewski, D. Kala, *Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, TNOiK, Toruń 2003, s. 41–42.

⁵ Por. B. Mik, *Charakter prawny odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w świetle ustawy z dnia 28 października 2002 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003, Nr 7–8, s. 67.

⁶ Wyrok z 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK-A 2004, Nr 10. Por. głoszę B. Namysłowskiej-Gabrysiak, MP 2005, Nr 9, s. 459.

⁷ Tekst jednolity ustawy opublikowany w Dz. U. z 2012 r. poz. 768, ze zm.

li podmiotów posiadających osobowość prawną w myśl przepisów krajowych. W Polsce możliwe jest ściganie także jednostek, które osobowości prawnej nie mają. Trafność takiej decyzji ustawodawcy wykaże praktyka.

W myśl ustawy odpowiedzialność podmiotu zbiorowego jest zależna od łącznego spełnienia dwóch rodzajów przesłanek⁸. W pierwszym rzędzie, podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności jedynie za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej: (1) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku; (2) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1; (3) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1; (3a) będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego, jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową.

Samo zachowanie osoby fizycznej nie jest jednak warunkiem wystarczającym do pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności. Drugi rodzaj przesłanek, odnoszących się do „zawinienia” podmiotu zbiorowego, jest opisany w art. 5 ustawy, zgodnie z którym podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli do popełnienia czynu zabronionego doszło w następstwie: (1) co najmniej braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 2 lub 3 ustawy, lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą – ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego; (2) organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3 pkt 1 lub 3a ustawy, podczas gdy mogło je zapewnić zachowanie należytej staranności, wymaganej w danych okolicznościach, przez organ lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego.

Zakres odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary ograniczony jest na mocy art. 16 ustawy. Podmiot zbiorowy podlega bowiem odpowiedzialności tylko za wybrane czyny, w szczególności za wszystkie właściwie przestępstwa skarbowe oraz takie przestępstwa, które można typowo wiązać z działalnością osób prawnych.

Jeśli chodzi o sankcje, należy zauważyć, że zasadniczym środkiem represji stosowanym wobec podmiotów zbiorowych jest kara pieniężna, która w myśl art. 7 ustawy jest orzekana w wysokości od 1000 do 5 000 000 złotych, przy czym nie może być ona wyższa niż 3% przychodu osiągniętego w roku obroto-

⁸ Postanowienia SN z dnia 5 maja 2009 r., IV KK 427/08, OSNKW 2009, nr 7, poz. 57.

wym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego.

Zasadniczą *ratio* odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jest pozbawianie ich możliwości korzystania z korzyści z popełnionego czynu. Służyć ma temu instytucja przepadku, który jest orzekany obligatoryjnie i dotyczy przedmiotów pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego lub które służyły albo były przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z czynu zabronionego, lub równowartości przedmiotów lub korzyści majątkowej pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego (art. 8 ustawy).

Wobec podmiotu zbiorowego można wreszcie orzec także różne kary dodatkowe. Zgodnie z art. 9 ustawy, katalog tych środków obejmuje: (1) zakaz promocji lub reklamy prowadzonej działalności, wytwarzanych lub sprzedawanych wyrobów, świadczonych usług lub udzielanych świadczeń; (2) zakaz korzystania z dotacji, subwencji lub innych form wsparcia finansowego środkami publicznymi; (2a) zakaz dostępu do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁹ – w przypadku skazania osoby, o której mowa w art. 3, za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰; (3) zakaz korzystania z pomocy organizacji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem; (4) zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne; (6) podanie wyroku do publicznej wiadomości.

W polskim prawie odpowiedzialność podmiotów zbiorowych jest także procesowo uzależniona od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej. Oznacza to, że aby móc ścigać osobę prawną, najpierw należy ująć i pociągnąć do odpowiedzialności osobę fizyczną. Art. 4 ustawy przewiduje bowiem, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli fakt popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3, został potwierdzony prawomocnym wyrokiem skazującym tę osobę, wyrokiem warunkowo umarzającym wobec niej postępowanie karne albo postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, orzeczeniem o udzielenie tej osobie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności albo orzeczeniem sądu o umorzeniu przeciwko niej postępowania z powodu okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy.

Podmiotowi zbiorowemu przysługują pewne uprawnienia procesowe w toku postępowania toczącego się przeciwko osobie fizycznej, której czyn przyniósł lub mógł mu przynieść korzyść. Natomiast, w myśl art. 27 ustawy, samo postępowanie

⁹ Dz. U. Nr 157, poz. 1240, ze zm.

¹⁰ Dz. U. poz. 769.

o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, które może nastąpić dopiero po prawomocnym rozstrzygnięciu postępowania przeciwko osobie fizycznej, wszczyna się na wniosek prokuratora lub pokrzywdzonego, a także – w sprawach, w których podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest czyn zabroniony uznany przez ustawę za czyn nieuczciwej konkurencji – również na wniosek Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

2. Praktyka stosowania przepisów ustawy z 2002 r.¹¹

Jak wynika z dostępnych danych statystycznych, w Polsce odnotowuje się bardzo mało orzeczeń o stwierdzeniu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. W sumie, w okresie od 2006 r., gdy ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych zaczęła być stosowana, zapadły 53 orzeczenia o stwierdzeniu odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – najmniej w 2012 r. (dane w tabeli nr 1). W skali kraju jest to właściwie liczba pomijalna – biorąc pod uwagę liczbę podmiotów zbiorowych, równą co najmniej liczbie podmiotów (spółek) zarejestrowanych w systemie Regon, których według stanu na dzień 31 grudnia 2012 r. było 630 849¹².

Tabela 1. Prawomocne orzeczenia wobec podmiotów zbiorowych¹³

Rok	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Liczba orzeczeń	6	11	9	5	14	5	3

W 2012 r., w stosunku do poprzednich lat, które poddawano wcześniej analizie, nie zmieniła się sytuacja, jeśli chodzi o rodzaje czynów, w odniesieniu do których stwierdza się odpowiedzialność podmiotów zbiorowych¹⁴. Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych stosowana jest właściwie tylko w sprawach dotyczących przestępstw skarbowych. Warto przy tym zauważyć, że kwalifikacja

¹¹ W tej części pracy uzupełniono o nowe dane i rozwinięto niektóre wątki poruszone w pracy C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja rozwiązań ustawowych, praktyka orzecznicza*, w: *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 730 i n.

¹² *Mały rocznik statystyczny Polski 2013*, Warszawa 2013, s. 506.

¹³ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości – Wydział Statystyki i Krajowego Rejestru Karnego.

¹⁴ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 738.

prawna czynów osób fizycznych, za które odpowiadały podmioty zbiorowe, obejmowała głównie cztery przepisy Kodeksu karnego skarbowego. Najczęściej sprawy dotyczyły czynu z art. 77 § 1 lub 2 kks, w którym stypizowano przestępstwo skarbowe niewpłacenia w terminie pobranego podatku na rzecz właściwego organu, przy czym przepis § 2 odnosi się do podatku małej wartości¹⁵. Zanotowano także pojedyncze przypadki stwierdzenia odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyny osób fizycznych będące przestępstwami skarbowymi z art. 54 § 2 kks (przestępstwo skarbowe nieujawnienia właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub niezłożenia deklaracji, powodujące narażenie na uszczuplenie podatku małej wartości), art. 60 § 1 kks (przestępstwo skarbowe nieprowadzenia księgi wbrew obowiązкови) oraz art. 76 § 2 kks (oszustwo podatkowe).

Spośród wszystkich orzeczeń o odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, jakie zapadły od wejścia w życie ustawy, tylko jedno dotyczyło czynu z kodeksu karnego, a mianowicie fałszerstwa dokumentów stypizowanego w art. 270 § 1 kk, ale i tak w zbiegu z przestępstwem skarbowym.

Odnosząc się do sankcji stosowanych wobec podmiotów zbiorowych, należy zauważyć, że sądy orzekają kary bardzo małej wartości (tabela nr 2). I w tym zakresie sytuacja w 2012 r. nie zmieniła się w porównaniu z latami poprzednimi.

Tabela 2. Wymiar kar i stosowanie środków karnych wobec podmiotów zbiorowych¹⁶

Lata	Ogółem liczba orzeczeń	Kara zasadnicza							Środek karny	
		1000 zł	1500 zł	2000 zł	3000 zł	5000 zł	10 000 zł	12 000 zł	Podanie wyroku do publicznej wiadomości	Przepadek korzyści majątkowej
2006	6	5						1	3	
2007	11	7						1	4	
2008	9	6			2		1			
2009	5	2		2		1				
2010	14	8	2	2	2					4
2011	5	3	1	1						
2012	3	1	1	1						

¹⁵ Stosownie do art. 53 § 14 kks, mała wartość jest to wartość, która w czasie popełnienia czynu zabronionego nie przekracza dwustukrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia.

¹⁶ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości – Wydział Statystyki i Krajowego Rejestru Karnego.

Sądy zupełnie nie odnoszą się do wysokości przychodu osiągniętego przez podmiot zbiorowy w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, stosując kary kwotowe, przy czym w zdecydowanej większości wypadków (31 orzeczeń z 53, co daje 60% orzeczeń) najłagodniejszą karę przewidzianą w ustawie, wynoszącą 1000 zł. Jest to dość zaskakujące, zważywszy, że kara pieniężna stanowi zasadniczy środek represji wobec podmiotu zbiorowego, a jej wysokość powinna odzwierciedlać stopień odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary. Aktualny pozostaje poprzednio wyrażony pogląd, że prawdopodobnie sądy wyjątkowo ostrożnie stosują przepisy analizowanej ustawy, nie mając wyrobionego zdania, co do korelacji między czynem będącym podstawą odpowiedzialności, korzyścią lub potencjalną korzyścią dla podmiotu zbiorowego a wysokością sankcji¹⁷. Istnieje jednak także możliwość, że podmioty zbiorowe, których odpowiedzialność jest stwierdzana przez sądy – a z danych wynika, że są to najczęściej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – są w złej kondycji materialnej i nie byłyby w stanie uiścić wyższej kary.

Jak wskazano wyżej, sądy mają do swej dyspozycji katalog kar dodatkowych, korzystają z nich jednak sporadycznie. Podobnie, bardzo rzadko stosowany jest przepadek, mimo że jest środkiem obligatoryjnym, ale to może wynikać z faktu, że podmiot zbiorowy nie odniósł rzeczywistej korzyści z czynu osoby fizycznej.

Tak mała liczba spraw, w których stwierdzono odpowiedzialność podmiotu zbiorowego, musi budzić zastanowienie. W związku z tym, ponieważ postępowanie w przedmiocie stwierdzenia odpowiedzialności podmiotu zbiorowego wszczynane jest na wniosek wybranych tylko podmiotów (jak wskazano wyżej, są to prokurator, pokrzywdzony i Prezes UOKiK), wskazane jest dokonanie analizy aktywności tych podmiotów w analizowanej sferze.

Dostępne do analizy dane dotyczą jedynie działalności prokuratur. Nie ma możliwości uzyskania zbiorczych krajowych danych w zakresie liczby wniosków o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych składanych przez pokrzywdzonych. Wydaje się jednak, że takich przypadków się nie notuje. Natomiast jeśli chodzi o aktywność Prezesa UOKiK w tej sferze, wydaje się, że jest zerowa, w każdym razie nie znajduje ona odzwierciedlenia w publikowanych sprawozdaniach z działalności Urzędu.

Analiza aktywności prokuratorów w zakresie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych prowadzi do wniosku, że jest ona bardzo niewielka. Jak wynika z danych z tabeli nr 3, prokuratury rejestrowały przeciętnie rocznie nieco ponad 100 spraw dotyczących odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (najwięcej, bo 142 sprawy, zarejestrowano w 2012 r.).

¹⁷ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 740.

Tabela 3. Sprawy dotyczące odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w repertorium prokuratur^{18 19}

Rok	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1. poł. 2013¹⁹
Liczba spraw	83	124	107	106	131	142	63

Sprawy rejestrowane w repertorium rzadko kończyły się złożeniem wniosku o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego do sądu. Jak wynika z danych zgromadzonych w tabeli nr 4, liczba spraw, w których prokuratorzy składali wnioski do sądu o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego bardzo się wahała na przestrzeni analizowanych lat. W początkowym okresie stosowania ustawy wynosiła nawet ponad 50%, aby w 2012 r. spaść do poniżej 3%.

Tabela 4. Relacja między liczbą spraw w repertorium prokuratur a liczbą wniosków o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego

Rok	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1. poł. 2013
Liczba spraw	83	124	107	106	131	142	63
Liczba wniosków	45	40	43	24	7	4	9
Odsetek spraw, w których złożono wnioski do sądu	54,2%	32,2%	40%	22,6%	5,3%	2,8%	14,2%

Obserwowany znaczny spadek liczby spraw, w których wnoszono do sądów wnioski o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych może wiązać się z luką prawną co do przesłanek odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyny osób wymienionych w art. 3 pkt 1 oraz nowym art. 3 pkt 3a ustawy oraz faktem, że w nowelizacji do ustawy z 2011 r.²⁰ przywrócono winę organizacyjną

¹⁸ Dane pochodzące ze sprawozdań z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych, PG-P1K za poszczególne lata, dostępne na stronach Prokuratury Generalnej, w zakładce „Sprawozdania i statystyki”: <http://www.pg.gov.pl/sprawozdania-i-statystyki/> (dostęp: 20 lutego 2014 r.).

¹⁹ W chwili pisania tego tekstu (luty 2014 r.,) nieodostępne są jeszcze dane za cały rok 2013 r.

²⁰ Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks

jako przesłankę odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny tych osób²¹. Gdy brak było odpowiedniego przepisu, w istocie brak było możliwości ścigania podmiotów zbiorowych za czyny tych kategorii sprawców. Po uzupełnieniu luki zmienił się jednak wymagany standard dowodowy. Obecnie bowiem wnioskodawca musi wykazać łączność między czynem osoby fizycznej a uchybieniem ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego, co w praktyce może być trudne. Dostępne dane zdają się tę trudność praktyczną potwierdzać.

Gdy prokurator decydował się na złożenie wniosku, miał dość duże szanse na sukces, zwłaszcza w początkowym okresie stosowania ustawy. Jednakże w przypadkach, w których sąd nie uwzględnił wniosku prokuratora, apelacje wnoszone były rzadko (tabela nr 5).

Tabela 5. Wnioski prokuratorskie²²

Rok	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1. poł. 2013
Liczba wniosków	45	40	43	24	7	4	9
Liczba spraw zakończonych	19	35	48	28	18	2	5
Sąd uwzględnił wniosek (w całości lub części)	17	30	33	13	6	1	1
Prokurator wniósł apelację	2	b.d.	2	5	1	0	0
Sąd uwzględnił apelację prokuratora	0	b.d.	1	2	0	0	0

Jak wynika z danych zawartych w tabeli nr 6, odsetek spraw zakończonych sukcesem, to jest takich, w których sąd uwzględnił wniosek prokuratora w całości lub w części, podlegał znaczącym fluktuacjom w analizowanych latach. W początkowym okresie sięgał niemal 90%, by w 2011 r. spaść do 33%,

postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 191, poz. 1135); weszła w życie 14 listopada 2011 r.

²¹ Szerzej na ten temat: C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 733 i n.

²² Dane pochodzące ze sprawozdań z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych, PG-P1K, za poszczególne lata.

a w pierwszej połowie 2013 r. – nawet do 20%. Może to budzić pewne wątpliwości, zwłaszcza na tle zdecydowanie wyższego odsetka zakończonych sukcesem (to jest inaczej niż umorzeniem) postępowań karnych wobec osób fizycznych²³.

Tabela 6. Odsetek spraw zakończonych sukcesem (sąd uwzględnił wniosek prokuratora w całości lub w części)

Rok	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1. poł. 2013
Sąd uwzględnił wniosek (w całości lub części)	89,5%	85,7%	68,7%	46,4%	33,3%	50%	20%

Wnioski

Na podstawie dostępnych danych statystycznych można wyraźnie stwierdzić, że polska ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w praktyce nie działa. Liczba spraw i orzeczeń o stwierdzeniu odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest w skali kraju właściwie zerowa, co sprawia, że jej praktyczne znaczenie i oddziaływanie na sposób funkcjonowania osób prawnych jest nieodczuwalne. Nie odnotowano żadnej sprawy o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyn osoby fizycznej będący przestępstwem korupcyjnym. Można wobec tego także zasadnie stwierdzić, że analizowana regulacja ustawowa nie ma żadnego znaczenia praktycznego dla ograniczania zjawiska korupcji w Polsce.

Ustawa jest stosowana bardzo sporadycznie przez prokuratorów, głównie pochodzących z prokuratur prowincjonalnych²⁴, gdzie funkcjonuje mniej podmiotów zbiorowych niż w stolicy. Możliwe, że jest im łatwiej się tą problematyką zająć z racji ogólnie mniejszego obłożenia pracą. Można także przypuszczać, że dla prokuratorów z mniejszych ośrodków stosowanie przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych to sposób na poprawę statystycznego obrazu wyników pracy. Wydaje się także, że w ogóle nie korzystają z możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego Prezes UOKiK oraz pokrzywdzeni – choć mogłyby to czynić chociażby pokrzywdzone instytucje publiczne.

²³ Według danych za 2012 r. sądy I instancji ogółem osądziły 461 207 osób, z tego skazano 413 263 osoby, zaś 7061 osób uniewinniono.

²⁴ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 740.

Przedmiotowy zakres stosowania analizowanej regulacji ustawowej jest ograniczony do przestępstw skarbowych. Stwierdzanie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny osób fizycznych będące przestępstwami skarbowymi jest, jak można przypuszczać, łatwiejsze dowodowo niż w sprawach dotyczących przestępstw powszechnych. Postępowania dotyczące przestępstw skarbowych prowadzone są często przez organy finansowe, w kks nazywane organami finansowymi postępowania przygotowawczego, które wykrywają popełnienie czynu w czasie rutynowych kontroli podmiotów gospodarczych. Sprawy prowadzone przeciwko osobom fizycznym o czyny stypizowane w kks nierzadko kończą się w sposób konsensualny, co pozwala znacząco skrócić postępowanie. Krótki czas postępowania wobec osoby fizycznej umożliwia zaś szybkie podjęcie sprawy przeciwko podmiotowi zbiorowemu, sprzyja sprawności tego postępowania i ułatwia pracę prokuratora w tej mierze. Postępowania w sprawach o czyny z kk, jak się wydaje, są bardziej skomplikowane i trwają dłużej, co może odstręczać prokuratorów od zajmowania się dodatkowo kwestią odpowiedzialności podmiotu zbiorowego po uzyskaniu rozstrzygnięcia w sprawie odpowiedzialności osoby fizycznej.

W tej sytuacji, w krótszej perspektywie czasowej, należy postulować istotne zwiększenie aktywności prokuratorów oraz innych podmiotów, które na podstawie art. 27 ustawy uprawnione są do wnoszenia wniosków o wszczęcie postępowania wobec podmiotu zbiorowego. Obowiązek ten powinien spoczywać przede wszystkim na prokuratorach. Wydaje się, że dopóki sprawa odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nie zostanie potraktowana priorytetowo przez prokuraturę, nie można liczyć na poprawę statystycznego obrazu stosowania analizowanej regulacji ustawowej w praktyce.

Biorąc pod uwagę, że rocznie w Polsce skazywanych jest za popełnienie przestępstw ok. 430 tys. osób fizycznych, w tym ok. 6 tys. osób za przestępstwa skarbowe, zaś co najmniej niewielka część z tych czynów przynosi korzyść podmiotowi zbiorowemu, do wyobrażenia – bez wielkiego nakładu pracy ze strony prokuratur – jest szybki wzrost liczby prokuratorskich wniosków o stwierdzenie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego i spraw zakończonych sukcesem.

Można także, dodatkowo, zasugerować przeprowadzenie akcji uświadamiającej podmiotom gospodarczym fakt obowiązywania ustawy i możliwość wnoszenia przez pokrzywdzonych wniosków o stwierdzenie odpowiedzialności nieuczciwych kontrahentów będących podmiotami zbiorowymi.

Można ponadto postulować zwiększenie zróżnicowania dolegliwości sankcji stosowanych wobec podmiotów zbiorowych. Dotychczasowa praktyka sądów polegająca na wymierzaniu raczej najłagodniejszej kary budzi wątpliwości. Wydaje się bowiem, że funkcje kary przy tak łagodnych sankcjach nie mogą zostać zrealizowane. Rodzi się także pytanie, czy wobec stosowania tak łagodnych

kar polski system odpowiedzialności podmiotów zbiorowych wypełnia wymóg skuteczności i odstraszania, o którym mowa jest w międzynarodowych i unijnych instrumentach prawnych, w tym dotyczących ścigania zachowań korupcyjnych. Z drugiej jednak strony rodzi się podejrzenie, że sankcje te są tak łagodne, bowiem stosuje się je wobec podmiotów gospodarczych małych i w bardzo złej kondycji finansowej. Taki podmiot może być po prostu łatwiej, z praktycznych względów, pociągnąć do odpowiedzialności niż podmiot duży, o znaczącej pozycji na rynku. Te rozważania dodatkowo skłaniają do nawoływania do zmiany dotychczasowej praktyki w zakresie stosowania analizowanej ustawy.

Odnosząc się do kwestii ogólniejszych, pozytywnie należy ocenić sam fakt wprowadzenia do polskiego porządku prawnego regulacji odnoszącej się do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. W ten sposób jako państwo zrealizowaliśmy formalnie obowiązek wynikający z prawa międzynarodowego i unijnego. Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pozostanie jednak na papierze, jeśli, o czym była wyżej mowa, nie zwiększy się aktywność podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o stwierdzenie odpowiedzialności, ani jeśli – w dłuższej perspektywie – nie zostanie zmieniony model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

Owszem, ustawodawca usunął w toku nowelizacji z 2011 r. największe niedoskonałości ustawy odnoszące się do aktualnego modelu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary²⁵. Bez zmian pozostały jednak zasadnicze zręby modelu polskiego, który należy ocenić jako dalece niesfunkcjonalny. Wydaje się przede wszystkim, że odpowiedzialność podmiotu zbiorowego nietrafnie uzależniona jest od uprzedniego ukarania osoby fizycznej. W związku z tym aktualny pozostaje postulat²⁶ uniezależnienia odpowiedzialności podmiotu zbiorowego od stwierdzenia odpowiedzialności osoby fizycznej i do przebudowy modelu odpowiedzialności podmiotu zbiorowego.

²⁵ O czym szerzej w pracy C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 730 i n.

²⁶ Ibidem, s. 741.

Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Studium przypadku

insp. w st. spocz. Marek DYJASZ

Ekspert Polskiego Instytutu Kontroli Wewnętrznej,
Dyrektor Biura Kryminalnego
Komendy Głównej Policji w latach 2010–2012

Korupcja, intrygi, zdrada i przekupstwa to nieodłączne cechy ustroju demokratycznego. Wszystkich tych bolączek doświadczyli starożytni Grecy – i nie tylko – kiedy stworzyli ustrój demokratyczny, czyli władzę ludu. Już w tamtych czasach, to znaczy w V wieku przed Chrystusem, światem rządził niepodzielnie pieniądz.

Studiując dogłębnie poszczególne ustroje i formy rządów zmieniających się przez tysiąclecia, można stwierdzić, że typowe cechy korupcji, czyli powszechność, entropia, rynkowość i interakcyjność, nie uległy dezaktualizacji i nadal stanowią zagrożenie dla porządku prawnego każdej gospodarki rynkowej.

Opierając się na doświadczeniach zawodowych, ale również na informacjach medialnych, należy stwierdzić, że w wielu grupach zawodowych rzadko piętnuje się łapówkarzy. Środowisko branżowe poczuwa się zazwyczaj do lojalności, niechętnie krytykując przestępcze zachowania, nie chce ani oceniać, ani pomagać organom ścigania w wyjaśnieniu sprawy. Zdarza się również usprawiedliwiać przestępcze zachowania, a nawet podejmować próby obrony kolegów przed zarzutami, krytykując organy ścigania za zatrzymanie osoby podejrzanej o korupcję, wykazując jej zalety i zaangażowanie w pracy zawodowej. Brak oceny negatywnej tych osób prowadzi do konkluzji, która jest przejrzysta i wyraźna dla odbiorcy – osoby te nie dostrzegają, że swoim postępowaniem nie tylko tolerują przestępcze zachowania, ale również źle wpływają na odbiór danej grupy zawodowej przez opinię publiczną. Nie rozumieją, bądź nie chcą rozumieć, że czyn korupcyjny popełniony przez konkretną osobę lub grupę osób rzuca negatywne światło na wszystkich przedstawicieli danego środowiska, również tych, którzy swój zawód wykonują uczciwie i z pełnym zaangażowaniem.

Zapewne niejednokrotnie z racji zainteresowania tą problematyką wpisać Państwo w wyszukiwarkę internetową hasło KORUPCJA. Nie jest więc zaskoczeniem, że od razu wyświetlają się liczne strony, opisujące bardziej lub mniej szczegółowo zagadnienia korupcji w różnej postaci i – co najważniejsze – w obszarach, gdzie jest najbardziej widoczna. Sport, a szczególnie piłka nożna, służba zdrowia, działalność funkcjonariuszy instytucji porządku publicznego czy osób pełniących funkcje publiczne przodują w informacjach medialnych jako obszary szczególnie narażone na przestępstwo korupcji. Są również takie środowiska, gdzie oburzenie społeczne na przestępstwo korupcji jest znikome, a wręcz traktowane jako marginalne czy niezagrażające ładowi społecznemu.

Takim przykładem może być stowarzyszenie. Podmiot zbiorowy, który chciałem omówić jako studium przypadku, jest stowarzyszeniem w rozumieniu ustawy Prawo o stowarzyszeniach i ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. I nie chodzi mi w tym przypadku o stwierdzenie popełnienia przestępstwa przez osoby fizyczne w rozumieniu art. 16 ustawy (od tego jest prokurator i niezawisły sąd), ale o ukazanie, co może zaistnieć w organizacji zbiorowej typu stowarzyszenie, gdy nieodpowiednie osoby otrzymają mandat do sprawowania funkcji publicznej.

Nie jest tajemnicą, że samorządne stowarzyszenia posiadają pewne ułomności. Jednym z takich elementów, dającym możliwości do wejścia w sferę korupcji, są wybory do władz stowarzyszenia, które z zasady powinny być samorządne. Czy tak jest w praktyce? Mam co do tego ogromne wątpliwości, gdyż:

- z reguły bardzo mała liczba członków uczestniczy w walnych zebraniach,
- lista członków uprawnionych do głosowania jest pod całkowitą kontrolą zarządu,
- statut stowarzyszenia pozwala członkom nieobecnym na oddanie swojego głosu przez pełnomocnika. W tym konkretnym przypadku stowarzyszenia na jednym z walnych zebrań obecnych było 20 członków, z czego trzy osoby posiadały pełnomocnictwa 36 nieobecnych członków i głosy tych trzech zdecydowały o podejmowaniu istotnych w tym czasie postanowień.

Jaki był skutek takiej polityki zarządu omawianego stowarzyszenia? Trzyście miesięcy po kontrowersyjnym walnym zebraniu zarząd całkowicie utracił zaufanie członków, a antagonizmy wewnątrz zarządu zupełnie sparaliżowały pracę stowarzyszenia. Nieprawidłowości, delikatnie ujmując materię zagadnienia, aby nie powiedzieć wręcz o czynach przestępczych, jakich mogli dopuścić się członkowie zarządu, są w chwili obecnej sprawdzane w ramach postępowania przygotowawczego prowadzonego w sprawie przez prokuraturę.

Jak ustrzec się przed takim stanem rzeczy i uniknąć odpowiedzialności podmiotu zbiorowego:

- 1) podmiot musi wykazać, że dochował należytej staranności w wyborze osoby lub osób fizycznych, a mimo to osoby te popełniły przestępstwo,

- 2) został zapewniony i był wykonany odpowiednio staranny nadzór nad taką osobą lub grupą osób, a pomimo tego nie udało się uniknąć zdarzenia przestępczego,
- 3) podejmowanie przez organy podmiotu zbiorowego takich działań, które mają przeciwdziałać powstaniu możliwości popełnienia przestępstwa (działania profilaktyczne) i są podyktowane w danych okolicznościach ostrożnością,
- 4) wykazanie przez podmiot zbiorowy, iż czyn popełniony przez osobę lub grupę osób nie tylko nie przyniósł, ale i nie mógł przynieść jakichkolwiek korzyści, w szczególności o charakterze korzyści majątkowej.

Przedstawiając powyższe nieprawidłowości pracy stowarzyszenia, nasuwają się pytania, jak funkcjonuje ustawa Prawo o stowarzyszeniach i ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, i dlaczego doszło w tym konkretnym przypadku do złamania podstawowych przepisów przytoczonych powyżej ustaw. Czy winni są członkowie zarządu, czy może istnieją luki prawne w ustawach regulujących pracę stowarzyszeń. Moim zdaniem, tak ustawy, jak i sam statut stowarzyszenia mają tę słabość, że same w sobie nie są proaktywne.

Może należałoby wzmocnić uprawnienia organów nadzorujących w taki sposób, aby możliwe było wcześniejsze reagowanie na pojawiające się symptomy nieprawidłowości i zagrożenia w pracy stowarzyszenia.

Marek Dyjasz

Ekspert Polskiego Instytutu Kontroli Wewnętrznej w zakresie przeciwdziałania i zwalczania przestępczości gospodarczej i korupcyjnej. Oficer Policji w stanie spoczynku, służbę zakończył w 2012 r., po 30 latach w pionie kryminalnym. W ostatnich latach swojej kariery pełnił funkcję dyrektora Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji (2010–2012), nadzorując pracę policjantów służby kryminalnej i dochodzeniowo-śledczej w Polsce. Wcześniej pełnił funkcję naczelnika Wydziału Zabójstw Komendy Stołecznej Policji (1999–2004), naczelnika Wydziału Kryminalnego Komendy Wojewódzkiej Policji w Opolu (2005–2007) oraz naczelnika Wydziału Kryminalnego Komendy Głównej Policji (2008–2009). Insp. Marek Dyjasz posiada bogate doświadczenie zawodowe w zwalczaniu przestępczości kryminalnej, w tym przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko mieniu oraz przestępczości gospodarczej i korupcyjnej. Swoje zawodowe doświadczenie oraz wiedzę merytoryczną wykorzystywał m.in. jako prelegent w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie, Szkole Policji w Pile oraz na wykładach dla studentów Uniwersytetu Warszawskiego. Wielokrotnie uczestniczył także w pracach zespołów resortowych powołanych przez Komendanta Głównego Policji oraz Ministra Spraw Wewnętrznych – m.in. przy prezydencji Polski w Radzie Unii Europejskiej (2011) oraz Euro 2012.

Zamówienia publiczne a zmowy przetargowe

Alberto HEIMLER

Przewodniczący Grupy Roboczej nr 2
ds. Konkurencji i Regulacji,
Komitet Konkurencji w Organizacji Współpracy
Gospodarczej i Rozwoju (OECD),
SNA¹ Rzym

Abstrakt¹

Rynek zamówień publicznych różni się od innych rynków, ponieważ ilości nie idą w parze z cenami, lecz są ustalane przez zamawiającego. W rezultacie istnieje wysoka pokusa tworzenia karteli (gdzie elastyczność cenowa popytu wynosi zero poniżej ceny bazowej), które są dość stabilne, jako że korzyści dla oszustów nie są wieczne. W takich okolicznościach programy łagodzenia kar prawdopodobnie nie pomogą w wykrywaniu karteli. Ponieważ wszystkie kartele powiązane z zamówieniami publicznymi działają z wykorzystaniem jakiejś formy rotacyjnego składania ofert, urzędnicy zajmujący się zamówieniami publicznymi mają wszelkie niezbędne informacje, aby je wykryć (choć muszą zgromadzić materiał dowodowy w sprawie wielu ofert), w przeciwieństwie do tego, co dzieje się na normalnych rynkach, gdzie klienci nie są świadomi istnienia kartelu. Jednak aby propagować zgłaszanie, należy zmienić strukturę systemu motywacji. Na przykład pieniądze zaoszczędzone na kartelu powinny przynajmniej częściowo pozostać w urzędzie, który przyczynił się do jego wykrycia, a urzędnik, który dokonał zgłoszenia, powinien mieć dodatkowe możliwości rozwoju zawodowego. W niektórych przypadkach organy do spraw konkurencji powinny stworzyć kanał informacyjny dla nabywców publicznych, tak aby mieli

¹ Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Rzym, Włochy.

świadomość, że powiadomienie organu o podejrzeniu o znowie przetargowej jest proste i nie wymaga od nich dostarczenia pełnego dowodu.

JEL: H57, K21, K42, L41

Wstęp²

Zaistnienie niektórych przestępstw, na przykład zabójstwa, jest znane wszystkim, a zadaniem policji jest wykrycie winnego. Może to być trudne, ale przynajmniej samo przestępstwo jest powszechnie znane. W innych sytuacjach tylko ofiary wiedzą o zaistnieniu przestępstwa, na przykład w przypadku kradzieży, a policja może prowadzić działania (w celu wykrycia winnego) tylko jeśli i kiedy ofiara zawiadomi o przestępstwie. W końcu, i tak jest w przypadku większości przestępstw białych kołnierzyków, zaistnienie przestępstwa nie jest znane ofiarom, a tym bardziej policji. W takich okolicznościach należy podjąć wszelkie starania w celu wykrycia samego przestępstwa, co jest podstawowym warunkiem ścigania. Jednak wykrycie przestępstwa, o którym wiedzą tylko jego sprawcy i gdy nikt inny nie został poinformowany, jest prawdziwym wyzwaniem.

W przypadku korupcji ofiarami są ci, którzy nie dopuścili się korupcji i zostali pominięci (w ofercie przetargowej, koncesji itp.), administracja publiczna nie świadczy im usług, które świadczyć powinna w ramach swoich zwykłych obowiązków (wydanie dokumentu, udzielenie upoważnienia itp.) lub są płatnikami płacącymi więcej podatków od usług administracji publicznej. Czasami ofiarami są konsumenci końcowi, którzy z powodu odmowy dostępu do producenta lub usługodawcy nie mogą korzystać z produktów i usług tańszych lub lepszej jakości. Osoby należące do powyższych kategorii nie wiedzą, że są ofiarami korupcji i wskutek tego nie mają czego zgłaszać. Jeśli chodzi o osoby odpowiedzialne za korupcję, informacja o przestępstwie dostępna jest tylko dla tych, którzy odnieśli z niego korzyść i nie mają żadnego interesu w jego zgłoszeniu. To właśnie dlatego korupcja jest tak trudna do wykrycia. Nikt nie ma motywacji, aby ją zgłosić, a najbardziej efektywnym rozwiązaniem jest ograniczenie do minimum sytuacji, na które korupcja ma wpływ.

Podobnie kartele, tj. potajemne porozumienia o niekonkurowaniu ze sobą, zawarte w takiej czy innej postaci pomiędzy potencjalnymi konkurentami, nie mogą być wykryte przez ich ofiary. Członkowie kartelu zazwyczaj reprezentują różne branże przemysłu, a klienci rzadko są w stanie wykryć istnienie kartelu,

² Z wyjątkiem wstępu niniejsze opracowanie jest przedrukiem pracy pt. *Cartels in Public Procurement*, opublikowanej w „Journal of Competition Law & Economics”, 2012.

ponieważ nie znają cen konkurencyjnych i nie mogą porównać ich z cenami kartelu. Wskutek powyższego kartele mogą być wykryte wyłącznie przez organy ścigania zajmujące się zwalczaniem praktyk ograniczających konkurencję. Nie tylko grzywny powinny być na tyle wysokie, by zniechęcać do tworzenia karteli³, ale organy zwalczające nieuczciwą konkurencję muszą mieć wsparcie w wykrywaniu karteli za pomocą różnych środków i instrumentów, z których najbardziej efektywny jest program łagodzenia kar.

Programy łagodzenia kar mają na celu zmotywowanie członka kartelu do współpracy z organami antymonopolowymi i zgłoszenia im szczegółów działalności prowadzonej przez kartel (tak aby pozostali członkowie kartelu mogli zostać oskarżeni) w zamian za zwolnienie z kary lub jej złagodzenie. Programy te zostały przyjęte przez wszystkie państwa członkowskie OECD i są z powodzeniem wykorzystywane do wykrywania potajemnych zminy.

Jednak programy łagodzenia kar nie mają zbyt dużego wpływu na zminy w zamówieniach publicznych. Jest to dość niefortunne z uwagi na fakt, że zamówienia publiczne są obszarem, gdzie kartele występują dość powszechnie i działają z sukcesem, jak pokazują przykłady z Holandii i Zjednoczonego Królestwa. Wykrywanie karteli ustawiających przetargi wymaga odmiennych narzędzi i, przede wszystkim, współpracy uczestników przetargów. W rezultacie uczestnicy przetargu mogą zgromadzić informacje na temat innych ofert (w czasie i przestrzeni), dzięki czemu możliwe jest odnalezienie pewnych prawidłowości, mogących wskazywać na istnienie kartelu.

Rozdział 1 niniejszego artykułu omawia problem wykrywania karteli. Rozdział 2 dotyczy ich nieodłącznej niestabilności i powodów, dla których kartele zmierzają ku większej stabilności w zamówieniach publicznych. Rozdział 3 pokazuje, jak działają programy łagodzenia kar i wskazuje przyczyny braku ich powodzenia na rynkach zamówień publicznych. Rozdział 4 prezentuje sugestie działań, jakie należałoby podjąć w celu prowadzenia bardziej efektywnej walki z kartelami w zamówieniach publicznych.

1. Potajemne zminy i ich wykrywanie

Ustalanie cen jest terminem zwyczajowo stosowanym do określenia zawieranych przez konkurentów różnorodnych umów, które mają bezpośredni wpływ

³ Porównaj J. Harrington, *Antitrust Sanctions*, „Competition Policy International” 6, Jesień, 2010, A. Heimler and K. Mehta, *Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence*, „World Competition”, marzec, 2012 i C. Veljanoski, *Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines*, „Journal of Competition Law & Economics”, 7(4), 2011, s. 871–915.

na ceny. Najczęściej spotykaną formą jest zmowa dotycząca ceny lub cen, które mają być pobrane od kilku lub wszystkich klientów. Ponieważ warunki i koszty rynkowe często się zmieniają, ustalanie cen wymaga częstego kontaktu pomiędzy konkurentami, albo osobistego albo elektronicznego. Jest to szczególnie konieczne przy ustalaniu, jakie ilości mają być wyprodukowane przez każdego przedsiębiorcę uczestniczącego w przetargu.

Oprócz pełnych umów, na podstawie których pobierane są opłaty, ustalanie cen może polegać na umowach częściowych o wykorzystaniu standardowych wzorców, według których obliczane będą ceny; utrzymaniu stałej relacji cen niektórych konkurencyjnych produktów; eliminowaniu rabatów lub ustalaniu jednolitych rabatów; wspólnych warunkach kredytowych dla klientów; nieodstępowaniu od cen opublikowanych; umowie o niereklamowaniu itp. Chociaż umowy te nie w pełni eliminują konkurencję cenową, czasami znacząco ograniczają konkurencję pomiędzy oferentami. Ciekawą cechą tych „częściowych” umów o ustalaniu cen jest to, że umowa zawierana jest raz na zawsze i nie wymaga żadnych dalszych kontaktów pomiędzy członkami kartelu w celu realizacji czy odnowy. Umowa nie musi być sformalizowana w żaden sposób. Dlatego udowodnienie takich umów może być bardzo trudne⁴.

Tak jest również w przypadku umów dzielących klientów lub obszar. Zawierane są jednokrotnie i nie muszą być sformalizowane. Umowy o systemowym podziale rynku mogą mieć większy wpływ na konkurencję niż ustalanie cen. Jedyny użytkownik rynku pozbawiony jest konkurencji w zakresie cen, usług, jakości i innowacyjności. Systemowy podział rynku eliminuje potrzebę dokładnego kontrolowania praktyk cenowych innych stron umowy i potrzebę uzgadniania cen z producentami ponoszącymi inne koszty. W ten sposób systemowy podział rynku może eliminować naciski, które często powodują zrywanie zmwów cenowych, dzięki czemu mogą być o wiele bardziej stabilne.

Wszystkie umowy typu kartelowego są trudne do wykrycia, ponieważ poszkodowani przez kartel klienci nie mają informacji niezbędnych do udowodnienia istnienia zmowy, ani nie znają sposobu uniknięcia kartelu. Wszyscy członkowie kartelu są raczej zadowoleni ze swojego uczestnictwa w zmowie, kłamią na temat umowy kartelowej lub decydują się w niej nie uczestniczyć. Niezadowoleni członkowie kartelu nie muszą wypowiadać układu, aby przestał funkcjonować. Wprost przeciwnie, jeśli zdecydują się konkurować z kartelem (oszustwem), nadal mogą skorzystać na jego wysokich cenach.

⁴ Por. np. J. Harrington, *Posted Pricing as a Plus Factor*, „Journal of Competition Law & Economics” 7(1), 2011, s. 1–35.

Kartele w pełni ustawiające ceny, ukierunkowane na sukces, muszą zidentyfikować system alokacji ilości do wyprodukowania przez członków i mieć pewność, że nikt nie oszukuje. Prawdopodobne jest, że obecność kartelu może zostać ujawniona na każdym z tych etapów.

Jest to także prawdziwe w przypadku ustawiania przetargów. Mają na celu podział zamówień rządowych pomiędzy potencjalnych oferentów. Są to umowy złożone, wymagające od nich częstego komunikowania się w celu podjęcia najkorzystniejszych działań. Ustawianie przetargów dzieli się na następujące główne kategorie:

- **Ograniczanie ofert.** Jeden lub kilku wykonawców zgadzają się odstąpić od udziału w przetargu lub wycofać wcześniej złożoną ofertę, tak aby inny wykonawca mógł wygrać przetargu. Na drodze administracyjnej lub sądowej strony z umowy mogą zakwestionować oferty spółek, które nie są stronami umowy lub w jakikolwiek inny sposób powstrzymywać je od udziału w przetargu, na przykład odmawiając im dostępu do materiałów lub wyceny umów podwykonawstwa.
- **Składanie ofert kurtuazyjnych.** Konkurenci uzgadniają między sobą, kto powinien wygrać przetarg, a następnie uzgadniają, że inni oferenci złożą sztucznie zawyżone oferty, aby stworzyć wrażenie zaciętej konkurencji. Spółki przegrywające mogą też złożyć oferty z cenami konkurencyjnymi, wraz z pozostałymi warunkami niemożliwymi do zaakceptowania.
- **Rotacyjne składanie ofert.** Konkurenci na zmianę wygrywają przetargi, podczas gdy oferty pozostałych są cenowo bardzo wysokie. Umawiające się spółki z czasem będą starały się równoważyć przetargi wygrywane przez każdą z nich. Ściśle przestrzegany schemat rotacji jest częstą wskazówką istnienia z umowy⁵.

Z umowy przetargowe są trudne do wykrycia, jeśli ma się tylko dowody pochodzące z jednego przetargu, ponieważ organizatorzy z umowy tworzą sztuczne środowisko konkurencyjności. Ponadto, aby umowy przetargowe były skuteczne, muszą mieć charakter ogólnobranżowy, ponieważ w procedurze składania ofert ciężko jest kogokolwiek wykluczyć, o ile w ogóle jest to możliwe⁶. W przeciwnieństwie do innych karteli, ponieważ umowy wiążą się z rotacyjnym skła-

⁵ Por. R.S. Khemani, (Ed) *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, „OECD and World Bank”, 1998, s. 31.

⁶ We Włoszech przypadek z umowy przetargowej dotyczącej talonów na żywność (Pellegrini-Consip, 2002, 1463. Decyzja dostępna jest w języku włoskim na <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/DE5F99B17AB-B310DC1256A8F00293D48.html>). Ponieważ kryterium była najlepsza oferta, a nie najniższa cena, uczestnicy kartelu mogli wykluczyć jednego potencjalnego oferenta, kalkulując odpowiednio cenę wywoławczą.

daniem ofert, administracja publiczna może znaleźć dowody na istnienie zmo-
wy. Wymaga to jednak niezwykle wysiłku, gdyż dane muszą być zbierane ze
wszystkich przetargów.

Procedury zamówień publicznych nie są przeznaczone do wykrywania
zmów. Ponieważ są to procedury administracyjne, nie można ich przerwać
z powodu podejrzenia zmo-
wy przez organizatorów przetargu. Do wydania zmo-
wy organizator nie musi mieć pewnych dowodów. Zdarza się to jednak bardzo
rzadko (gdyż organizatorzy przetargu nie są zainteresowani zwalczaniem karte-
lu, co zostanie omówione w rozdziale 4).

2. Niestabilność kartelu

Kartele z natury są niestabilne. Ogólnie rzecz biorąc, każdy członek kartelu
jest zdolny do produkcji i sprzedaży z zyskiem towarów w ilościach większych
niż dozwolone, ponieważ kartel działa poprzez podniesienie ceny i ogranicze-
nie produkcji. Każdy uczestnik może zwiększyć swoje zyski, produkując więcej
i sprzedając poniżej uzgodnionej ceny. Ale jeśli robią tak wszyscy członkowie,
nie respektując umowy, kartel rozpadnie się.

Można to przedstawić za pomocą gry „Dylemat więźnia”, w której zyski
graczy zależą od tego, czy respektują umowę kartelową czy nie:

Tabela 1. Zyski dla każdej spółki i zyski całkowite

		Strategia dla spółki 2	
		Współpracuj	Zdradzaj
Strategia dla spółki 1	Współpracuj	EUR 1.8, EUR 1.8 (Razem 3.6)	EUR 1.35 EUR 2.025 (Razem 3.375)
	Zdradzaj	EUR 2.025 EUR 1.35 (Razem 3.375)	EUR 1.6, EUR 1.6 (Razem 3.2)

Źródło: L. Pepall, D. Richards and G. Norman (2008), *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications*, Wiley and Sons.

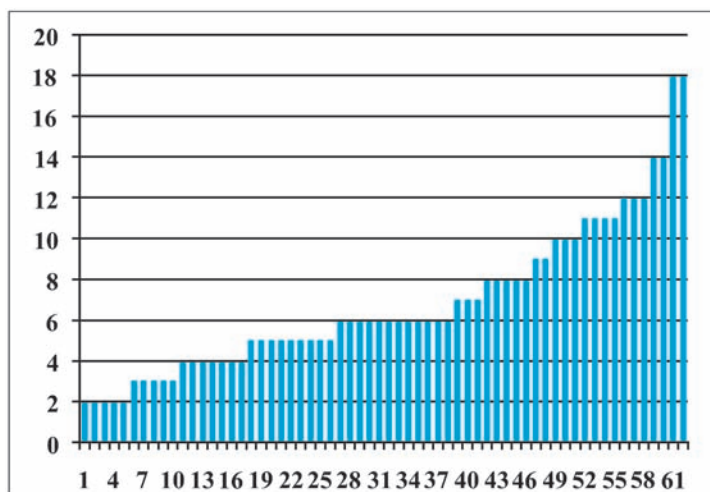
Należy podkreślić, że celem kartelu jest maksymalizowanie wspólnych zy-
sków, co oznacza sztuczne tworzenie monopolu. Celem kartelu jest określenie
ilości i podział udziałów pomiędzy graczy. Zdrada poszczególnych graczy ozna-
cza sprzedaż większych ilości niż zamierzano, po cenach niższych od monopo-
lowych i uzyskanie niższych zysków całkowitych. Jak przedstawiono w tabeli 1,
gra ukazuje niestabilny kartel. Niestabilność ta zależy jednak od stopnia prze-
-

rzystości rynku. Im mniej prawdopodobne, że inni członkowie kartelu wykryją oszustwo, tym dłużej zajmie rozwiązanie kartelu. Kiedy okaże się, że niższa sprzedaż (i zysk) zależy od innych oszukujących członków kartelu, oszukiwać zacząć wszyscy i ustabilizuje się rozwiązanie polegające na braku współpracy.

Wspólnym interesem kartelu jest zapewnienie, że żaden z członków nie oszukuje, obniżając swoją cenę (lub potajemnie oferując rabaty, podnosząc ilość dostarczanych towarów, opłacając dostawę czy inne koszty), dlatego też kartele podejmują kroki w celu zapobiegania, wykrywania i karania takich praktyk. Z prowadzenia takiej kontroli wynika jeden z najlepszych dowodów na zminę kartelową. Na przykład, członkowie kartelu mogą porozumiewać się ze sobą w sprawie podejrzeń o oszustwo, mogą wybiórczo obniżać ceny w rewirze oszusta lub mogą zastraszać oszusta. Im większa liczba firm do sprawdzenia, tym bardziej rozległy system kontrolowania i tym łatwiej wykryć kartel.

Ponieważ kartele mają potajemny charakter, nie ma żadnych danych o średniej liczbie spółek uczestniczących w kartelu. Dostępne są jedynie dane dotyczące karteli wykrytych. Jeśli prawdziwa jest hipoteza, że im bardziej niestabilny kartel, tym bardziej prawdopodobne jego wykrycie, to liczba wykrytych karteli jest ogromna. Spośród 62 karteli wykrytych przez Komisję Europejską od 1998 do 2010 r. tylko 9 obejmowało ponad 10 spółek, najwięcej miało 5 (9 razy) albo 6 spółek (12 razy) (patrz: rysunek 1). Nawet w wykrytych kartelach średnia liczba spółek jest raczej niska.

Rys. 1. Liczba spółek w kartelu (kartele wykryte przez KE w latach 1998–2010)



Źródło: coroczne raporty Komisji Europejskiej z różnych lat.

W przeciwieństwie do normalnych rynków kartele ustawiające przetargi są bardziej stabilne. Podczas gdy na rynkach normalnych ilości i ceny są proporcjonalne, na rynku przetargów ilości są ustalane przez organizatora przetargu, a licytacja służy ustaleniu najniższej ceny dla tych ilości. Ustawiający przetarg wiedzą, że obniżając ceny (w stosunku do ustalonej), nie osiągają żadnego wzrostu sprzedanych ilości, osiągają zyski kosztem konkurentów i, co ważniejsze, tylko w jednym przetargu. Jeśli nastąpi zdrada w jednym przetargu, oszust wie, że (z powodu przejrzystych zasad w zamówieniach publicznych) zostanie wykryty i konkurencja zdominuje wszystkie przyszłe przetargi. W wyniku powyższego, częściowo strukturalnie, częściowo w oparciu o zasady, pokusa oszustwa przy ustawianiu przetargu jest o wiele słabiej wyartykułowana niż na normalnych rynkach (gdzie oszustwa mogą pozostać w tajemnicy, przynajmniej przez jakiś czas).

Ponieważ na zakupione ilości ceny nie mają wpływu, każdy procent wzrostu cen, wynikający z ustawienia przetargu, zmienia się w zyski procentowo tej samej wielkości. Odstrasżające kary pieniężne muszą być zatem o wiele wyższe dla karteli w zamówieniach publicznych niż dla innych karteli, ponieważ kara musi odzwierciedlać spodziewane profity, uzyskane wskutek złamania prawa⁷.

Istnieje kolejna różnica w kartelach ustawiających przetargi, która jest łatwa do wykrycia. Aby obejść zasadę konkurencyjności przetargu, ustawiający przetarg muszą tak zorganizować przetarg, aby każdorazowo (sztucznie) konkurowało kilka firm. Z tego powodu zamawiający może zauważyć pewne schematy pojawiające się w różnych procedurach zamówienia. W przeciwieństwie do normalnych karteli, kiedy nabywca nie jest świadomy istnienia kartelu, ponieważ wszystkie firmy pobierają takie same opłaty, przy ustawieniu przetargu nabywcy mogą zauważyć pewne podejrzane nieprawidłowości w różnych ofertach.

Tylko nieliczne spośród karteli, którymi zajmowała się Komisja Europejska, zaczynały od ustawiania przetargów. Zarówno kartele asfaltowe w Holandii, obejmujące 14 firm, jak i w Hiszpanii, z pięcioma firmami uczestniczącymi w zмовie, rozpracowane były na podstawie raportów tego samego wnioskującego o złagodzenie kary – BP, który wykrył kartel podczas procedury zgłaszania zamiaru koncentracji. Najważniejszym powodem, z jakiego Komisja Europejska nie prowadzi śledztw w sprawie karteli ustawiających przetargi, jest to, że uczestnikami takiej zмовy są spółki zlokalizowane w jurysdykcji, pod którą przetarg się odbywa. Ponadto skutki działania kartelu mają charakter przede wszystkim lokalny, podlegają zatem jurysdykcji krajowej organu antymonopolowego.

⁷ Por. A. Heimler, K. Mehta, *Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence*, „World Competition”, marzec 2012.

Office of Fair Trading (OFT), urząd ochrony konkurencji działający w Zjednoczonym Królestwie i Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA), holenderski urząd antymonopolowy, wykryły ostatnio kartel ustawiający ceny w budownictwie. W każdym z krajów w zmoście uczestniczyło około 100 spółek (94 w Zjednoczonym Królestwie i 103 w Holandii), a kartel prowadził działalność przez wiele lat. W każdym kraju kartel został wykryty w sposób odmienny niż w przypadku normalnych karteli, gdzie wnioskujący o złagodzenie kary jest najczęstszym źródłem informacji. W Holandii sprawa została zainicjowana wiadomościami telewizyjnymi, w których wykryto istnienie potajemnych rachunków finansowych dużej firmy budowlanej. Doprowadziło to do wykrycia sieci umów antykonkurencyjnych, zawieranych pomiędzy firmami budowlanymi, które od lat nielegalnie dzieliły między siebie zamówienia publiczne⁸. W Zjednoczonym Królestwie zmoście zauważył zamawiający.

Interesującą cechą powyższych karteli jest to, że uczestniczące w nich spółki działały zarówno na normalnych, jak i na przetargowych rynkach, ale w zmoście działały tylko w segmencie przetargowym, a w pozostałych przypadkach uczciwie konkurowały. Podobne wydarzenie miało miejsce we Włoszech, gdzie władze antymonopolowe wykryły kartel działający na rynku zaopatrującym administrację publiczną w talony na żywność⁹, jednocześnie działając niezależnie i w pełni konkurencyjnie na innych rynkach. Jest to po prostu wynikiem bardzo zróżnicowanego stopnia stabilności, jaką kartele cieszą się na rynkach normalnych i przetargowych.

3. Programy łagodzenia kar

Trudności, z jakimi borykały się organy ścigania w trakcie wykrywania karteli, doprowadziły do nowych sposobów pozyskiwania informacji na temat ich istnienia. Szczególnie silne było odczucie, że wyłącznie współpraca z konspiracyjnymi pozwoli uzyskać niezbędne informacje. Wprowadzenie programów łagodzenia kar, które motywują uczestników zmości do współpracy z organami ścigania w zamian za złagodzenie kary, było ważnym krokiem w umacnianiu egzekwowania prawa uczciwej konkurencji w tym obszarze. Szczególną cechą programów łagodzenia kar jest to, że są oświadczeniami publicznymi, w których organy ścigania publicznie przyznają, że przy spełnieniu pewnych warunków nastąpi zwolnienie z kary. Aby programy te były skuteczne, muszą zezwalać na całkowicie automatyczne zwolnienie z kary wyłącznie pierwszej firmy, która

⁸ Por. http://www.nma.nl/en/competition/more_industries/construction_unit/default.aspx.

⁹ Por. <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1468-pellegriniconsip.html>.

zawiadomi o istnieniu kartelu, w związku z wymogiem, że firma wnioskująca o złagodzenie kary ujawnia całą posiadaną na ten temat wiedzę. W przeciwnym razie, jeśli istnieje ryzyko, że organy ścigania odmówią zwolnienia z kary, a mimo to będą ścigać przestępstwo uczestnictwa w kartelu, nikt nie dostarczy dowodów.

Programy łagodzenia kar zapewniają brak odpowiedzialności dla pierwszej firmy, która zgłosi istnienie kartelu do urzędu ochrony konkurencji i dopuszczają łagodniejsze traktowanie firm, które zdecydują się współpracować po wszczęciu procedury. Jednak w takich przypadkach złagodzenie kary pieniężnej jest tylko częściowe, aby nie osłabić motywacji firm do ujawnienia kartelu w sytuacji, gdy jeszcze o nim nie wiadomo.

Z doświadczeń jurysdykcji, które odniosły największe sukcesy, takich jak Stany Zjednoczone czy Unia Europejska, wynikają liczne cechy, którymi programy łagodzenia kar powinny się charakteryzować. Podstawowym wymogiem jest, aby władze mogły nakładać grzywny, które w wystarczający sposób odstraszają. W przeciwnym razie znika motywacja do współpracy. Ponadto organy ścigania powinny zapewnić zwolnienie z kary na podstawie niezbitych dowodów na działalność kartelu. W rzeczywistości minimalny próg dowodowy wymagany do zapewnienia zwolnienia z kary jest kluczowym elementem takiego programu, ponieważ próg za niski generuje wnioski niskiej jakości.

Programy łagodzenia kar obejmują proces edukacyjny. Na przykład Unia Europejska, idąc za przykładem Stanów Zjednoczonych, przyjęła taki program w 1996 r.¹⁰ Pierwsze obwieszczenie Komisji Europejskiej o łagodzeniu kar nie odniosło spodziewanego sukcesu i w 2002 r. zostało zastąpione innym¹¹. Główna różnica polegała na tym, że jeśli firma raz przystąpiła do programu, zwolnienie z kary następowało automatycznie. W wyniku powyższego Komisja Europejska i wszystkie państwa członkowskie Unii przyjęły modelowy program łagodzenia kar, powstały w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (European Competition Network – sieć łącząca wszystkie urzędy ochrony konkurencji w ramach Wspólnoty)¹². W rezultacie program Komisji został ponownie zmieniony w 2006 r., głównie by wyjaśnić, jaki rodzaj i jaką jakość informacji wnioskujący o złagodzenie kary musi dostarczyć¹³.

¹⁰ Zawiadomienie Komisji w sprawie nienakładania lub obniżania grzywien w sprawach kartelowych, Dziennik Urzędowy C 207, 18.07.1996, s. 4–6.

¹¹ Zawiadomienie Komisji w sprawie nienakładania lub obniżania grzywien w sprawach kartelowych, Dziennik Urzędowy C 45, 19.02.2002, s. 3–5.

¹² http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

¹³ Zawiadomienie Komisji w sprawie nienakładania lub obniżania grzywien w sprawach kartelowych, Dziennik Urzędowy C 298, 8.12.2006, s. 17–22.

Program Komisji o łagodzeniu kar odniósł wielki sukces (patrz: tabela 2). Jak przedstawiono w tabeli 2, liczba ściganych karteli w ostatniej dekadzie była znacznie wyższa niż poprzednio. Dodatkowo programy łagodzenia kar są głównym powodem zwiększenia tej liczby. Dane dotyczą wykorzystania programów łagodzenia kar w każdej formie, tzn. całkowitego i częściowego zwolnienia z kar.

Tabela 2. Kartele wykryte przez Komisję Europejską, 1995–2010

Rok	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Liczba karteli bez złagodzenia kary	1	2	0	4	1	1	2	0	0	0	1	1	1	0	0	0
Kary nałożone na kartele bez złagodzenia kary (w milionach EUR)	12	1	0	179	99	3	103	0	0	0	44	10	992	0	0	0
Liczba karteli ze złagodzeniem kary	0	0	0	0	0	1	6	8	4	4	4	5	8	7	4	6
Kary nałożone na kartele ze złagodzeniem kary (w milionach EUR)	0	0	0	0	0	110	1581	821	388	368	639	1833	2346	2214	1633	3033

Źródło: DG ds. Konkurencji, Raporty Roczne, różne lata.

Jak wcześniej wspomniano, tylko nieliczne spośród wykrytych karteli działają na rynku zamówień. Ma to wiele przyczyn, z których najważniejszą jest fakt, że kartele działające na rynku zamówień publicznych mają charakter głównie krajowy i bardzo rzadko podlegają prawu wspólnotowemu. Problem jurysdykcji, choć z zasady ważny, nie wydaje się bardzo istotny ze względu na uzasadnianie braku wykrywalności zmów, gdyż kartele działające w obszarze zamówień publicznych występują raczej rzadko, także w ewidencji decyzji władz krajowych organów ochrony konkurencji. Powód leży zatem gdzie indziej.

Musi to być związane z powodami, dla których firmy decydują się na udział w programie łagodzenia kar. Z doświadczeń Komisji Europejskiej wynika, że istnieją dwie główne przyczyny korzystania przez spółki z programu łagodzenia kar.

Po pierwsze, w trakcie procedury zgłaszania zamiaru koncentracji, spółki przejmujące starają się wskazać wszystkie zobowiązania, którym będą podlegać. Kiedy w drodze analizy spółka przejmująca wykrywa istnienie kartelu, w którym spółka przejmowana uczestniczyła, jest bardzo prawdopodobne, że nabywca poprosi o złagodzenie kary. To powiązanie pomiędzy fuzją a łagodzeniem kar zostało wielokrotnie udokumentowane i, przynajmniej w przypadku Unii Europejskiej, doprowadziło do wykrycia wielu karteli¹⁴. Przyczyna niezgłaszania zmów przetargowych wynika prawdopodobnie z małej wielkości spółek zaangażowanych oraz z faktu, że fuzja pomiędzy nimi nie będzie dotyczyła progu obrotów, który spowodowałby dokonanie zgłoszenia.

Po drugie, spółka będzie miała wysoką motywację do wnioskowania o złagodzenie kary, jeśli będzie miała przekonanie, że kartel i tak się rozpadnie. W takich okolicznościach firma nadal będzie ponosiła odpowiedzialność, ale nie będzie czerpała wysokich zysków z działalności kartelu¹⁵. Zatem typowa dla rynku zamówień publicznych stabilność karteli jest kolejnym czynnikiem zniechęcającym do skorzystania z instytucji złagodzenia kary¹⁶.

W niektórych krajach, na przykład we Włoszech, zawiązywanie karteli ustawiających przetargi jest przestępstwem. Wnioskowanie o złagodzenie kary może nadal pociągać za sobą ściganie osób odpowiedzialnych, o ile złagodzenie kary nie jest rozszerzone na aspekt karny.

4. Jak można wykryć kartel?

W przeciwieństwie do normalnych karteli, w których spółki uczestniczące ustalają ceny lub dzielą rynek według kryteriów terytorialnych, tak aby pozbawić klientów informacji o konkurencyjności cen, w zamówieniach publicznych ustawianie przetargów wymaga, by uczestnicy uzgodnili strategię uczestnictwa

¹⁴ Nieformalna rozmowa z dr. Kirtikumar Mehta, pierwszym dyrektorem Zarządu ds. Karteli w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej.

¹⁵ O ile uczestnicy kartelu dobrze rozumieją, program łagodzenia kar przyczyniłby się do stabilności kartelu (uczestnicy nie oszukiwaliby, aby zabezpieczyć się przed zastosowaniem programu łagodzenia kar).

¹⁶ Jeśli to prawda, istnienie programu łagodzenia kar zwiększa stabilność karteli (jeśli wiem, że oszukując zwiększam prawdopodobieństwo zwrócenia się któregoś uczestnika kartelu o zastosowanie programu łagodzenia kar, wtedy oszukiwać nie będę). Nie jest to jednak udowodnione.

w przetargu (kto wygrywa, z jaką ceną, kto uczestniczy i wygrywa dziś, a kto w przyszłych przetargach). W rezultacie ustawiający przetarg zostawiają mnóstwo dowodów na temat realizowanych strategii, które dobrze przygotowany urzędnik powinien bez problemu rozpoznać. Wskutek tego, podczas gdy kartel działający na rynku zamówień publicznych jest stabilny w zakresie dostaw, może zostać wykryty w trakcie analizy spółki w zakresie popytu. Jest to przeciwieństwo tego, co dzieje się z kartelami na rynkach prywatnych.

Podstawowe pytanie, które należy sobie postawić, to czy urzędnik odpowiedzialny za zamówienia publiczne ma odpowiednią motywację, aby rozpoznać kartel. Odpowiedź jest przecząca. Urzędnik nie jest oceniany za to, ile karteli ujawni, ale za umiejętność organizowania i prowadzenia procedury zamówień publicznych oraz szybkość dostawy zakupionych towarów i usług. Podejrzenie istnienia kartelu opóźnia cały proces zakupu. Pieniądze zaoszczędzone na rozbiciu kartelu nie zostają w urzędzie, który wykrył lub pomógł wykryć kartel, ale są rozprowadzone po całym budżecie administracyjnym. Wszystko to powoduje, że urzędnicy są obojętni na istnienie karteli. Nikt nigdy nie mógłby obwiniać nabywców publicznych, że zapłacili za dużo z powodu kartelu.

Aby administracja publiczna bardziej interesowała się wykrywaniem karteli, potrzebna jest zmiana struktury systemu motywacji, na przykład w postaci pozostawienia przynajmniej części pieniędzy zaoszczędzonych dzięki wykryciu kartelu w urzędzie, który wykrył lub pomógł wykryć znowę. Ponadto kariera urzędników i pracowników urzędów publicznych mogłaby mieć związek z liczbą i znaczeniem rynkowym karteli, do wykrycia których się przyczynili.

Komitety OECD ds. Konkurencji opracował wytyczne dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi, mające pomagać im wykrywać kartele ustawiające przetargi¹⁷. Wytyczne prezentują wiele elementów, które urzędnicy muszą rozważyć w trakcie prowadzenia procedury zamówienia, na przykład wyczulenie na dowody, wskazujące na możliwość spotkania się konkurentów przed przetargiem i przedyskutowania ich uczestnictwa w procedurze zamówienia. W takich przypadkach analiza poprzednich przetargów i/lub przetargów organizowanych przez inne podmioty może być pomocna w ustaleniu istnienia zmowy przetargowej. Urzędnicy muszą jednak przechodzić szkolenia w zakresie wykorzystania tych wytycznych, ponieważ wymaga to umiejętności i kompetencji odmiennych od tych, które są niezbędne do efektywnego organizowania i prowadzenia procedury zamówień publicznych.

Urzędnicy i pracownicy administracji rządowej uznają, że powinni mieć pełne dowody na istnienie zmowy zanim złożą zawiadomienie do organów

¹⁷ Por. http://www.oecd.org/document/29/0,3746,en_2649_37463_42230813_1_1_1_37463,00.html.

ochrony konkurencji. Ponieważ jest to raczej niemożliwe, mają tendencję do zachowywania podejrzeń dla siebie. Z tego powodu organy zajmujące się ochroną konkurencji powinny tworzyć specjalne kanały komunikacji dla nabywców publicznych, poprzez które mogłyby poinformować organ o swoich podejrzeniach na temat przetargu.

Powinny także zostać podjęte bardzo ważne proceduralne i prawne kroki utrudniające ustawianie przetargów. Pierwszy z nich to scentralizowanie zakupów (lub upewnienie się, że przetargi nie są sztucznie dzielone na mniejsze części, tak aby realizacja dużego projektu budowy infrastruktury nie mogła być z łatwością podzielona pomiędzy wszystkie spółki działające w przemyśle). W ten sposób informacje na temat różnych przetargów będą dostępne w jednym miejscu, i będzie można łatwiej znaleźć nieprawidłowości pojawiające się we wszystkich przetargach. Ponadto centralna agencja przetargowa może organizować przetargi o wyższej wartości (zakup dla wielu urzędów) i rzadziej, dzięki czemu ustawianie przetargów będzie trudniejsze.

Zaostrzeniu powinny ulec wszelkie zasady faworyzujące udział małych firm w zamówieniach, w których nie mogłyby uczestniczyć indywidualnie z powodu swojej wielkości. W szczególności powinno się dopuszczać konsorcja tymczasowe, jeśli składają się ze spółek produkujących uzupełniające się towary lub świadczących komplementarne usługi, natomiast zwykłe konsorcja horyzontalne powinny być zabronione. W rzeczywistości konsorcja pomiędzy konkurentami są bardzo często narzędziem wykonawczym kartelu, a nie sposobem na podniesienie konkurencji¹⁸.

Wnioski

Kartele ustawiające przetargi są o wiele bardziej stabilne niż normalne kartele. W normalnych kartelach uczestnicy mają pokusę do oszukiwania, ponieważ mogą podnieść przydzielone im zyski poprzez nieznaczne obniżenie ceny uzgodnionej w kartelu i podniesienie ilości powyżej poziomu monopolu. W przypadku zmowy ilości są ustalane, a przetarg potrzebny jest tylko do ustalenia najniższej ceny. Ponadto rynek zamówień jest o wiele bardziej transparentny niż normalne rynki, i w dalszym ciągu obniża pokusy do oszukiwania.

¹⁸ Także z powodu efektywności konsorcja tymczasowe zawiązywane pomiędzy drobnymi konkurentami powinny być zabronione: duże przetargi wymagają uczestnictwa dużych firm, ponieważ mają zdolność organizacyjną do ich wykonania. Zdolność organizacyjna dużej firmy nigdy nie równa się sumie zdolności firm mniejszych.

Względna stabilność karteli przetargowych ma ogromny wpływ na efektywność programów łagodzenia kar w stosunku do karteli dopuszczających się zμών w zamówieniach. Ponieważ wnioski o złagodzenie kary składają przeważnie mniej stabilne kartele, łagodzenie kar rzadko występuje przy zмовach przetargowych. Istnieją jednak instrumenty, które administracja publiczna może przyjąć w celu lepszego wykrywania karteli.

Po pierwsze, ponieważ ustawianie przetargów wymaga rotacji w wygrywaniu przetargów, administracja publiczna może scentralizować przetargi i organizować je przy wyższej wartości, tak aby pokusa oszustwa zwiększyła się, ponieważ spółki będą musiały zbyt długo czekać na następny przetarg i nie będą miały pewności co do regularności ich ogłaszania.

Po drugie, konsorcja tymczasowe, często tworzone, aby umożliwić mniejszym spółkom udział w większych przetargach, w których indywidualnie nie mogłyby wziąć udziału, powinny być dozwolone wyłącznie wtedy, gdy mają charakter wertykalny, tj. gromadzą spółki oferujące komplementarne towary i usługi.

Po trzecie, ponieważ motywowanie urzędników ma być szybkie i jasne (tak aby nie wpływały skargi na podejmowane przez nich procedury), nie są oni zainteresowani wydaniem kartelu, nawet jeśli podejrzewają jego istnienie. Pieniądze zaoszczędzone przez organ, który pomógł wykryć kartel, powinny przynajmniej częściowo pozostać w tym organie, a urzędnik, który przyczynił się do wykrycia kartelu, powinien zyskać dodatkowe możliwości kariery.

Po czwarte, wykrywanie karteli wymaga umiejętności i kompetencji odmiennych niż te niezbędne do efektywnego organizowania i prowadzenia procedury zamówień publicznych, dlatego też urzędnicy powinni być odpowiednio przeszkoleni, zgodnie z wytycznymi OECD.

I w końcu, organy ochrony konkurencji powinny stworzyć specjalny kanał komunikacji z nabywcami publicznymi, tak aby nabywcy wiedzieli, że poinformowanie organu o ich podejrzeniach jest łatwe i nie czyni ich odpowiedzialnymi przed spółkami zaangażowanymi.

CENTRAL ANTI-CORRUPTION BUREAU

**The Role of Public Administration Authorities
in Detecting Irregularities
in Public Procurement**

IV International Anti-Corruption Conference

Post-conference materials

Warsaw 2014

Opening Speech

Dear Readers,

I have the pleasure to present another publication of the Central Anti-Corruption Bureau, which covers selected speeches provided during the *IV International Anti-Corruption Conference* titled *The role of the public administration authorities in detecting irregularities in public procurement*, held in the edifice of the Sejm of the Republic of Poland, on 9th December 2013.

This is the fourth time the Central Anti-Corruption Bureau has initiated the commemoration of the International Anti-Corruption Day, observed on 9th December, thus creating another forum for the exchange of remarkably valuable experience, this time touching the subject of public procurement.

Let me take this opportunity to extend my special thanks to the co-organisers for the contribution to the preparation of the Conference: the Public Procurement Office and the Office of Competition and Consumer Protection. I would also like to acknowledge the authorities of the Sejm of the Republic of Poland thanks to whom our Conference gained an outstanding setting.

The discussions carried out during the two Conference panels focused on detecting irregularities in the implementation of public procurement and liability of collective entities in counteracting corruption.

Representatives of state institutions, both domestic and foreign, international organisations, non-government organisations, and academic communities discussed, in particular, collusion in public procurement and the difficulties arising in the process of detecting prohibited agreements – in this aspect the experience of, among others, the German antitrust authority was presented. The irregularities in public procurement were also discussed from the perspective of the practice resulting from the implementation of projects supported by the EU structural funds, the recommendations of the OECD, as well as, in a broader

perspective, from the point of view of the experience of public administration, including the Central Anti-Corruption Bureau, the Public Procurement Office, and the Office of Competition and Consumer Protection.

Within the scope of liability of collective entities in the area of combating corruption, there were presented practical aspects of the application of the provisions, examples of foreign anti-corruption solutions in the field of the civil law and administrative liability, regulations and practical approach in selected European countries which actively fight corruption as well as, within a broader meaning, liability of collective entities for the acts of corruption.

One of the ideas underlying the choice of the topic of the IV Conference was calling attention to the fact that it is not only a single public official or a business representative offering a bribe that should be liable for corruption, but also companies and entrepreneurs.

Presenting a belief that the vast majority of entities involved in business trading are honest companies and traders, one should not forget the existing and serious threat to these companies and entrepreneurs as well as to the entire socio-economic system, which is created by entities operating outside the law, thus constituting unfair competition. Therefore, it is becoming so important to undertake activities aiming to raise social awareness involving recognition of collusion in public procurement and to counteract prohibited agreements, but also to raise awareness of businesses regarding their liability for corruption.

I would like to thank the Authors of the speeches and, at the same time, encourage everybody to read the publication and become acquainted with the views on selected topics.

Paweł Wojtunik
Head of the Central Anti-Corruption Bureau

Forms of Collusive Tendering and Instruments to Combat them under Antitrust Law – Difficulties in Detecting Illegal Agreements

Doctor of Laws Grzegorz MATERNA

Director of the Department
of Competition Protection at the Office
of Competition and Consumer Protection (UOKiK)

Introduction

Proper operation of the competition mechanism is the prerequisite for the correct functioning of the market. Therefore, individual and group business practices, which may distort, restrict or eliminate competition, are prohibited,¹ which is enforced by the President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK).² Among the prohibited practices which restrict competition, collusive tendering has a specific nature. Collusive tendering is an agreement where the bidders, or the bidders and the entrepreneur organising the tender agree on the conditions included in the submitted bids, especially those concerning the scope of works or price.³

Collusive tendering between the bidders is a significant threat to the correctness of the public spending scheme. It is also perceived as one of the most severe restrictions on competition. Therefore, in many countries, including

¹ Act of 16.02.2007 on Competition and Consumer Protection (Journal of Laws, No. 50, item 331, as amended, hereinafter: uokk).

² Hereinafter: President of UOKiK.

³ Art. 6 item 1 point 7 of uokk.

Poland, they constitute a prohibited administrative act and an offense.⁴ Protection of public procurement against collusion, which distorts competition, is also developed by way of an obligation imposed on the contracting authority to decline bids which constitute an act of unfair competition⁵ (acts of unfair competition include also collusive tendering).⁶

1. Forms of Collusive Tendering under Antitrust Law

Under antitrust law, collusive tendering constitutes prohibited agreements, restricting competition. Bid rigging is considered one of the major and the most obvious restrictions on competition,⁷ besides price-fixing,⁸ limitation or control of production and outlets⁹ as well as market partitioning.¹⁰

The prohibition on collusive bidding, stipulated under Polish competition law, covers agreements between bidders, or the bidders and the entrepreneur organising the tender agree on the conditions included in the submitted bids, especially those concerning the scope of works or price (art. 6 section 1 item 7 of the Act on Competition and Consumer Protection – <uokk>). The prohibition refers both to collusion in public procurement and to “private” tenders under the Civil Code.

The prohibition applies to agreements **between entrepreneurs** who are actual or potential bidders (horizontal bid rigging) as well as to agreements between such entrepreneurs¹¹ and the entrepreneur who organises the tender (vertical bid rigging). In view of the broad definition of “entrepreneur”¹² adopted

⁴ See M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013, pp. 276, 305 and 333.

⁵ Art. 89 item 1 point 3 of the Act of 29.01.2004 on Public Procurement Law, consolidated text, Journal of Laws of 2010 No. 113, item 759 as amended.

⁶ E.g. the decision of the National Appeal Chamber of 2.07.2012 (1287/12), [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_1287.pdf](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_1287.pdf).

⁷ See the Supreme Court decision of 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP No. 2010/13–14, item 179.

⁸ Art. 6 item 1 point 1 of uokk.

⁹ Art. 6 item 1 point 2 of uokk.

¹⁰ Art. 6 item 1 point 3 of uokk.

¹¹ More often there may be one entrepreneur.

¹² In light of art. 4 point 1 of uokk, in issues restricting competition, the definition of an entrepreneur covers: (i) entrepreneurs within the meaning of the provisions on freedom of business activities, (ii) a natural person and an organisational unit without legal personality to whom an act has granted a legal capacity, who organises or renders services of general interest, which are not defined as a business activity within the meaning of

in competition law, the prohibition is addressed not only to traders who conduct business activities but also to, among others, entities providing services of general interest or organising such kind of services, for example, local government units.¹³

Therefore, in some cases, competition law may prevent collusion between the public procurement participants and the contracting authority. However, the prohibition on collusive bidding will not apply to agreements concluded between a contractor and the contracting authority who, under the provisions of the Act on Competition and Consumer Protection, does not have the status of an entrepreneur.¹⁴

The above Act prohibits agreements in which economic operators agree on “the terms and conditions specified in the bids as well as the range of bidders (through a commitment to refrain from bidding¹⁵ or to submit a fictitious bid aiming to maintain credibility of another bid). Each bidder should define the terms and conditions specified in their bid on their own, taking into account the risk linked to the participation of other traders in the tender”.¹⁶ Collusive tendering is viewed as a restriction on competition, which is prohibited due to the objective (subject matter, content) of the agreement.¹⁷ This means that the infringement of the antitrust prohibition on collusive tendering takes place

the provisions on freedom of business activities, (iii) a natural person performing their profession in their own name and on their own behalf or conducting the activity as part of exercising their profession, (iv) association of entrepreneurs.

¹³ The Supreme Court decision of 20.11.2008 (III SK 12/08), Commentary No. 2009/3, p. 102.

¹⁴ For more information see G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego No. 2013/12, pp. 4–13.

¹⁵ As the agreements based on art. 6 item 1 point 7 of uokk refer to collusion on the conditions of the submitted bids, the provision seems to might be applied to entrepreneurs participating in the tender only in the case where, apart from agreeing not to participate in a given tender, they also agree the conditions of the bids with other participants, which they are to submit in another tender. This may happen when collusion refer to more than one tender aiming to share the market. Regardless of the above, the agreement referring to not participating in the tender will be subject to evaluation in the aspect of prohibition of the so-called sub-division agreements stipulated in art. 6 item 1 point 3 of uokk. See also art. 6 item 1 point 3 of uokk. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, pp. 494–495.

¹⁶ The Supreme Court decision of 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP No. 2010/13–14, item 179.

¹⁷ D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 item 1 TWE*, EPS No. 2009/8, p. 53.

regardless of whether the contracting authority managed to influence the outcome of the procurement.¹⁸

Traders can apply different **schemes of collusive tendering**. The most common include:

- **Cover bidding**¹⁹ occurs when competitors agree to submit less favourable bids than the bid of the contractor who is designated by the colluding participants as the winner. Cover bidding is meant to give an impression of competition or convince the awarding authority that the designated bid is attractive;²⁰
- **Bid-suppression**²¹ involves agreements among competitors in which one or more potential contractors refrain from bidding or withdraw a previously submitted bid, or undertake other steps resulting in not submitting a bid for final consideration so that the designated bid could win;²²
- **Arrangement and withdrawal of bids**²³ cover complementary (courtesy, token, symbolic or cover) bidding and restrictions on bids. The essence of this scheme is agreeing on the content of the bids to be properly differentiated so that they take first places after the bid opening. Afterwards, the most advantageous bid is withdrawn or other steps are undertaken so that it is not considered and the less advantageous, favourable bid wins;²⁴
- **Market allocation**²⁵ involves selecting and agreeing on tenders (on the basis of geographical, subjective or objective criteria) in which the bidders will participate and which they will win, as well as for which they will not submit bids or will submit only cover bids;²⁶

¹⁸ See the Supreme Court decision of 14.1.2009 (III SK 26/08), OSNP 2010/13–14/179.

¹⁹ An example selected out of decisions of the President of UOKiK: decision No. RWR-12/2003 of 2.7.2003.

²⁰ See *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, update: W. Dorabialski, S. Jóźwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, p. 9; *Wytyczne dotyczące zwalczania zmw przetargowych*, OECD 2009, p. 2.

²¹ An example selected out of decisions of the President of UOKiK: decision No. RPZ-20/2005 of 21.7.2005.

²² See *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, update: W. Dorabialski, S. Jóźwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, p. 9; *Wytyczne dotyczące zwalczania zmw przetargowych*, OECD 2009, p. 2.

²³ An example selected out of decisions of the President of UOKiK: decision No. RPZ-20/2005 of 21.7.2005.

²⁴ See *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, update: W. Dorabialski, S. Jóźwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, p. 10.

²⁵ An example selected out of decisions of SOKiK: decision of 17.4.2008 (XVII AmA 117/05), unpublished.

²⁶ See *Wytyczne dotyczące zwalczania zmw przetargowych*, OECD 2009, p. 2.

- **Bid rotation**²⁷ is a scheme which aims to ensure that the colluding competitors take turns winning successive tenders, which results in market segmentation in terms of time.²⁸

Some consortia established by bidders may also be recognised as collusive.²⁹

Jurisprudence considers that “the bigger the positive impact of a consortium on the market, the lesser the probability that the bidders could perform a task on their own, the bigger the complementarity between the resources they possess and the cost of acquiring them from third parties. In turn, the danger of restrictions on competition by a consortium will increase along with the market share of its participants and the substitutability of their resources.”³⁰ Setting up consortia by previous competitors in order to tender, where the consortium members could submit separate bids, would be considered as a restriction on competition also by the Polish authority for competition protection.³¹

2. Combating Collusive Tendering – Priority of the President of the Office of Competition and Consumer Protection

Due to the significant threats to public procurement, caused by bid rigging, combating collusive tendering is considered one of the priorities of the competition policy. The President of the Office intensified the activities aiming to increase the effectiveness of fighting against bid rigging already in the course of the implementation of the government Competition Policy for 2011–2013, a document adopted by the government of the Republic of Poland in May

²⁷ An example selected out of decisions of the President of UOKiK: decision No. RKT-25/2011 of 6.9.2011.

²⁸ See *Zmowy przetargowe. Wydanie drugie zaktualizowane*, update: W. Dorabialski, S. Józwiak-Górny, UOKiK, Warszawa 2013, p. 11; *Wtyczne dotyczące zwalczania zmwów przetargowych*, OECD 2009, p. 2.

²⁹ An example selected out of decisions of the President of UOKiK: decision No. RLU-38/2012 of 31.12.2012. For more information see A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, No. 2012/4(1), pp. 45–50.

³⁰ Decision of the President of UOKiK No. RLU-38/2012 of 31.12.2012, p. 40.

³¹ See statement of Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (an Italian office for competition protection), <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2011-i740-gas-distribution-2igas-linea-distribuzione-and-their-parent-companies-fined-for-competition-restricting-agreement.html>.

2011.³² Its legitimacy is presented through, among others, the thesis of the report prepared at the request of the European Anti-Fraud Office (OLAF), in which corruption threats to public procurement in Poland are evaluated at the level of 19–23%,³³ and 52% of procedures endangered by corruption were considered as potentially collusive.³⁴ The advisability of creating a tight system of protection against collusive tendering is measured with potential benefits resulting from combating collusion. OECD indicates that it may be the reduction in bid value in public procurement by up to 20%.³⁵

Following the decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection, it may be noted that the threat of collusive tendering relates to many different sectors and covers both public procurements and tenders not stipulated in public procurement law. In its past experience, the authority for competition protection found a breach by entrepreneurs of the prohibition to agree on the terms and conditions in bids submitted in procedures referring to:

- sale of land by the Agricultural Property Agency,³⁶
- supplies of chemical products for the mining industry,³⁷
- delivery of computer equipment,³⁸
- collection and transportation of municipal waste,³⁹
- supplies of flour, bread and other flour products,⁴⁰
- providing services within the scope of forestry and logging,⁴¹
- delivery and maintenance of signposting and road safety equipment,⁴²
- transfer of students to educational institutions,⁴³

³² See *Polityka Konkurencji na lata 2011–2013* (Level I. Area A. Priority 1), Warszawa 2011, p. 9, http://www.uokik.gov.pl/kompetencje_prezesa_uokik.php.

³³ *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU. Development of a Methodology to Estimate the Direct Costs of Corruption and other Elements for an EU-Evaluation Mechanism in the Area of Anti-Corruption*, Bruxelles 2013, p. 197, http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

³⁴ *Ibidem*, p. 147.

³⁵ *Detecting Bid Rigging in Public Procurement, Helping Governments to Obtain Best Value for Money*, OECD, p. 3, <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42594486.pdf>.

³⁶ Decision of the President of UOKiK No. RBG-47/2013 of 31.12.2013.

³⁷ Decision of the President of UOKiK No. RKT-46/2013 of 16.12.2013.

³⁸ Decisions of the President of UOKiK No. RWR-31/2013 of 25.10.2013 and No. RPZ-28/2012 of 9.10.2012.

³⁹ Decision of the President of UOKiK No. RLU-38/2012 of 31.12.2012.

⁴⁰ Decision of the President of UOKiK No. RWR-31/2012 of 9.10.2012.

⁴¹ Decision of the President of UOKiK No. RBG-27/2011 of 21.12.2011.

⁴² Decision of the President of UOKiK No. RKT-25/2011 of 6.9.2011.

⁴³ Decision of the President of UOKiK No. RKR-24/2011 of 27.7.2011.

- provision of comprehensive services in buildings cleaning,⁴⁴
- supply of automatic stamps for post offices,⁴⁵
- wholesale supplies of vegetable products for units subject to the Minister of Justice and Minister of National Defence,⁴⁶
- maintenance, complex maintenance operations and renovation of greenery,⁴⁷
- equipment of buildings at road-crossing points,⁴⁸
- street cleaning services,⁴⁹
- lease of mooring places to render services for passenger river navigation,⁵⁰
- checking tickets in public transport vehicles.⁵¹

Recently, there have been observed the effects of making the fight against collusive tendering the priority of the competition policy implemented by the President of the Office. Dozens of proceedings related to public procurement were conducted by the end of 2013.⁵² Antitrust proceedings⁵³ refer mainly to the supply of vaccine for free-living foxes⁵⁴ and equipping sports facilities.⁵⁵

As one of the competition policy priorities, collusive tendering is manifested not only in the area of the execution of prohibitions on practices limiting competition. The President of the Office also made a commitment to the works on the optimisation of the public procurement system. A report titled *Public Procurement System and Competition Development in the Economy*⁵⁶ has been published. From the perspective of competition protection, there has been also initiated a debate on the most essential issues, problems in the field of public procurement and possible solutions of problems connected with regulations on the public procurement system, both in the area of legislative changes and specific actions within regulations in force. In the abovementioned report, which is the outcome of the analysis of the public procurement system

⁴⁴ Decision of the President of UOKiK No. RPZ-31/2010 of 24.12.2010.

⁴⁵ Decision of the President of UOKiK No. RWR-24/2010 of 4.10.2010.

⁴⁶ Decision of the President of UOKiK No. RPZ-12/2009 of 28.8.2009.

⁴⁷ Decisions of the President of UOKiK No. RLU-21/2008 of 10.6.2008, No. RŁO-58/2013 of 30.12.2013; No. RŁO-59/2013 of 30.12.2013; No. RŁO-60/2013 of 30.12.2013; No. RŁO-61/2013 of 30.12.2013 and No. RŁO-62/2013 of 30.12.2013.

⁴⁸ Decision of the President of UOKiK No. RKT-22/2007 of 16.7.2007.

⁴⁹ Decisions of the President of UOKiK No. RPZ-20/2005 of 21.7.2005 and No. RPZ-28/2005 of 21.9.2005.

⁵⁰ Decision of the President of UOKiK No. RLU-21/2005 of 4.8.2005.

⁵¹ Decision of the President of UOKiK No. RWR-12/2003 of 2.7.2003.

⁵² http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10742.

⁵³ As of the beginning of 2014.

⁵⁴ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10828.

⁵⁵ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10232.

⁵⁶ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10589.

carried out by the Office, problems in the operation of the public procurement system in Poland have been identified and specific activities aiming to increase competition and effectiveness of public tenders have been proposed. In order to prevent bid rigging, informative and educational activities referring to this issue have been intensified.⁵⁷ The topic of combating collusive tendering is also presented at conferences and during training courses organised by other institutions and authorities.

3. Instruments to Combat Collusive Tendering under Competition Protection Law

Polish competition protection law provides for the prosecution of collusive tendering under administrative law. The development and protection of free competition is implemented in the public interest by the President of the Office, who – as a central authority of government administration – carries out administrative proceedings and issues decisions thereupon.

As the most dangerous collusions between traders are difficult to detect and usually do not result from classified documents, the participants in big rigging are invited to disclose them in return for exemption from the penalty of fine or its mitigation within the so called Leniency Programme.⁵⁸ To detect those infringements effectively, the President of the Office has been vested with special powers (when compared with other administrative authorities), aiming to obtain evidence, including unannounced audits (also search) on the premises of the entrepreneurs who may possess the evidence of infringement (art. 105a of the Act on Competition and Consumer Protection). The President of the Office may also file a request with the court to obtain the approval for the Police to search the premises and means of transport belonging to the traders⁵⁹ if there are reasonable grounds to presume that objects, files, books, documents and computer storage

⁵⁷ In connection with the publication of the report on competition in public procurement a debate was organised, titled *Konkurencja na rynku zamówień publicznych (Competition in Public Procurement)* [Warsaw, 2013], and in cooperation with the Faculty of Law and Administration at the Nicolaus Copernicus University in Toruń there was held a conference titled *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych (Competition Protection in Public Procurement)* [Toruń 2012].

⁵⁸ Art. 109 of uokk. More information on the leniency programme, see B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.

⁵⁹ On these grounds, it may refer to e.g. flats for the company management or cars of the employees suspected of collusion.

media are kept there and they may have impact on fact finding relevant to the proceedings carried out (art. 91 of the Act). Despite the wide scope of powers, it is the authorities in charge of offence prevention and detection as well as prosecution of the perpetrators, who have potentially greater possibilities to detect the most secret collusive tendering procedures. The competition protection authority is not equipped to carry out operational intelligence and investigative activities.

The infringement of competition principles are to be prevented against by the authorities of competition protection who impose administrative sanctions⁶⁰ on entrepreneurs, as well as complementary⁶¹ penal sanctions (penalty payments), which may amount to 10% of the income achieved by the entrepreneur in the fiscal year preceding the year of the penalty imposition for, at least, unintentional infringement of practices restricting competition (art. 106 section 1 items 1 and 2). It must be pointed out that collusive tendering is viewed as a very serious violation, which – in principle – leads to metting out penalty payments at an adequately high level.

4. Counteracting Difficulties in Cartel Detection

Administrative mode of combating collusion may be an effective tool to prevent those offences. However, the success is achieved through counteracting difficulties in obtaining relevant information on bid rigging.

Lack of information indicating collusion is a basic problem an authority for competition protection has to cope with. In this case, the Leniency Programme is not particularly useful although for other categories of prohibited agreements it is a valuable source of information and evidence. It seems to be a consequence of the threat of criminal liability of natural persons who participate in collusion

⁶⁰ The sanctions of an administrative nature applicable in matters of practices restricting competition include: (i) recognition of a practice as restricting competition and an order to refrain from the practice considered as restricting competition (art. 10 of uokk), (ii) recognition of a practice as restricting competition and finding omissions of its application (art. 11 of uokk), (iii) determining the conditions for the acceptance of an undertaking to which the trader is alleged as a result of a violation of the prohibition of restrictive practices designed to prevent substantiated violations (art. 12 of uokk), (iv) in the course of antitrust proceedings, the request for provisional measures requiring the trader to refrain from certain actions (art. 89 of uokk).

⁶¹ M. Król-Bogomilska, *Zmiany w systemie orzekania kar pieniężnych w polskim prawie antymonopolowym po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Studia Iuridica 2006, No. XLVI, p. 158.

on behalf of entrepreneurs breaching competition principles. Due to the above, virtually all those involved in collusion are interested in its covering up. So far, the awarding authorities have informed on collusion relatively rarely. Although the provisions of the law in force do not oblige them to do so, in light of public procurement law they should ensure that public procurement procedures comply with the principles of fair competition. In this case, a relatively low awareness of the authority for competition protection seems to be an obstacle in a broader cooperation with the Office of Competition and Consumer Protection.

The potential of the authority for consumer protection to obtain significant information and evidence providing grounds for charging the participants of collusion is undoubtedly reduced due to the very short period of limitation on the possibilities to institute antitrust proceedings. The provisions of the law in force stipulate that an investigation on the application of practices restricting competition cannot be instituted if till the end of the year in which its use has been discontinued, a year has passed (art. 93 uokk). As a consequence, on many occasions UOKiK receives signals on the suspicion of collusion at a stage where no activities under the uokk can be undertaken.⁶²

Recognising the above difficulties, UOKiK's President undertook particular activities aiming to detect collusion. **To counteract the difficulties in obtaining information on collusion**, the cooperation between UOKiK and the organisers of public procurement has been facilitated. Their involvement is particularly desired. It is them who, at an early stage, can gather evidence of collusive tendering due to their direct access to tender documents and unique knowledge of the market to which the potential collusion refers as well as of the entities operating on the market, including their behaviour in previous tenders.⁶³ Spreading the knowledge on prohibited agreements and methods to identify them is meant to foster the cooperation between the contracting authorities and the President of UOKiK. It is achieved through training courses and seminars, issuing publications on collusion, as well as providing, on UOKiK website,⁶⁴ a template to report a prohibited agreement, containing a list of circumstances and evidence, possible to obtain by the contracting authority, which may imply collusive tendering.

Past experience has also revealed the desirability of **coordination of activities aiming to detect and fight these violations as well as of the development of information and experience exchange** between the President of UOKiK and the authorities, institutions and law enforcement agencies

⁶² *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, UOKiK, Warszawa 2013, p. 101.

⁶³ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁴ http://www.uokik.gov.pl/zglos_zmowe_przetargowa.php.

directly involved in fighting collusive tendering (the Central Anti-Corruption Bureau, the Internal Security Agency, Public Prosecutor's Office), competent for public procurement (e.g. the President of the Public Procurement Office), and other agencies participating in the spending of public funds (e.g. the Ministry of Infrastructure and Development). The cooperation between the authority for competition protection and the institutions involved in fighting collusive tendering in various fields gives measurable effects. It is evidenced by the latest anti-trust proceedings, accomplished in 2013 with decisions, in which the President of UOKiK alleged the conclusion of collusive agreements on supplies of chemical products for the mining industry⁶⁵ and supplies of IT equipment for schools and libraries.⁶⁶ The allegation of the anti-competitive agreement in the former case was possible due to the cooperation with the Internal Security Agency and the Public Prosecutor's Office.⁶⁷ The latter was evidenced thanks to the cooperation between the UOKiK and the CBA.⁶⁸

The President of UOKiK aimed to introduce legislative changes which would increase **the interest of the participants of collusive tendering in cooperation with the competition protection authority under the Leniency Programme**. In the provisions, submitted for consultation, of the draft amendment to the Act on Competition and Consumer Protection of 14 May 2012, exclusion of art. 305 of the Criminal Code was proposed in relation to persons on whom the President of UOKiK made a decision to mitigate the penalty or exempt from it. This proposal was not accepted by the government partners and, as a result, it was not included in the draft amendment⁶⁹ proceeded at a later stage.

In the government draft amendment to the Act on Competition and Consumer Protection, and the Code of Civil Procedure, there appeared a proposal of legal changes aiming to **extend the currently too short period of limitation**

⁶⁵ In his decision No. RKT-46/2013 of 16.12.2013, the President of UOKiK stated that the three entrepreneurs infringed the prohibition to enter into prohibited agreements which restrict competition as a result of colluding on prices and sharing the market in tenders for the supply of adhesives polyurethane and phenolic foams and urea organised by mines and coal companies.

⁶⁶ In his decision No. RWR-31/2013 of 25.10.2013, the President of UOKiK stated that the entrepreneurs trading in the three consortia infringed the prohibition to enter into agreements which restrict competition as a result of colluding on the bid specification in a tender for the supply of computer equipment for schools and libraries participating in the project *Dolnośląska e-school*, organised by the the Marshall Office of Dolnośląskie Voivodship.

⁶⁷ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10757.

⁶⁸ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10742.

⁶⁹ *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, UOKiK, Warszawa 2013, pp. 100–101.

on the possibility to plead in cases referring to practices restricting competition, including collusive tendering. The abovementioned draft amendment provides for the extension of the period of limitation up to 5.⁷⁰ This change should influence significantly the increase in the efficiency of prosecuting collusive tendering and induce a stronger deterrent effect.

Summary

Fair competition is a prerequisite for an efficient operation of the public procurement system. Collusive tendering is one of the most serious attacks on fair competition in public procurement, at the same time constituting a significant threat to financial interest of the state. The President of UOKiK is in charge of combating such collusions concluded between the bidders as well as between the bidders and the awarding authority. Due to the exceptional weight of these infringements, they are also prosecuted under criminal law. It gives grounds for the examination of the same facts in terms of traders who conclude a prohibited agreement and derive measurable benefits from the contract, as well as in terms of breach by natural persons acting on behalf of or for the entrepreneurs.⁷¹ It also gives an opportunity to create a system of counteracting and combating collusive tendering, covering both the authority for competition protection and the authorities and institutions involved in fighting the above infringements under criminal law.

Cooperation and exchange of information and experiences, within the limits provided for by the law, may prevent the deficit of information from market participants, creating grounds for proceedings on collusive tendering by the authority for competition protection. Cooperation between the abovementioned authorities and institutions may be a way to increase the effectiveness of combating collusive tendering. It is expected that the difficulties in detecting collusive tendering will be overcome through a planned extension of the period of limitation on possibility to plead by the President of UOKiK.

The successful building of the system of counteracting and fighting collusive tendering depends, to a large extent, on the activity of the contracting authorities. Having a direct access to bidding documents, and an unique knowledge of the

⁷⁰ See art. 1 point 35 of the government bill on the amendment of the Act on Competition and Consumer Protection and of the Code of Civil Procedure (Parliamentary Document No.1703).

⁷¹ See G. Materna, *Zakres podmiotowy zakazu zmów przetargowych w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego No. 2013/12, p. 4.

relevant market, they can gather evidence on collusion existence at very early stages, and whistleblow their suspicions the President of UOKiK. Therefore, it is necessary to increase their awareness of the importance of the threat to an appropriate functioning of the market as well as to the financial interest of the state, borne by collusive tendering.

Grzegorz Materna

Doctor of Laws, director of the Department of Competition Protection at UOKiK, lecturer at the Department of Constitutional Law at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, author of a dozen of publications on competition and consumer protection law, co-author of commentaries to the Act on Competition and Consumer Protection, to the Treaty on the Functioning of the European Union, and to the book titled *Kooperencja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne* [*Cooperance of Enterprises in the Globalisation Era. Strategic Challenges, Legal Context*] (other co-authors: J. Cygler, N. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk).

Representative of a Collective Entity as a Perpetrator of an Offence¹

Doctor habilitatus Robert ZAWŁOCKI

Pro-Dean for full-time studies,
Head of Criminal Law Department
at the Faculty of Law and Administration
at Adam Mickiewicz University in Poznań

Collective entities play an increasing role in legal transactions, which results from, among others, the steady growth in their number. Therefore, more and more often their operation constitutes an actual cause of a breach of criminal law provisions. Whereas, in the case in question, the Act on Liability of Collective Entities for Prohibited Acts permits to hold such entity criminally liable, bringing a representative of such legal person, i.e. an individual acting on behalf and in the interest of a collective entity, is still debateable in light of national legislation in force. It is surprising as the abovementioned Act applies only where the representative has been finally convicted of a criminal offence.¹

Acts prohibited under criminal penalty, perpetrated as a result of the activity of a collective entity, is obviously not new. In almost all countries, this problem has not only been observed but also regulated by law. At the same time, in our domestic criminal law, this issue is settled in a fragmented, inconsistent and improper manner. This state makes criminal law dysfunctional as it excludes its application to a significant number of cases of breach of criminal law norms resulting from an activity of a collective entity. The situation is not particularly exceptional. It is enough to bring the example of a fraud perpetrated by e.g. a salesperson acting on behalf of a company (a producer or distributor),

¹ This text was presented orally at the Conference. It referred directly to an excerpt from the book by R. Zawłocki, titled *Odpowiedzialność karna reprezentanta podmiotu zbiorowego (Criminal Liability of a Representative of a Collective Entity)* published by Wydawnictwo C.H. Beck, 2013. Due to the above, this publication contains parts of the abovementioned study.

or an offence of an obstruction of a public tender by a member of the board of directors of a company, which is making efforts to unfairly influence the result of the procurement.

Under the legislative framework in force, the so called substitute liability clauses create grounds for criminal liability of a collective entity representative. The existing system of a broadly understood criminal law provides altogether 42 clauses of criminal liability of a representative in 33 acts. The basic clause is regulated in art. 308 of the Criminal Code, and refers exclusively to offences against creditors (art. 300–302). Another clause was stipulated in art. 9 § 3 of the Fiscal Criminal Code, which relates to all offences and fiscal misdemeanours. The other clauses refer mainly to different criminal offences in individual acts. On this basis, it may be stated that the criminal liability clauses are the domain of non-code criminal law as well as fiscal criminal law. At the same time, it must be noted that their statutory content and structure are inconsistent and ambiguous. It is a general feature of the non-code criminal code, *sensu largo*. Undoubtedly, the legislator did not base on a single standard or a single theoretical and legal concept. Lack of such standards and concepts, and in particular law-making arbitrariness in this respect cause that in some cases it is extremely difficult to decide if a particular provision contains a substitute liability clause. However, most importantly, the indicated legal status does not facilitate the identification of the criminal law substance of the institution in question.

Criminal liability of a representative of a collective entity is linked to a situation where the subject of a type of prohibited act is usually a natural person and, in special circumstances, also a collective entity (e.g. a legal person). However, in the existing criminal law, the legislator often typifies a collective entity (a legal person) directly as a subject of a defined type of prohibited act. This is usually achieved through criminalisation of a conduct aiming to violate certain competences, addressed directly and solely at a collective entity. Thus, this subject is indicated as criminally liable. Such a solution is recognised as an obvious legislative defect, a gross breach of the norm of art. 1 § 1 in conjunction with art. 10 § 1 of the Criminal Code. Such regulations should be removed immediately.

Due to the content and the structure of the clauses on criminal liability, *sensu largo*, of a representative, they can be divided into four groups. The first group involves clauses of art. 308 of the Criminal Code and art. 9 § 3 of the Fiscal Criminal Code. They have almost identical structure and content. Their criminal law substance results in the following wording: *a natural person authorised to act on behalf of a collective entity is held liable for specified offences as a perpetrator*. Although the abovementioned category of clauses is the least numerous, it is these two provisions that focus the entire attention of the doctrine

and judicial decisions on the scope in question, which obviously results from their system (code) rank. In this regard, theoretical achievements have a limited application to the other clauses, and therefore, also to the existing domestic system of clauses for criminal liability of a representative under criminal law. The criminal law substance of the group of clauses under consideration identifies a representative's liability as the liability of a perpetrator (a representative is held liable as a perpetrator). It runs on two separate levels, factual and formal. The factual level results in giving the same recognition to the representative and the represented, both in the subjective and objective aspect. On the formal level, a representative is treated as a perpetrator of a prohibited act, which means that the provisions on liability under criminal law provided for perpetrators are applied (the issue whether it relates to a perpetrator *sensu stricto* or *sensu largo* remains open). This group of clauses is also characterised by the fact that the indication of the subject (representative) is based on a dynamic element (dealing with matters of the collective entity). However, this element is not connected with a prohibited act in any way. Even if it is assumed that its function is exclusively static, which means that it is used only to indicate the subject liable (a natural person), it is also dysfunctional in this respect. The legislator did not provide an answer to the basic question: what is the content of the relevant relation, under criminal law, between a prohibited act perpetrated in conjunction with the operation of a collective entity and being involved in its activities by a natural person? It is meant to select, from the entire set of behaviours of many people, a particular person and their particular behaviour, connected with a prohibited act in a manner allowing to state that other persons and other behaviours are irrelevant under criminal law. This problem is not connected exclusively with multi-personal arrangements although in such cases it is theoretically and practically very important. It is essential here which behaviours involving dealing with financial matters of a collective entity are relevant under criminal law, which is also valid where the representative does not appear in multi-personal arrangements. This issue is valid because the representative always appears in connection with another subject, i.e. the collective entity which they represent. However, the clauses under consideration seem to refer to the reasoning based on criminal law which is grossly defective (unacceptable), under which the perpetrator of a prohibited act committed in connection with the operation of a collective entity is a natural person involved in the collective entity's matters. In the group of clauses under consideration, an element which individualises the perpetrator due to their specific competences in relation to the collective entity is missing. However, if the prohibited act perpetrated by a collective entity is to be attributed to its representative, this act – resulting in breach of a norm which is sanctioned under criminal law – may be identified solely as: breach of an

obligation of a collective entity – breach of an obligation of its representative. The abovementioned absence is significant also when assuming that the substitute liability clause indicates only the subject (a natural person). It is not possible to indicate such subject (representative) without any reference to their powers and obligations towards the collective entity whose operation resulted in the perpetration of a prohibited act. Finally, it must be mentioned that the objective element, related to the behaviour of the representative in connection with the perpetration of the prohibited act, in the clauses under consideration, is entirely reduced or even excluded. According to this principle, the representative is held liable only because he/she is a representative. However, they should be held liable exclusively for their factual act, which is not an act committed by a collective entity, yet it can be recognised as a prohibited act where between the act committed by the perpetrator and the prohibited act appears a relationship entitling to such a statement. In the abovementioned clauses of criminal liability of a representative this relationship is not indicated.

The second group of clauses in force covers over half of all provisions of this type. Its substance under criminal law is expressed in the following wording: *who commits a prohibited act (set forth in the basic provision) in the course of acting on behalf and in the interest of a collective entity, shall be subject to a penalty laid down in this provision*. Three general remarks may be formulated in connection with this group of clauses. Firstly, the structure and content of the abovementioned clauses differ significantly from the clauses covered by the first group. In this place, an entirely different concept of determining grounds for the liability of a representative under criminal law is developed. It is important because this group is the most numerous, which justifies an opinion that it concerns a dominant (representative) concept in the issue at stake. Secondly, special attention is brought to the absence of a static element, which indicates the subject liable (the representative). As a result, formally in this case, the person liable may be theoretically anybody, regardless of the occupied position and the nature of competence (powers and duties). In this context, it is not important who in the collective entity the representative is, but the way he/she behaves (in relation to the entity and the prohibited act). Thirdly, in the clauses under consideration, the legislator emphasises the objective aspect of dynamic nature, i.e. the conduct of the representative of the collective entity (commits a prohibited act <set forth in the basic provision> acting on behalf or in the interest of the collective entity). It is necessary to settle a normative meaning of the feature “commits”. It seems that this expression should be understood equally to “perpetrates”, which is commonly used in criminal law. There are no reasons to differentiate between these two expressions. However, one may refer to the argument arising from the Constitution of the Republic of Poland,

which in art. 42 item 1 contains the expression “commit” in connection with a perpetration of a prohibited act. Thus, a punishable behaviour of a representative would involve a perpetration of a prohibited act by acting on behalf or in the interest of a collective entity. In this context, a clear distinction between the actual behaviour of the representative and the prohibited act perpetrated in connection with the operation of the collective entity. Such behaviour is relevant under criminal law if the representative’s conduct has the attributes of a particular type of prohibited act in the course of acting for the collective entity. It is obvious that such conduct must be understood broadly on the grounds of criminal law, i.e. as an act or omission in the form of behaviour having the attributes of a prohibited act (compare art. 115 § 1 of the Criminal Code and art. 53 § 1 of the Code of Administrative Offences). Thus, the representative perpetrates a prohibited act when their behaviour executed on behalf or in the interest of a collective entity amounts to the attributes of a particular type of prohibited act. Additionally, the said prohibited act is subject to an identical penalty as in the basic provision (typifying a prohibited act).

The analysis of the approach to the second group of clauses on criminal liability, mentioned above, is undoubtedly much better than the approach characteristic of the first group. It involves the behaviour of a representative of a collective entity as the basic criterion of criminal liability. However, the importance of this approach must be emphasised, as it is based on a simplified assumption that the representative, in person, exercises all statutory attributes of the subjective and objective side of a prohibited act by their factual behaviour. However, in practice, representation rarely leads to such situations. Usually the conduct of a representative involves a behaviour which only in part corresponds to the statutory attributes, and quite often it does not conform to the statutory description of a prohibited act. Therefore, in the category of clauses, an important normative element is missing, which may allow to provide an answer to the question concerning the grounds for the recognition of this scope of representation as relevant under criminal law, which does not have the direct attributes of a prohibited act, but undoubtedly significantly contributes to the infringement of a sanctioned norm by a collective entity. Therefore, all special circumstances related to the representative’s behaviour, which allow to attribute the behaviour to a prohibited act, should be taken into account. This leads to a deeper meaning of the word “commits”. The representative may and should be held liable for their behaviour, exercised on behalf and in the interest of a collective entity, which has the attributes of a particular type of prohibited act not only directly (which in practice occurs rarely), but also indirectly (which in practice occurs often). At this point, it is necessary to indicate a principle for this indirect attribution, and the clauses in question do not set out this principle.

In practice, its absence may lead to a very narrow (dysfunctional) construction and application of these clauses (only to such activities of the representative which are directly attributed to a prohibited act), in theory it also results in an opposite threat – the application of criminal liability of a representative to an unlimited extent (where their behaviour did not contribute to the perpetration of a prohibited act even indirectly).

The other clauses constitute the third group of clauses of criminal liability of a representative, whose common substance results in the following wording: *if a defined prohibited act was perpetrated within the scope of the activity of a collective entity, its perpetrator is deemed to be a natural person responsible in this entity for this area of the collective entity's activity.*² This group is not numerous, and covers only several clauses, therefore they are not significant in the existing system of criminal liability of a representative. Here, the legislator applies another model of criminal liability of a representative, which differs significantly from the previous two. The differences refer not only to the structure and content but also, first of all, to the concept of the liability in question. This concept results in an entire reduction of the dynamic, objective element (the behaviour of the perpetrator), which in fact constitutes criminal liability of a representative on the basis of their general activity, and not the factual act. The static, subjective element is designated only indirectly through the indication of the scope of the competence of the natural person (representative). It is just here that the first place takes the aspect which was missing in the two previous groups of clauses, i.e. the competence of the representative and its relationship to the prohibited act which has occurred. However, the fact itself of being held liable to the collective entity for the scope of its activity which is related to the perpetrated prohibited act to no extent may be considered sufficient in terms of the attribution of criminal liability under criminal law. It is an important element of this procedure, but undoubtedly it cannot be the only one. In criminal law, the norm which stipulates that as the perpetrator of a prohibited act committed in relation to the activity of one person is deemed another person who is responsible for this activity, is manifestly inappropriate. However, this type of clauses deserves one positive comment, because the legislator expressly indicates in it that the specific prohibited act has been committed within the scope of the activity of the collective entity. It is an element which was overlooked in the previous types (groups) of clauses while it must be considered to be significantly

² This group covers two clauses of the Act of 26 October 1982 on upbringing in sobriety and counteracting alcoholism (consolidated text, Journal of Laws of 2012 No. 1356, as amended) as well as art. 138c of the Misdemeanours Code. Although the latter clause particularly differs from the former ones, the substance of the normative solution is identical.

important from the normative, political and criminal point of view. This is due to the fact that the element, fundamental for this issue, of a prohibited act has been perpetrated in specific circumstances, which have a significant impact on its prerequisites, content and consequences. The representative does not act entirely on their own, but represents the collective entity. The difference between such activity and an independent activity (on behalf or in the interest of themselves) is that were it not for the operation of the collective entity, there would be no activity of the representative, and even if such act has been committed, its content and consequences would not be identical as in the case of an act perpetrated by themselves.

The fourth and final group of clauses is the most differentiated and controversial one although, similarly to the previous group, it covers only several clauses.³ Not one normative scheme occurs in this case. The criminal law substance of the clauses belonging to this group results in a formulation of a separate type of prohibited act by the legislator, referring formally to the activity of its subject on behalf or in the interest of a collective entity. In this context, this element constitutes a modal circumstance, which characterises the subject itself as well as its punishable behaviour. Such a solution is difficult to assess and classify, because it reminds of the solution applied in the second group of clauses, but it may also be considered as an ordinary prohibited act, in which the activity on behalf or in the interest of a collective entity is merely an attribute of the subject or an attribute of the objective side (a particular circumstance of a punishable behaviour). On the other hand, the legislator uses this wording very rarely, and basically for the purpose of clauses for criminal liability of the representative. As a result, it is difficult to avoid the impression that these clauses – if they really have such character – are a manifestation of good legislation. This group of clauses deserves the most negative assessment as it does not meet any correctness condition in the scope in question.

The above leads to the conclusion that in the existing criminal law, *sensu largo*, there are four categories of clauses on criminal liability of a representative,

³ The above refers to clauses of the Act of 19 December 2012 on the organisation of the market in fruit and vegetables, the market in hops, market in tobacco and the market in dried fodder (consolidated text, Journal of Laws of 2011 No. 145, item 868, as amended), the Act of 3 July 2002 – Aviation Law (Journal of Laws of 2012, item 933, as amended), the Act of 9 July 2003 on the Employment of Temporary Employees (Journal of Laws No. 166, item 1608, as amended), the Act of 13 October 1998 on the Social Security Scheme (consolidated text, Journal of Laws of 2009 No. 205, item 1585, as amended), the Investment Fund Act of 27 May 2004 (Journal of Laws No. 146, item 1546, as amended), and the Act of 5 April 2002 on European Work Councils (consolidated text, Journal of Laws of 2012, item 1146, as amended).

out of which all contain significant defects, which make them dysfunctional. It results in the necessity to develop a new model of such clause. However, it seems it should be one, uniform model for all acts prohibited under criminal law.

All deliberations on the model clause require, first of all, the fundamental doubt to be solved, which leads to the question if for a representative to be held criminally liable, a traditional wording of perpetration, set forth in art. 18 § 1 of the Criminal Code, is sufficient.

Analysing the issue of an act committed by a representative of a collective entity in the context of perpetration, understood not as strictly normative but conceptual, it must be stated that so far no uniform concept has been developed in relation to this matter, but it still has been a topic of discussions. The phenomenon of a causal behaviour of a representative of an organisational entity in other countries is basically identified with an Anglo-Saxon concept of vicarious liability or with – characteristic of the German speaking area of criminal law – institutions of indirect perpetration or acting on behalf of another person. However, these concepts are not understood homogeneously.⁴ In this context, it is important to emphasise two issues: firstly, none of the concepts has been recognised in Polish criminal law, and hence – the domestic theoretical elaborations, even on a general level, are entirely insufficient for the purpose of the topic in question; secondly, the reconstruction of criminal liability of the equivalent of a representative of a collective entity under a particular law and its doctrine is an object of mostly critical comments and unsettled disputes.⁵

When developing domestic theoretical fundamentals of criminal liability of a representative, it is not only unadvisable to introduce solutions entirely new to Polish criminal law, but just the opposite, it is necessary to maintain, to the extent possible, the already existing basic principles of criminal liability, including

⁴ See H. Radtke, *Die strafrechtliche Organ – und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) vor der Neuausrichtung?* JR Heft 2010, No. 6, pp. 233–238 and H.H. Jeschek, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, p. 662 and following.

⁵ For example, considering indirect perpetration under German criminal law, there are several basic forms, while the form connected with indirect perpetration by a definite organisation (*Organisationsherrschaft*) seems to be the most controversial. Additionally, it has been proposed not on the grounds of the counterpart of criminal liability of the representative of a collective entity, but the liability of war criminals (See C. Roxin, *Straftaten im Rahmen Organisatorisches Machtapparate*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 46 and following). This means the concept of *vicarious liability* and indirect perpetration may be useful for this analysis exclusively in a supportive way. Anyway, they cannot constitute the basis for the most important decisions in this regard (referring to indirect perpetration – see more in K. Buchała, L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, SP 1988, No. 1–2).

i.a. the reconstruction of perpetration by a representative of a collective entity according to the concept of uniform perpetration.

Considerations on the adequacy of a typical perpetration (of a prohibited act) to the perpetration by a representative of a collective entity should be commenced with the opinion of O. Górniok, who states that: „In practice, establishing liability of such persons, particularly in enterprises of various legal forms and complex organisational structures, has not been and will not be easy”.⁶ However, this problem does not seem to lead merely to practical and factual difficulties related to the abovementioned specific context of perpetration of a prohibited act. The nature of this particular context makes the typical formula of perpetration of an act prohibited under penalty, adopted and applied in Polish criminal law, *sensu largo*, inadequate for the criminal law qualification of the perpetration by a representative of a collective entity. Therefore, it is not the case that this formula is difficult to apply in the instance at stake, but that it may not and should not be applied in this situation. The issue is to establish a theoretical structure of a new formula.⁷

In the context of the domestic doctrine of criminal law, the concept of perpetration is not construed uniformly. In the rich literature of the subject-matter, representation as a form of perpetration has not been the subject of separate analysis. In this area, scientific output applies only indirectly, through referring general conclusions to the problem in question. In this respect, there should be adopted an approach, dominant in doctrine, of formal and objective as well as restrictive characteristics of the institution of a prohibited act perpetration.⁸ According to this concept, there occur only four forms of perpetration typified under the statute, stipulated in art. 18 of the Criminal Code (single perpetration, co-perpetration, ordering perpetration, supervising perpetration).⁹ The gist of such understanding of perpetration is defined by the perpetrator's control (Tatherrschaft) over the development of the attributes of a prohibited act, which is

⁶ O. Górniok, *Przestępczość przedsiębiorstw i karanie jej sprawców*, Warszawa 1995, p. 180.

⁷ As for this, G. Rejman's reflection remains relevant: „The criminal law science faces a difficult dilemma referring to the explanation of criminal liability of the person who only to some extent participated in the team that led to consequences breaching the provisions of the criminal code”. (G. Rejman, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe wykonanie nadzoru w zespołowym działaniu*, Warszawa 1972, p. 56).

⁸ For more information see P. Kardas, in: R. Dębski (ed.), *System Prawa Karnego. Tom 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, pp. 895–908.

⁹ The analysis in question will refer directly to the perpetration of a prohibited act constituting a criminal offence. However, it can be appropriately applied to the perpetration under other torts.

manifested through an act being a result of the perpetrator's own and independent behaviour (governing the accomplishment of the statutory features of this type of prohibited act). Under art. 18 § 1 of the Criminal Code, *in principio*, the person incurring liability for a (single) perpetration is the one who „who commits a prohibited act himself”. With reference to this basic form, P. Kardas' observation is very accurate: „Emphasizing the formal and objective element of a single perpetration, its specific <perpetration in person> feature does not cause any doubt in doctrine concerning the fact that perpetration is based on fulfilling with one's own behaviour all attributes of a prohibited act”. And further: „Such an approach to a single perpetration detaches the figure entirely from subjective elements, therefore it is of no importance in whose interest and for what reasons the subject was acting. As a result, for the adoption of a single perpetration it is not necessary to prove, under Polish criminal law, that the perpetrator acted with the intention to perpetrate the offense for himself (*animus auctoris*), on the other hand, the perpetrator's acting for somebody else does not preclude a single perpetration (*animus socii*).¹⁰

According to its colloquial meaning, the concept of perpetration, as the basic form of a perpetration of a prohibited act, leads to the development (committing) of a factual behaviour by a natural person, over which this person has full control, therefore this behaviour is defined as their own and independent. It is obvious that such behaviour may be developed for one's own or somebody else's benefit. The perpetrator may commit a prohibited act in the interest of another person. However, their behaviour is treated as their perpetration because the content of this behaviour is a result of their intention and physical activities exclusively. This means that a perpetrator acting on behalf of another person still perpetrates a prohibited act in person (independently).¹¹ Referring the characteristics of perpetration to the act committed by the representative of a collective entity (omission in supervision), first of all it must be noted that, in principle, this act is included in the abovementioned formal and objective convention. The substance of the act committed by a representative should be understood in this way due

¹⁰ P. Kardas, in: R. Dębski (ed.), *System*, pp. 899 and 902.

¹¹ The following note by P. Ochman is relevant here: „In view of the fact that for the recognition of perpetration or co-perpetration an element of personal <commitment> of the features of a prohibited act is not required, causative figures were introduced to the Criminal Code, which cover a configuration in which own perpetration of a prohibited act is not necessary, i.e. supervising or ordering crime. In such cases, the supervision over the <perpetration of a prohibited act by another person> or <ordering to perpetrate the prohibited act> are relevant”. (P. Ochman, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności zastępczej za przestępstwa w pozakodeksowym prawie karnym gospodarczym*, NKPK 2011, v. XXVII, p. 295).

to the fact that it leads to an objective change of factual and formal nature in the outside world. However, this circumstance does not mean that the representation is covered in the *animus socii* formula, i.e. acting on behalf or in the interest of another person. In each case, this formula assumes that the perpetrator develops their behaviour autonomously (independently). In this case, the *animus socii* perpetration means that a natural person, acting independently at all times, acts – objectively or subjectively – on behalf of or for another person. Here, the starting point is the autonomy of the perpetrator, and the *animus socii* formula becomes merely a specific, irrelevant under criminal law manner of its accomplishment. Therefore, if acting on behalf or in the interest of another person is not developed individually (independently), it does not meet the requirements of this formula.¹² In this meaning, the *qui facit per alium, facit per se* (who acts through others, acts on their own) principle is not applied.

The act committed by the representative of a prohibited act is not an autonomous behaviour in the meaning referred to above, because such natural person does not induce the change in the outside world independently. This change is a result of numerous subjective and objective as well as factual and formal factors. In reality, to a large extent, the representative does not have full factual control over these factors due to the fact that they may not be aware of or may not perform the activities in person. The phenomenon of perpetration of a prohibited act, constituting a result of the operation of a collective entity, involves the fact that a representative of this entity does not have full, direct (personal) control over this perpetration. Here, its driving force is indirect and negative. In fact, they do not have this control in a positive sense but only in a negative one. They are obliged to ensure that the act is not committed. Such negative content of control, describing the act (omission) of the representative, does not match the control characteristic of perpetration in any of currently provided forms.

An infringement of a sanctioned criminal law norm is a direct consequence of the entire complexity of the activity of a collective entity, and in particular – of its staff. Although it is also a direct result of the absence of an adequate supervision

¹² P. Ochman remarks correctly that the introduction of (currently binding) clauses on criminal liability of a representative in a sense negates, or at least modifies, the abovementioned general definition of perpetration. Presenting the view of exclusively subjective nature of the abovementioned clauses, he states that: “The introduction of a substitute liability clause to a particular subject of an individual form of a common type crime implies the understanding of perpetration figures in the spirit of the concept emphasising the perpetrator’s *animus*. Therefore, the subject of the crimes included in other criminal provisions of a given law (or an article unit) which do not include such clauses must be construed narrowly as – *a contrario* – acting in their own name or interest (or for and on their own behalf, etc.)” (P. Ochman, *Uwagi...*, p. 301).

by the representative, such perpetration of a prohibited act is obviously not autonomous (independent). Entirely autonomous is the representative's omission, but its result, significant under criminal law, is not. While it may be argued that the representative's act referred to the perpetration of a prohibited act in fact involves control, the control is specific and does not correspond to the particular nature of control distinctive for perpetration.¹³ This involves perpetration of each form provided currently for under the statute, which will be referred to hereinafter.

The above considerations result in the statement that while the concept of objective and formal perpetration itself is generally adequate, the forms of perpetration typified by the law should be recognised as inadequate in relation to the perpetration by a representative.¹⁴ To recognise that perpetration by a representative is an already typified type of perpetration is not enough to state that both involve control. The *Tatherrschaft* concept is extensive, but this capacity is also limited. Its wide application under German criminal law is justified with the presence of the institution of indirect perpetration (see also: § 25) as well as substitute perpetration (see: § 14). Meanwhile, equivalents of these regulations are missing in Polish criminal law, which means that on the domestic grounds the *Tatherrschaft* concept should be recognised not only restrictively, but also strictly.

The criminal law science indicates that the phenomenon of perpetration relevant under criminal law results in the perpetration of a prohibited act, i.e. in the development of behaviour amounting to statutory features of a particular type of an act prohibited under penalty. A. Liszewska observes accurately that: "The fact that the perpetrator of a theft is a person who takes away (with their own hands) another person's chattel with the aim to appropriate, results directly from art. 278 § 1 of the Criminal Code, and not from art. 18 § 1 of the Criminal

¹³ In this situation, *de lege lata*, the term *quasi-perpetration* is justified for the perpetration by a representative of a collective entity. See e.g. B. Kornacki, *Odpowiedzialność karna skarbową quasi-sprawcy za popełnienie przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego w trybie art. 9 § 3 k.k.s.*, Prokurator 2009, No. 3–4, p. 60.

¹⁴ Therefore, the argument against subjective and objective (separate) nature of the clause on criminal liability of a representative of a collective entity, which leads to a statement that the formal and objective concept itself excludes the possibility of such a recognition of these clauses, should be considered insufficient. See e.g. P. Ochman, *Uwagi...*, pp. 300–301 and 305.

It must be noted that the formal and objective concept of perpetration definitely allows the possibility of the recognition of an individual's conduct in another person's name or interest as a crime. However, this broad formula has limits determined by the necessity of a perpetrator's independent behaviour in the course of fulfilling the features of a prohibited act. This means that the indicated concept refers also to representation, however in the narrow (restrictive), rather than broad (extensive) approach.

Code”.¹⁵ It is also a very valuable remark in the field of criminal liability of a representative of a collective entity. It should be noted that, in the linguistic and functional layer, statutory types of prohibited act are formulated in a manner which does not correspond to the specificity of perpetration by a representative. The absence of adequacy in this area does not vanish in light of the general remark that perpetration includes also the *animus socii* form. Referring to the idea that it is not the construction of perpetration but the construction of a prohibited act decides on what, in fact, perpetration is, it must be noted that it is just the existing constructions of prohibited act types that often restrict, or even exclude, the *animus socii* form. Touching on the above example, in accordance with the predominant belief that the capture of another person’s chattel, with the aim to appropriate, by a natural person acting by themselves and for their own benefit or on their own behalf, in the causative sphere occurs the same behaviour as the capture of another person’s chattel, with the aim to appropriate, by a natural person acting in this manner due to the fact that the development of behaviour on behalf or in the interest of (or while dealing with a third party matters) a separate entity, whose activity – composed of behaviours of other natural persons – is formally and factually autonomous in relation to these behaviours, including the behaviours of the abovementioned natural person (representative). It seems that these behaviours cannot be included in the same formula of perpetration. The absence of a generic identity on the ontological grounds also leads to an adequate variation in the area of political and criminal evaluation, namely, that combating representatives’ crime requires a separate foundation.

The general form of perpetration refers to a traditional approach to subjective and objective relationship between the persons who incur criminal liability (in connection with participation in an act perpetrated by another person).¹⁶ Claiming that representation constitutes perpetration in the *animus socii* form does not find grounds in the criminal law doctrine.¹⁷ This means, among others, that adopting

¹⁵ A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym: analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, p. 31.

¹⁶ More generally on this topic, see A. Sakowicz, in: M. Królikowski, R. Zawłocki (ed.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31. Vol. I*, Warszawa 2011, p. 691.

¹⁷ See e.g. the Supreme Court decision of 16.6.1972, II KR 14/72, OSNPG 1973, No. 1, item 3 and the Supreme Court decision of 12.7.1979, II KR 189/79, OSNPG 1980, No. 1, item 3. The latter stipulates that the fact in whose interest the crime was perpetrated makes the grounds for the decision if the perpetrator acted *animo auctoris* or *animo socii*. Transferring this reasoning to the ground of representation, it must be noted that generally this circumstance is not clear (as not always the criminal offence is actually committed in the interest of the representative, and almost always formally it is not in their interest due to the consequences they face because of the perpetration),

such a standpoint, resulting from the desire to maintain the *status quo*, would require a theoretical framework.

A prohibited act may be committed, which means actually perpetrated in many different ways, only some of which, although basic, are set forth in the Act. It must be assumed that the formula of single perpetration is not sufficient in this area. Not because it has a liminal (disputable) status within the scope of perpetration, but because, due to its substance, its nature is so specific that it is located beyond the limits of a typical perpetration. The control related to the “act” of perpetration (of a prohibited act) may be implemented in manners which do not correspond to a single perpetration. Therefore, the legislator typified co-perpetration, supervising perpetration, and – quite recently – ordering perpetration separately. This fact clearly illustrates the limited scope of application of perpetration formula to situations in which a causative breach of a sanctioned criminal law norm occurred, and hence it justifies the search of new solutions in this area. Commenting on the criminal law substance of the provisions of art. 18 § 1 of the Criminal Law, P. Kardas remarks reasonably that: “This provision does not limit perpetration only to independent commitment of the act. Just the opposite, it constitutes the grounds for the extension of the concept of perpetration over cases which do not constitute an independent fulfilment of the attributes of a type. Besides a single perpetration, article 18 § 1 of the Criminal Code describes three other forms of perpetration”.¹⁸ A common feature of these three forms, i.e. co-perpetration, supervising perpetration and ordering perpetration, is control over the conduct of a prohibited act, which is not committed independently. This observation could, *prima facie*, draw one’s attention to these forms, in the context of the perpetration by a representative in question.¹⁹ However, even rough

and the representative may not act in the interest of the represented one (e.g. they may act only in the name of the represented one). This would mean that the proposed criminal law *animus socii* formula is essentially inadequate for the representation in question.

¹⁸ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałania*, Kraków 2001, p. 436.

¹⁹ The issue of the adequacy of the typical forms of causative forms with regard to the perpetration by a representative was contemplated by the providers of the Criminal Code currently in force. Specific expression of its negative assessment was the proposal of a completely new Polish criminal law provision in art. 113 § 1, in one of its versions (of 1993). The proposal read as follows: “Acting or omission to act having the features set forth in the criminal law act constitutes an act prohibited also where the perpetrator acted in the name or in the interest of another natural person, legal person or an organisational unit without legal personality”. Most probably, the perpetration by a representative was referred here to a typical perpetration, on the other hand, this proposal reveals significant doubts of the providers of the Criminal Code as to its full

analysis of the above leads to the conclusion that in no case they correspond to the features of the perpetration by a representative.²⁰

It must be concluded that only the “perpetration” by a representative of a collective entity requires the application of a separate statutory construction. It should refer to the specific substance of the act committed by the representative, recognised as an omission in proper supervision over the legal activity of a collective entity. It seems that “perpetration” by a representative of a collective entity should be based on an assumption that the representative is a guarantor of a proper supervision over the legal activity of the collective entity represented, and their act comes down to an omission (in supervision), which amounts to statutory attributes of a prohibited act under penalty. This approach could provide the foundations for formulating an adequate clause of criminal liability of a collective entity. The content of the clause of a representative’s criminal liability could have the following wording: *The person who commits a prohibited act, dealing with matters of another entity, or acting on behalf or in the interest of this entity, shall be held liable for perpetration, as a consequence of failure to comply with the obligation of supervision over its legitimate activity.*

adequacy with regard to the scope in question, which resulted in the conclusion that it was necessary to complete it normatively. Finally, the regulation was abandoned, assuming probably that the perpetration by a representative was included in the formula of a typical perpetration. However, it is only a hypothesis as in the course of works on the project of the Criminal Code this issue was not raised a single time. Anyway, neither in any justification of subsequent project versions nor in available reports on the committee works on the project there is a single reference to this deliberation. What is worth emphasising, in studies on perpetration, the issue of perpetration by a representative is not raised at all. Therefore, the recognition of perpetration as a typical perpetration is based merely on allegation.

²⁰ For more information on specific forms of perpetration see A. Liszewska, *Współdziałanie*, p. 23 and following.

Liability of Collective Entities – Practice of Applying Regulations

Dr Celina NOWAK

The Institute of Law Studies
of the Polish Academy of Sciences (PAN)

Introduction

Corrupt behaviours, performed by natural persons, are often developed for and on behalf of legal persons. Due to this fact, some countries, and subsequently the international community, considered it advisable to implement a mechanism enabling to prosecute legal persons for acts which are performed for their benefit by natural persons. In international and European Union law, the adopted legal acts aim to oblige the States to transpose the relevant regulations into their internal law.¹ Also Poland faced such a necessity due to the EU accession process. Implementation of liability of legal persons within Polish legal order was caused directly by the need to adjust Polish law to international instruments adopted in the framework of EU works, particularly the Convention of 26 July 1995 on the Protection of the European Communities' Financial Interests, and two Additional Protocols to this Convention.²

Liability of collective entities was introduced to the Polish legal system under the Act of 28 October 2002 on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty.³

¹ C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008, p. 249 and following.

² See the explanatory memorandum to the Act on Liability of Collective Entities, the Parliamentary Document No. 706 of 8 July 2002, Sejm of IV term, pp. 21–22.

³ Journal of Laws No. 197, item 1661, as amended.

In literature, it has been pointed out that institutions typical for substantive criminal law cannot be applied to resolve the issue of liability of collective entities under the Act,⁴ that this liability results from the competence of the legislator to “victimise lawlessness due to insubordination itself towards the legal order, regardless of the condition of the act, guilt, and divisions into classic types of liability and beyond criminal laws (the so-called objective concept of liability)”.⁵ A similar opinion was expressed by the Constitutional Tribunal, which in its ruling of 3 November 2004⁶ found some provisions of the Act unconstitutional. The Tribunal declared that the model of liability adopted in the Act cannot be recognised as a *sensu stricto* liability, but that the liability is repressive in nature.

1. Principles of liability of collective entities for acts prohibited under penalty

In the existing law,⁷ a collective entity denotes a legal person and an organisational entity without legal personality, for which other provisions grant legal capacity, except for the State Treasury, units of territorial government, and their associations as well as the state and territorial government authorities; and also a commercial company with equity participation of the State Treasury, units of territorial government or an association thereof, a company in organisation, an entity in liquidation, and an entrepreneur other than a natural person, and a foreign organisational entity.

The range of entities subject to liability under the Act at stake is broader than in international and EU legal acts, which place the states under obligation to prosecute exclusively legal persons, i.e. entities with legal personality under national provisions. In Poland, it is also possible to prosecute entities without legal personality. Practice will demonstrate the pertinence of this decision.

⁴ See M. Filar, Z. Kwaśniewski and D. Kala, *Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, TNOiK, Toruń 2003, pp. 41–42.

⁵ See B. Mik, *Charakter prawny odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w świetle ustawy z dnia 28 października 2002 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003, No. 7–8, p. 67.

⁶ Decision of 3 November 2004, K 18/03, OTK-A 2004, No. 10. See the commentary by B. Namysłowska-Gabrysiak, MP 2005, No. 9, p. 459.

⁷ Consolidated text published in the Journal of Laws of 2012, item 768, as amended.

Under the Act, liability of a collective entity depends on a joint fulfilment of two types of prerequisites.⁸ Firstly, a collective entity is subject to liability merely for a prohibited act, which is the behaviour of a natural person who: (1) acts on behalf or in the interest of a collective entity under the authority or duty to represent it, to make decisions in its name, or to exercise internal control, or whenever such person abuses the authority or neglects the duty; (2) is allowed to act as a result of abuse of the authority or neglecting the duty by the person referred to in item 1; (3) acts in the name and in the interest of a collective entity with the consent or knowledge of the person referred to in item 1; (3a) is an entrepreneur, directly cooperating with the collective entity in the course of the development of a legitimate aim if this behaviour resulted or could have resulted in an advantage for the collective entity, even if of non-financial nature.

A natural person's behaviour is not a sufficient condition to hold a collective entity liable. The other type of prerequisites related to the "guilt" of a collective entity is set forth in art. 5 of the Act, under which a collective entity is subject to liability if a prohibited act has been committed in the effect of: (1) at least the absence of due diligence in electing the natural person referred to in art. 3 item 2 or 3 of the Act; or of at least the absence of due supervision over this person, by an authority or a representative of the collective entity; (2) organisation of the activity of the collective entity, which did not ensure to avoid the perpetration of a prohibited act by the person referred to in art. 3 item 3 or 3a of the Act, whereas it could be ensured by due diligence required in such circumstances by an authority or the representative of a collective entity.

The scope of liability of collective entities for acts prohibited under penalty is limited under art. 16 of the Act. A collective entity is subject to liability only for selected acts, particularly for almost all fiscal offences and such offences, which can be typically related to the activity of legal persons.

As to sanctions, it must be noted that the main repressive measure applied against collective entities is a fine, which under art. 7 of the Act amounts to PLN1,000 up to PLN5,000,000, but no more than 3% of the revenue generated in the fiscal year in which the offence which constitutes the grounds for the collective entity's liability was committed.

The basic principle underlying liability of collective entities is depriving them of the possibility to benefit from proceeds of the perpetrated act. It is due to the institution of forfeiture, which is predicated mandatory and relates to objects coming, even indirectly, from a prohibited act, or objects used or

⁸ The Supreme Court decision of 5 May 2009, IV KK 427/08, OSNKW 2009, No. 7, item 57.

designated to use as the tools of perpetrating a prohibited act; the financial gains originating, even indirectly, from a prohibited act; or amounts equivalent to the objects or financial advantage coming, even indirectly, from a prohibited act (art. 8 of the Act).

Different additional penalties may be applied in relation to a collective entity. Under art. 9 of the Act, the catalogue comprises: (1) the ban on promoting or advertising the business activities it conducts, the products it manufactures or sells, the services it renders, or the benefits it grants; (2) the ban on using grants, subsidies, or other forms of financial support originating from public funds; (2a) the ban on access to financial measures referred to in art. 5 section 3 items 1 and 4 of the Act of 27 August 2009 on Public Finance⁹ – in the event of a conviction of the person referred to art. 3 for a criminal offence referred to in art. 9 or art. 10 of the Act of 15 June 2012 on the repercussions of the work entrustment to foreigners staying illegally on the territory of the Republic of Poland;¹⁰ (3) the ban on using the aid provided by the international organisations the Republic of Poland holds membership in; (4) the ban on applying for public procurement contracts; (6) public pronouncement of the ruling.

Under Polish law, liability of collective entities is also procedurally dependent on criminal liability of a natural person. It denotes that prior to the prosecution of a legal person, a natural person must be apprehended and held liable. Art. 4 of the Act stipulates that a collective entity is subject to liability if the perpetration of a prohibited act by the person referred to in art. 3 has been acknowledged by a valid and final convicting judgement, judgement on conditional discontinuation of penal proceedings or proceedings with regard to a fiscal offence, decision to leave such person a voluntary submission to liability, or a decision to discontinue the proceedings for circumstances excluding the punishment of the perpetrator.

A collective entity is entitled to some procedural powers in the course of criminal proceedings brought against the natural person, whose act resulted in or could have resulted in its advantage. However, under art. 27 of the Act, the proceedings carried out in relation to establishing liability of a collective entity, which may be instituted only after a valid and final convicting judgement against a natural person, are initiated on the motion of the prosecutor or petition of the injured party, and also – in cases where the collective entity is held liable on the grounds of a prohibited act recognised by the law as an act of unfair competition – also on the motion of the President of the Competition and Consumer Protection Office.

⁹ Journal of Laws No. 157, item 1240, as amended.

¹⁰ Journal of Laws, item 769.

2. Practice of Applying Provisions of the Act of 2002¹¹

According to available statistics, there are very few rulings on establishing liability of a collective entity. Altogether, in the period from 2006, when the Act on Liability of Collective entities entered into application, 53 rulings on establishing liability of collective entities – the fewest in 2012 (the data in Table 1). On a national scale, this number is negligible – taking into account the number of collective entities equal to the number of entities (companies) incorporated in the REGON system, and their number amounted to 630,849¹² as of 31 December 2012.

Table 1. Final decisions against collective entities¹³

Year	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Number of rulings	6	11	9	5	14	5	3

In 2012, in relation to previous years analysed before, the situation did not change in the area of the types of acts in reference to which collective entities were held liable.¹⁴ The Act on Liability of Collective Entities is applied only in cases referring to fiscal offences. It is worth mentioning that the legal definition of acts committed by natural persons, for which collective entities were held liable, covered mainly four provisions of the Fiscal Criminal Code. Most often the cases referred to an act under art. 77 § 1 or 2 of the Fiscal Criminal Code, in which fiscal offences involving failure to pay a tax on time, charged for the benefit of a competent authority are typified, whereas the provision of § 2 refers to a tax of a low value.¹⁵ There have been also observed isolated cases

¹¹ In this part of the study, there were provided new data and developed some issues raised in the work by C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja rozwiązań ustawowych, praktyka orzecznicza*, w: *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, ed. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, p. 730 and following.

¹² *Mały rocznik statystyczny Polski 2013*, Warszawa 2013, p. 506.

¹³ Data provided by the Ministry of Justice – Division of Statistics and the National Criminal Register.

¹⁴ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja...*, op. cit., p. 738.

¹⁵ Under art. 53§ 14 of the Fiscal Criminal Code, low value means value which, at the time of the perpetration of the criminal offence, did not exceed two hundred times the amount of the minimum remuneration.

of establishing the liability of a collective entity for acts perpetrated by natural persons, which constitute fiscal offences under art. 54 § 2 of the Fiscal Criminal Code (a fiscal offence of non-disclosure of an object or of a taxable amount to a competent authority, or failure to submit a declaration giving rise to exposure to a small-value tax depletion), art. 60 § 1 of the Fiscal Criminal Code (a fiscal offence of non-keeping the books contrary to the obligation), and art. 76 § 2 of the Fiscal Criminal Code (tax fraud).

From among all rulings on liability of a collective entity which have been rendered since the Act entered into force, only one referred to an act under the Criminal Code, namely document forgery typified in art. 270 § 1 of the Criminal Code, but in conjunction with a fiscal offence.

Referring to sanctions applied against collective entities, it must be noted that courts award penalties of very small value (Table 2). Also in this area the situation of 2012 did not change in comparison to previous years.

Table 2. The length of sentences and the application of punitive measures against collective entities¹⁶

Years	Total number of rulings	Principal penalty							Punitive measure	
		PLN 1,000	PLN 1,500	PLN 2,000	PLN 3,000	PLN 5,000	PLN 10,000	PLN 12,000	Public pronouncement of the ruling	Forfeiture of financial advantage
2006	6	5						1	3	
2007	11	7						1	4	
2008	9	6			2		1			
2009	5	2		2		1				
2010	14	8	2	2	2					4
2011	5	3	1	1						
2012	3	1	1	1						

¹⁶ Data provided by the Ministry of Justice – Division of Statistics and the National Criminal Register.

Courts do not refer to the amount of income obtained by a collective entity in the fiscal year in which there was committed a prohibited act which constitutes the grounds for the liability of a collective entity. They award financial penalties, whereas in most cases (31 out of 53 rulings, which constitutes 60%) in the amount of PLN 1,000, which is the lowest penalty under the Act. It is quite surprising, especially when taking into account that the financial penalty should reflect the degree of liability of a collective entity for the act prohibited under penalty. The opinion expressed previously remains valid, that probably courts extremely carefully apply the provisions of the Act in question, with no clear opinion on the correlation between the act which is the basis of liability, benefit or potential benefit for the collective entity, and the amount of the penalty.¹⁷ However, there is also a possibility that collective entities which have been held liable by the courts – the data indicate that they are usually limited liability companies – are in a poor material condition and they would not be able to make a higher penalty payment.

As pointed out above, courts have a list of additional penalties at their disposal. However, they hardly ever apply them. Similarly, forfeiture is applied very rarely although it is obligatory, but it may result from the fact that the collective entity did not actually benefit from a natural person's act.

The small number of cases in which a collective entity has been found liable is thought-provoking. Due to the fact that the proceedings on annulment of a collective entity are instituted on the motion of selected entities (as shown above, it refers to the prosecutor, the injured and the President of the Office of Competition and Consumer Protection), it is advisable to carry out analysis of the activity of these entities in the area in question.

The data available for analysis refer to the performance of public prosecutor's offices only. There is no possibility to obtain aggregated national data regarding the number of requests to establish liability of a collective entity submitted by the injured parties. However, it seems that such cases are not listed. As to the operation of the President of the Office of Competition and Consumer Protection in this field, it seems non-existing, at least it is not reflected in the published reports on the performance of the Office.

The analysis of the activity of prosecutors within the scope of liability of collective entities leads to a conclusion that it is very low. As illustrated in Table 3, annually, public prosecutor's offices registered, on average, just above 100 cases involving liability of collective entities (most, i.e. 142 cases, were registered in 2012).

¹⁷ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja...*, op. cit., p. 740.

Table 3. Cases involving liability of collective entities in public prosecutor's offices repertory^{18 19}

Year	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1 st half of 2013 ¹⁹
Number of cases	83	124	107	106	131	142	63

Cases registered in the repertory rarely led to a submission of a request to establish liability of a collective entity. According to the data presented in Table 4, over the period of analysis, the number of cases in which prosecutors filed motions with the court to establish liability of a collective entity fluctuated dramatically. In the initial period of the Act application, it amounted even to over 50%, and in 2012 it plummeted to less than 3%.

Table 4. The relationship between the number of cases in the prosecution repertory and the number of requests to establish liability of a collective entity

Year	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1 st half of 2013
Number of cases	83	124	107	106	131	142	63
Number of requests	45	40	43	24	7	4	9
Percentage of cases in which requests were filed with the court	54.2%	32.2%	40%	22.6%	5.3%	2.8%	14.2%

The significant drop in the number of cases in which requests to establish liability of a collective entity were lodged may be related to a loophole referring to the prerequisites for liability of collective entities for acts committed by persons defined in art. 3 item 1 and the new art. 3 item 3a of the Act as well as the fact

¹⁸ Data from reports on the activities of common organisational units for criminal matters at the Public Prosecutor's Office, PG-P1K for individual years, available on the website of the Prosecution General in the tab: „Sprawozdania i statystyki”: <http://www.pg.gov.pl/sprawozdania-i-statystyki/> (as of 20 February 2014).

¹⁹ At the moment of writing the text (February 2014) the data for the entire 2013 are not available yet.

that in the amendment to the Act of 2011²⁰ the organisational guilt was restored as the prerequisite of liability of collective entities for acts perpetrated by these persons.²¹ When there was no adequate provision, there was no actual possibility to prosecute collective entities for acts within this category of perpetrators. After the loophole was filled, the required standard of proof has been changed. Currently, the petitioner must demonstrate the connection between the act perpetrated by a natural person and the infringement on the part of the authority or the representative of a collective entity, which can be difficult in practice.

When the prosecutor decided to file a motion, he/she had a good chance to succeed, especially in the initial period of the application of the Act. However, in cases in which the court did not take the prosecutor's request into consideration, appeals were filed rarely (Table 5).

Table 5. Prosecutor's requests²²

Year	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1 st half of 2013
Number of requests	45	40	43	24	7	4	9
Number of accomplished requests	19	35	48	28	18	2	5
The court took the motion into account (in whole or in part)	17	30	33	13	6	1	1
Prosecutor appealed	2	No data	2	5	1	0	0
The court took the prosecutor's appeal into account	0	No data	1	2	0	0	0

²⁰ The Act of 29 July 2011 on the amendment of the act – Criminal Code, the act – Code of Criminal Procedure, and the Act on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty (Journal of Laws No. 191, item 1135); entered into force on 14 November 2011.

²¹ More on this topic: C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja...*, op. cit., p. 733 and following.

²² Data from reports on the activities of common organisational units for criminal matters at the Public Prosecutor's Office, PG-P1K for individual years.

According to the data presented in Table 6, the percentage of cases leading to a success, i.e. the ones in which the court took the prosecutor's request into account in whole or in part, fluctuated significantly in the years under analysis. In the initial period, it reached almost 90%, while in 2011 it declined to 33%, and in the 1st half of 2013 – even to 20%. It may raise some doubts, especially against the background of a significantly higher percentage resulting in success (i.e. other than remittance) of criminal proceedings against natural persons.²³

Table 6. Percentage of cases leading to success (the court took the prosecutor's request into account in whole or in part)

Year	2007	2008	2009	2010	2011	2012	1 st half of 2013
The court took the prosecutor's request into account (in whole or in part)	89.5%	85.7%	68.7%	46.4%	33.3%	50%	20%

Conclusions

According to the available statistical data, it can be stated expressly that the Polish Act on Liability of Collective Entities is not working in practice. In the country, the number of cases and judgments on establishing liability of a collective entity is close to zero, which makes its practical significance and impact on the manner of operating of legal persons not perceptible. There have been no records of cases involving establishing liability of a collective entity for an act committed by a natural person which constituted a corruption offence. Therefore, it may also be reasonably concluded that the statutory regulation in question has no practical significance for the suppression of corruption in Poland.

The Act is applied very rarely by the prosecutors, mainly by those from provincial prosecutor's offices²⁴ where fewer collective entities operate than in the capital. It may be easier for them to cope with this issue due to a lower workload. It can also be assumed that for prosecutors from smaller offices the application of provisions of the Act on Liability of Collective Entities is a way to improve the statistical results of their work. The President of the Office of

²³ According to the data of 2012, the courts of the first instance issued in total 461,207 decisions, out of which 413,263 were convictions and 7,061 were acquittals.

²⁴ C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja...*, op. cit., p. 740.

Competition and Consumer Protection and the injured parties seem not to apply the possibility to hold a collective entity liable whatsoever – despite the fact that at least the injured public institutions could do it.

The subjective scope of the application of the statutory provisions in question is restricted to fiscal offences. Establishing liability of collective entities, being fiscal offences perpetrated by natural persons is deemed easier to prove than cases concerning common offences. Proceedings relating to fiscal offences are frequently conducted by financial authorities, in the Fiscal Criminal Code referred to as financial authorities for pre-trial proceedings, which detect the perpetration of an act in the course of routine audits of economic operators. Investigations carried out against natural persons due to acts typified in the Fiscal Criminal Code quite often result in a consensual settlement, which allows to shorten the proceedings significantly. A short period of proceedings conducted against a natural person allows, in turn, to institute investigation against a collective entity, induces the efficiency of such proceedings and facilitates the work of the prosecutor in this respect. Proceedings in cases involving acts subject to the Criminal Code seem more complicated and take longer, which may deter prosecutors from dealing with the issue of liability of a collective entity after the settlement of the case related to a natural person.

In this situation, in a short term, it should be postulated to significantly increase the activity of prosecutors and other entities which subject to art. 27 have powers to file motions on instituting proceedings against a collective entity. This obligation should lie with prosecutors. It seems that as long as the issue of liability of collective entities is not the priority of the Public Prosecutor's Office, the statistical image of the statutory regulation under consideration will not improve in practice.

Taking into account that annually in Poland 430 thousand natural persons are convicted of crimes, including 6 thousand of fiscal offences, and at least a small part of these acts results in a benefit to a collective entity, one can imagine – without a serious effort on the part of the prosecution – how fast the growth in the number of prosecution requests to establish liability of a collective entity and the number of cases resulting in success is.

Additionally, it may also be suggested to carry out an action aiming to raise the awareness of economic operators as to the fact that the Act is in force and that the injured parties may submit a request to establish liability of the fraudulent contractors, who are collective entities.

Moreover, it may be postulated to increase the diversity of the severity of sanctions against collective entities. Past experience of the courts, which awarded rather mitigated penalties, raises doubts. It seems that the function of penalty with such mild sanctions cannot be implemented. The question arises if

in view of such mild penalties, the Polish system of liability of collective entities meets the requirement of effectiveness and deterrence, referred to in international and EU legal instruments, including those relating to the prosecution of corrupt behaviour. On the other hand, one is left with the suspicion that the sanctions are so mild due to the fact that they are applied against small economic operators in a very bad financial condition. Due to practical reasons, such an entity may be held liable in an easier way than a large entity of a significant market position. Moreover, these considerations induce to call for the change of the past practice in the area of the application of the Act.

Referring to more general issues, the fact itself that a legal regulation on liability of collective entities was introduced to the Polish legal system should be evaluated positively. In this way, as a state, we formally implemented the obligation arising from international and EU law. However, the Act on Liability of Collective Entities will exist only on paper unless the activity of the bodies authorised to file requests to establish liability of entities is increased, which has been discussed above, or unless – in a long term – the model of liability of collective entities is changed.

It is true that in the course of the novelty of 2011, the legislator removed the imperfections of the act referring to the existing model of liability of collective entities for acts prohibited under penalty.²⁵ However, the essential foundations of the Polish model remained without any changes, which should be evaluated as far from functional. First of all, it seems that liability of collective entities is inaccurately subject to the prior punishment of a natural person. Due to the above, the postulate²⁶ to make liability of a collective entity independent of the establishment of liability of a natural person, and to restructure the model of liability of a collective entity remains up to date.

²⁵ More information on this topic in: C. Nowak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – ewolucja...*, op. cit., p. 730 and following.

²⁶ Ibidem, p. 741.

Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty. Case Study

Inspector (RET) Marek DYJASZ

Expert at the Polish Institute of Internal Control,
Director of the Criminal Bureau within the structure
of the Headquarters of the Polish National Police
in the years 2010–2012

Corruption, intrigues, treason, and bribery are inseparable attributes of a democratic system. Ancient Greeks – and not only them – experienced all those problems when they developed democracy, i.e. power of the people. It was already in those times, in the 5th century before Christ, that money ruled the world.

Studying thoroughly various political systems and forms of government, changing over the thousands of years, it should be noted that typical attributes of corruption, i.e. universality, entropy, marketability, and interactivity have not become outdated and continue to be a threat to the law and order of any market economy.

Relying on professional experience and also on media information, it should be noted that in many vocational groups, bribers are rarely condemned. Professional environment usually feels loyal and is reluctant to criticise criminal behaviours, it does not want either to judge or to assist law enforcement agencies to clarify the matter. It also happens that criminal behaviours are excused or even defended against the allegations, while criticising law enforcement agencies for the detention of the person suspected of corruption by showing their virtues and commitment to work. Lack of negative judgement of these persons leads to a conclusion, which is clear and transparent to the receiver – these persons do not notice that through their behaviour they tolerate a criminal conduct, and also have a negative impact on the perception of their vocational group by the public. They do not understand or do not want to understand that a corruption act perpetrated by a particular person or a group of persons throws a negative light on all representatives of the environment, including those who perform their profession honestly and with full commitment.

Due to your interest in the abovementioned subject-matter, you should have used the CORRUPTION search keyword many times. It is not surprising that numerous websites pop out, which describe – more or less precisely – the problem of corruption in different forms and, most importantly, in the areas where it is most noticeable. Sport, and football in particular, health service, the activity of officers of law enforcement agencies, and persons performing public functions take the first places in information provided due to their working environments which are particularly vulnerable to corruption. There are also environments where the public outcry at corruption offences is negligible, and even ignored as being marginal or non-threatening to social governance.

An association may be an example of the above. A collective entity, which I would like to discuss as a case study, is an association within the meaning of the Law on Associations as well as the Act on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty. I do not mean the statement on the perpetration of a criminal offence by natural persons within the meaning of art. 16 of the Act, as this falls into the competence of the prosecutor and the independent court. I would like to show what may happen within a collective entity, such as an association, when inappropriate persons are vested with a mandate to perform public functions.

It is not a secret that local government associations have certain defects. One of them, which provides the possibility to enter the area of corruption, is elections to the authorities of the association, which, in principle, should be self-governing. Is it the practice? I doubt it very seriously due to the following facts:

- usually only a few members participate in general meetings,
- the list of members authorised to vote is under an entire control of the management board,
- the charter of the association allows absent members for proxy voting. In this particular case, 20 members participated in a general meeting, three out of whom were appointed proxies for 36 absent members, and the votes of these three members decided on matters of great significance at that time.

What was the result of such policy of the management board of the association in question? Thirteen months after the controversial general meeting, the management board completely lost the trust of the members, and the antagonisms inside the management board entirely paralysed the works of the association. The irregularities, to put the issue delicately and not to refer to them directly as criminal offences, which could have been perpetrated by the members of the management board, are currently being verified by the Public Prosecutor's Office within preparatory proceedings in the case.

How to avoid such state of matters and the liability of a collective entity:

- 1) the entity must prove that it has exercised due diligence in the course of the selection of the natural person or persons, and in spite of this the persons perpetrated the criminal offence.

- 2) despite a careful supervision provided and exercised over such person or persons, it was impossible to avoid the criminal offence.
- 3) undertaking such activities by the bodies of the collective entities which aim to counteract the occurrence of the possibilities to perpetrate a criminal offence (preventive measures), and are subject to caution arising from particular circumstances.
- 4) but also the demonstration by the collective entity that the act perpetrated by the person or persons not only did not bring, but also could not have brought any benefits, particularly material ones.

Presenting the above irregularities in the works of the association, questions arise as to the application of the Association Law and the Act on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty, and why, in this particular case, the violation of the basic provisions of the Act occurred. Whether the members of the management board are to blame or maybe there exist loopholes in the acts regulating the works of associations. In my opinion, both the acts and the charter of the association itself have the weakness of not being proactive.

Maybe the powers of the supervising authorities should be extended so that they could respond earlier to the symptoms of irregularities and the threats to the works of an association.

Marek Dyjasz

An expert at the Polish Institute of Internal Audit in the field of counteracting and combating economic crime and corruption. A retired police officer, who ended the service in 2012 after 30 years in the criminal division. In the last years of his career, he performed the function of the director of the Criminal Bureau of the Polish National Police (2010–2012), supervising the activities of the officers of the criminal and investigation service in Poland. Previously he exercised the functions of the head of the Homicide Division of the Warsaw Police Headquarters (1999–2004), the head of the Criminal Division of the Regional Police Headquarters in Opole (2005–2007) and the head of the Criminal Division of the Polish National Police (2008–2009). Inspector Marek Dyjasz has an extensive professional experience in fighting crime, including against human life, health and property as well as economic crime and corruption. He used his professional experience and expertise as a lecturer at the Police Academy in Szczytno, the Police School in Piła, and the Warsaw University. On many occasions, he also participated in the works of departmental teams established by the Police Commander in Chief and the Minister of Interior – among others during Poland's Presidency in the Council of the European Union, and during Euro 2012.

Public Procurement and Bid Rigging

Alberto HEIMLER

Chairman of the Working Party No. 2 on Competition
and Regulation of the Competition Committee,
Organisation for Economic Co-operation
and Development (OECD), SNA¹ Rome

Abstract ¹

Public procurement markets differ from all others because quantities do not adjust with prices but are fixed by the bidding authority. As a result, there is a high incentive for organizing cartels (where the price elasticity of demand is zero below the base price) that are quite stable because there are no lasting benefits for cheaters. In such circumstances, leniency programs are unlikely to help discovering cartels. Since all public procurement cartels operate through some form of bid rotation, public procurement officials have all the information necessary to discover them (although they have to collect evidence on a number of bids), contrary to what happens in normal markets where customers are not aware of the existence of a cartel. However, in order to promote reporting, the structure of incentives has to change. For example, the money saved from a cartel should at least, in part, remain with the administration that helped discover it and the reporting official should reap a career benefit. In any case, competition authorities should create a channel of communication with public purchasers so that the public purchasers would know that informing the competition authority on any suspicion at bid rigging is easy and does not require them to provide full proof.

JEL: H57; K21; K42; L41

¹ Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Rome, Italy.

Introduction²

For some categories of crimes everyone is informed of their existence – for example, homicide, where the problem of the police is to discover the guilty. It may be difficult but at least the crime itself is well-known. In some other cases, only the victims are informed of the existence of a crime – for example, theft, and the police can act (in order to discover the guilty) only if and when the victim reports the crime. Finally, and this is the case of most white-collar crimes, the existence of the crime is not known to the victim or to the police. In such circumstances, all efforts need to be undertaken to discover the crime itself, which is a prerequisite for enforcement. But how to discover a crime when only the perpetrators know that it has taken place, and no one else is informed, is a real challenge.

In the case of corruption, the victims are those who did not corrupt and have been left out (from a procurement bid, a concession, etc.), are not supplied with a service public administration is supposed to supply as part of its general duty (a document, an authorization, etc.) or are taxpayers who pay more taxes for public administration services. Sometimes the victims are final consumers who, because of a denied authorization to a producer or to a service provider, do not have a cheaper or a higher quality product/service at their disposal. All these categories of victims do not know that they are the victims of corruption and, as result, have nothing to report. As for those responsible for corruption, the information on the crime is shared only by those who have benefitted from the corruption act, and have no interest whatsoever to report it. This is why corruption is so difficult to detect. No one has an incentive to report it and the most effective solution is to reduce, as much as possible, the occasions where corruption can make a difference.

Similarly, in general, cartels, i.e. secret agreements among potential rivals do not compete with each other in one form or another cannot be discovered by their victims. Their membership is usually industry-wide and customers are seldom in the position to detect the existence of a cartel since they do not have a reference competitive price to which to compare the cartel price. As a result, cartels can only be discovered by the authorities in charge of antitrust enforcement. Not only does the level of the fine have to be high enough to deter the formation of cartels³ but antitrust enforcers have to be helped in their

² This paper, with the exception of the introduction, is a reprint of a paper, *Cartels in Public Procurement*, published in the “Journal of Competition Law & Economics”, 2012.

³ On this see, J. Harrington, (2010), *Antitrust Sanctions*, “Competition Policy International” 6, Autumn, A. Heimler and K. Mehta (2012), *Violations of Antitrust Provi-*

ability to detect cartels by various means and instruments, the most effective one being the existence of a leniency program.

Leniency programs are meant to provide an incentive for a cartel member to cooperate with antitrust enforcers and inform them, in detail, about the operation of a cartel (in such a way that other cartel members could be indicted) in exchange for immunity or leniency. Leniency programs have been adopted by all OECD countries and have been very successful in discovering secret cartels.

Collusion in public procurement, however, seems not to have been much affected by leniency programs. This is rather unfortunate because public procurement is an area where cartels are probably quite common and successful, as the U.K. and Dutch examples show. The discovery of bid-rigging cartels requires other tools and most importantly, the cooperation of the bidding bodies. As a result, bidding bodies may collect information on different bids (in time and space), and therefore, they may discover some regularities on the basis of which they could suspect the existence of a cartel conspiracy.

Section 1 of the article will address the problem of detection of cartels. Section 2 will discuss their inherent instability and the reasons why public procurement cartels tend to be more stable. Section 3 will show how leniency programs operate and provide some reasons why they have not been as successful in public procurement markets. Finally, Section 4 will suggest some actions that will be needed in order to fight cartels more effectively in public procurement.

1. Secret Cartel and Detection

Price fixing is a term generically applied to a wide variety of agreements by competitors that have a direct effect on prices. The most common form is an agreement on the price or prices to be charged to some or all of their customers. Since market conditions and costs frequently change, price fixing requires frequent contacts – either in person or through some form of digital communication – between competitors. This is particularly necessary to assign to each industry participant the quantities allowed to be produced.

sions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence, “World Competition”, March and C. Veljanoski, (2011), *Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines*, “Journal of Competition Law & Economics”, 7(4), pp. 871–915.

In addition to full agreements on which price to charge, price-fixing agreements can also consist of partial agreements on the use of a standard formula according to which prices will be computed; maintaining a fixed ratio with the prices of some competing products; eliminating price discounts or establishing uniform discounts; extending common credit terms to customers; adhering to published prices; agreeing not to advertise; and more. Although these agreements do not completely eliminate price competition, they still reduce rivalry between competitors, sometimes substantially. The interesting feature of these “partial” price-fixing agreements is that the agreement is executed once and does not require any further contact between cartel members for it to be implemented or renewed. Also, the agreement does not need to be formalized in any way. As a result, proving such agreements may be very difficult.⁴

This is also the case in agreements to allocate customers or territories. They are a one-time agreement and do not need to be formalized. Market-division agreements may have a greater impact on competition than price fixing. The single remaining market occupant is freed from competition with respect to prices, service, quality, and innovation. Market-allocation agreements eliminate the need to thoroughly police the pricing practices of the other parties of the agreement and the need for producers with different costs to agree on appropriate prices. Thus, market allocation agreements may eliminate some of the pressure that frequently causes price-fixing agreements to break down. As a result, market allocation agreements may be much more stable.

All of these cartel-type agreements are difficult to detect because the customers that are damaged by the cartel do not have the necessary information to prove its existence nor any way to escape from the cartel. As for fellow cartel members, they are all either quite happy to be part of the cartel, or they cheat on the cartel agreement or decide not to participate. Unhappy cartel members do not have to denounce the cartel for it to stop functioning. To the contrary, if they decide to compete against the cartel (that is, cheat), they still benefit from the high prices of the cartel.

In order for a full price-fixing cartel to be successful, it must identify an allocation system for quantities to be produced among members and make sure that nobody cheats. The cartel is likely to reveal its existence in dealing with each of these factors.

This is also true for bid-rigging agreements. They are meant to allocate between potential bidders and government tenders. They are complex agreements requiring potential bidders to communicate frequently among themselves in

⁴ See, for example, J. Harrington, (2011), *Posted Pricing as a Plus Factor*, “Journal of Competition Law & Economics” 7(1), pp. 1–35.

order to identify the most profitable course of action. Bid-rigging agreements generally fall into the following categories:

Bid suppression. One or more competitors agree to refrain from tendering or to withdraw a previously submitted tender so that another company can win the tender. The parties to the agreement may administratively or judicially challenge the tenders of companies that are not party to the agreement or otherwise seek to prevent them from tendering, for example, by refusing to supply materials or quotes for subcontracts.

Complementary bidding. The competing companies agree among themselves who should win a tender, and then agree that the others will submit artificially high bids to create the appearance of vigorous competition. Or, the losing companies may submit competitive prices, but along with other unacceptable terms.

Bid rotation. The competitors take turns being the winning tender, with the others submitting high bids. The companies agreeing will generally try to equalize the tenders won by each over time. A strict pattern of rotation is often a clue that collusion is present.⁵

Bid-rigging agreements are difficult to detect with evidence of a single bid because the rig organizers simulate an artificial environment that looks competitive. Furthermore, to be successful, bid-rigging agreements have to be industry wide, because it is difficult, if not impossible, in a bidding procedure to exclude anyone.⁶ However, contrary to other cartels, since bid-rigging agreements imply bid rotation, public administration can find evidence to prove the existence of the agreement. However, this requires a substantial effort since data need to be collected across bids.

The public procurement procedure is not designed to discover bid rigging. Since it is an administrative procedure, it cannot be interrupted just because the bid organizers suspect collusion. The evidence needs to be less solid for the bid organizer just to denounce the rig. Nonetheless, it is very difficult to occur because (as it will be argued later in Part V) bid organizers lack the incentive to fight a cartel.

⁵ See R.S. Khemani, (Ed) (1998), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, "OECD and World Bank", p. 31.

⁶ In the Italian bid rigging case on food vouchers (Pellegrini-Consip, 2002, I463. The decision is available, in Italian, at <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/DE5F99B17ABB310DC1256A8F00293D48.html>), because the bid was on the best offer, not on the minimum price, cartel members were able to exclude one potential participant, by calculating its reserve price.

2. Cartel Instability

Cartels are inherently unstable. Generally, each member is capable of producing and selling profitably more than the amount allowed, because a cartel operates by raising price and restricting output. Any member can increase its profits by producing more and selling it for less than the agreed price. But if all members do this and do not respect the agreement, the cartel will break apart.

This result can be depicted in a prisoner’s dilemma game, where the profits of the players depend on whether or not they respect the cartel agreement:

Table 1. Profits of each firm and total profits

		Strategy for firm 2	
		Cooperate	Defect
Strategy for firm 1	Cooperate	EUR 1.8, EUR 1.8 (Tot 3.6)	EUR 1.35 EUR 2.025 (Tot 3.375)
	Defect	EUR 2.025 EUR 1.35 (Tot 3.375)	EUR 1.6, EUR 1.6 (Tot 3.2)

Source: L. Pepall, D. Richards and G. Norman, (2008), *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications*, Wiley and Sons.

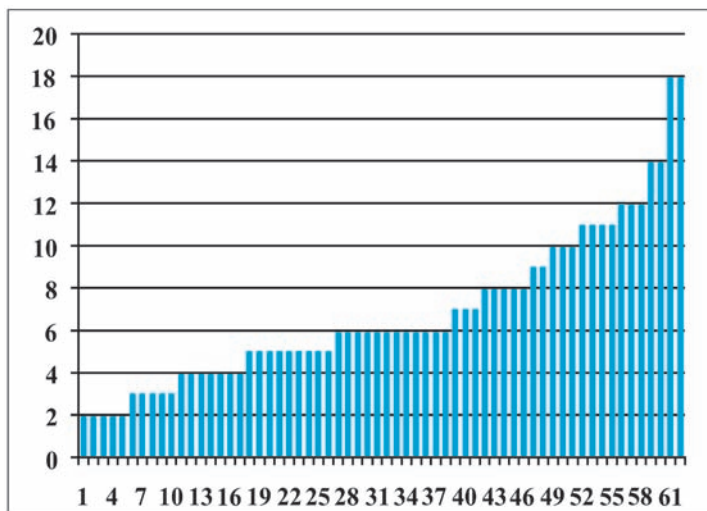
What needs to be pointed out is that the aim of the cartel is to maximize joint profits, which implies to artificially create a monopoly. The identification of the monopoly quantities and the assignment of a share of these quantities to each player is what the cartel aims to achieve. Defection by individual players implies selling higher quantities than those assigned, at slightly lower prices than the monopoly prices and achieving lower overall profits. The game, as depicted in Table 1, shows an unsustainable cartel. However, the instability depends on the degree of transparency of the market. The less likely it is for fellow cartel members to detect the cheating, the more it will take for the cartel to dissolve. In any case, once it becomes clear that recorded reductions in sales (and profits) depend on other cartel members cheating, all of them will cheat and the non-cooperative solution will be stable.

Since the cartel’s collective interest is to ensure that no member cheats by lowering its price (or by offering secret discounts, raising the quality of the product supplied, or paying delivery or similar costs), cartels take steps to prevent, detect, and punish it. Some of the best evidence of a cartel agreement

can be found from such policing. For example, cartel members may communicate with each other about suspected cheating, they may selectively lower prices in the cheater's area, or they may threaten the cheater. The larger the number of firms to be monitored, the more extensive the system of policing and the easier it becomes to discover a cartel.

Since cartels are secret, there is no evidence on how many participating firms existing cartels have on average. The only data available are about discovered cartels. If the hypothesis that "the more unstable the cartel the more likely it is discovered" is correct, then the number of firms of discovered cartels tends to be larger than that of the universe. Still, looking at the 62 cartels discovered by the European Commission from 1998 through 2010, only 9 had a number of firms above 10 and the highest frequency was with 5 (9 times) and 6 firms (12 times) as Figure 1 shows. Even for discovered cartels, the average number of firms tends to be small.

Fig. 1 Number of firms in a cartel (EC discovered cartels 1998–2010)



Source: European Commission Annual reports, various years

Contrary to what happens in normal markets, bid-rigging cartels are much more stable. While in normal markets, quantities and prices are found simultaneously, in bidding markets, quantities are set by the organizer of the bid and the bidding is just used to find the lowest price associated with those quantities. Bid riggers know that by reducing prices (with respect of the agreed one), they do not achieve any increase in the quantities sold. Rather, they just

increase their profit at the expense of competitors and, most importantly, only for one bid. Once there is defection for one bid, the cheater knows (because of the transparency rules in public procurement) that he will be discovered and competition will prevail for all future bids. As a result of these characteristics, partly structural, partly rule-based, the incentive to cheat in bid rigging is much less pronounced than in normal markets (where cheating can be kept secret, at least for some time).

Since quantities purchased are unaffected by prices, any percentage increase in prices, originating from bid rigging, transforms itself in an increase in profits of the same percentage. As a result, a fine for achieving deterrence needs to be much higher for procurement cartels than for normal cartels, since the fine has to match the expected profits originating from the violation of the law.⁷

There is a further difference in bid rigging cartels that is favorable for detection. To circumvent the rules for public procurement that require competing bidders for each bid, bid riggers have to organize their bids so that each time there is a number of firms (artificially) competing. The bidding authority may, therefore, notice some suspected pattern across different bid procedures. Contrary to normal cartels where the buyer is unaware of the cartel because all of the firms charge the same price, in bid rigging, buyers may notice some suspected irregularity across different bids.

Only a few of the cartels investigated by the European Commission originated from bid rigging. The bitumen cartels in the Netherlands, where 14 firms were involved, and in Spain, where there were five participating firms, both cartels were investigated through reporting of the same leniency applicant, BP. BP discovered the cartel in the course of a merger notification process. The most important reason why bid rigging cartels are seldom investigated by the European Commission is that the members of a bid rigging cartel are generally firms that are all localized in the jurisdiction where the bidding takes place. Moreover, the effect of the cartel is mainly domestic so they are subject to the jurisdiction of the domestic antitrust authority.

Recently, both the UK Office of Fair Trading (OFT) and the Dutch Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) have discovered a major bid rigging cartel in the construction industry. In both jurisdictions, the number of firms in the cartel was around 100 (94 in the UK and 103 in the Netherlands), and the cartel had lasted for years. In both jurisdictions, the cartel had been discovered in a different way than in the case of normal cartels, where a leniency

⁷ See on this A. Heimler and K. Mehta, (2012), *Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence*, "World Competition", March.

applicant is the most frequent source of information. In the Netherlands, the case originated from a television news program that revealed the existence of secret financial accounts at a major construction company. This led to the discovery of a network of anticompetitive agreements among construction firms that for years illegally divided up public procurement bids among themselves.⁸ In the UK, it was the bidding organizers that noticed the rig.

The interesting characteristic of these bid-rigging cartels in construction is that the participating firms operated both in normal and in bidding markets. While they colluded only in the bidding segment of the market, they fully competed elsewhere. The same happened in Italy where the antitrust authority discovered a cartel in the market for the supply of meal vouchers to public administration.⁹ The same firms acted independently in the rest of the economy and competed there. This is very simply the result of the very different degree of stability cartels enjoy in normal and in bidding markets.

3. Leniency Programs

The difficulties enforcers faced in discovering cartels led them to look for new ways for getting information on their existence. In particular, it was felt that only through the cooperation of conspirators would enforcers get the information needed. The introduction of “leniency programs”, which provide incentives for cartel participants to cooperate with enforcement authorities in exchange of leniency in sanctions, was an important step in strengthening competition law enforcement in this area. The special feature of leniency programs is that they are public statements where enforcers publicly constrain themselves to grant immunity from sanctions if certain conditions are met. In order for these programs to be effective, they have to allow full automatic immunity from sanctions only to the first firm that reports on a cartel, subject to the requirement that the firm applying for leniency reveals all it knows. Otherwise, if there is a risk that enforcers would deny immunity and prosecute the cartel nonetheless, nobody would provide evidence.

While leniency programs provide full immunity for the first firm that reports a cartel to a competition authority, they also allow a lenient treatment for firms that decide to cooperate once a procedure has been already opened. In such cases, however, the reduction in fines is only partial, in order not to

⁸ See http://www.nma.nl/en/competition/more_industries/construction_unit/default.aspx.

⁹ See <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1468-pellegriniconsip.html>.

weaken the incentive of firms to come forward in situation where the cartel is still unknown.

According to the experience of the most successful jurisdictions with leniency programs, like the United States and the European Union, there are a number of characteristics that well designed leniency programs should have. A preliminary requirement is for the authority to be able to impose fines that are sufficiently deterrent. Otherwise the incentive to cooperate disappears. Furthermore, enforcers should be empowered to grant immunity against clear evidence of cartel conduct. Indeed, the minimum threshold of evidence needed for granting immunity is a crucial element of the program, since a threshold that is too low generates applications of poor quality.

There has been a learning process in the design of leniency programs. For example, the European Union, following the lead of the United States, adopted such a leniency program in 1996.¹⁰ The Commission's initial Leniency Notice was not as successful as expected and was replaced by a new one in 2002.¹¹ The main change was that, once a firm was admitted to the program, immunity became automatic. Subsequently, the European Commission and all EC member states adopted a model leniency program developed within the European Competition Network (a network linking all competition authorities in the Community).¹² As a result, the Commission program was again amended in 2006, mainly to clarify the type and quality of information to be provided by leniency applicants.¹³

The leniency program of the Commission has been highly successful (see Table 2). As shown in the table, the number of cartels prosecuted in the last decade is substantially greater than what had been previously achieved. Furthermore leniency programs are the main reasons for this improvement in the number of prosecuted cartels. The data refer to the use of leniency programs in any form (both for total and partial immunity).

¹⁰ *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, Official Journal C 207, 18.07.1996, pp. 4–6.

¹¹ *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, Official Journal C 45, 19.02.2002, pp. 3–5.

¹² http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

¹³ *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, Official Journal C 298, 8.12.2006, pp. 17–22.

Table 2. Cartels discovered by the European Commission, 1995–2010

Year	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Number of cartels without leniency	1	2	0	4	1	1	2	0	0	0	1	1	1	0	0	0
Sanctions on cartels without leniency (million EUR)	12	1	0	179	99	3	103	0	0	0	44	10	992	0	0	0
Number of cartels with leniency	0	0	0	0	0	1	6	8	4	4	4	5	8	7	4	6
Sanctions on cartels with leniency (million EUR)	0	0	0	0	0	110	1581	821	388	368	639	1833	2346	2214	1633	3033

Source: DG Competition, Annual Reports (various years)

However, as it has been already mentioned, very few of these discovered cartels have to do with public procurement markets. There are many reasons for this, the most important being that public procurement cartels are mainly of a domestic nature and very seldom fall under Community law. Although important in principle, the problem of jurisdiction does not seem very relevant in explaining the lack of discovery of bid-rigging cartels, since public procurement cartels are quite rarely found in the decision records of European national competition authorities. The reason, therefore, has to lie somewhere else.

It has to do with the reasons why a firm would decide to participate in a leniency program. In the experience of the European Commission, there are two major reasons why firms apply for leniency.

First, in the process of merger notifications, the acquiring companies try to identify all the liabilities that they would be subject to. When due diligence leads the acquiring firm to discover that the acquired company had been involved in a cartel, it is very likely that the buyer would ask for leniency. This alliance between merger control and leniency has been documented very often and, at

least in the European Union, led to the discovery of many cartels.¹⁴ The reason why bid rigging agreements are not reported has probably to do with the relatively small size of the firms involved and with the fact that a merger between them would not fall under the turnover thresholds that would trigger a notification.

Second, a firm would have a high incentive to ask for leniency if the firm believes that a cartel would break up anyway. In such circumstances, the firm would still be liable. However, the firm would no longer enjoy the high profits of the cartel.¹⁵ So the stability of cartels, typical of public procurement markets, is a further deterrence for leniency.¹⁶

Finally, in some countries like Italy, organizing a bid rigging cartel is a criminal offense. Therefore, applying for leniency may still leave those responsible for the cartel liable to criminal investigation unless leniency is also extended to the criminal side.

4. How then Could Bid-Rigging Cartels be Discovered?

Contrary to normal cartels, where the participating firms agree on prices or on territories so that customers face an information gap with respect to competitive prices, bid rigging in public procurement requires that the participating firms agree on the bid participation strategy (who wins and at what price; who will participate today; and who wins and who participates to future bids). As a result, bid riggers leave a lot of evidence on the strategies pursued that a well-trained public administration official could indeed identify. As a result, while a public procurement cartel is stable on the supply side, it could be discovered by due diligence on the demand side. This is the opposite of what happens with private markets cartels.

The preliminary question to ask is whether a public official responsible for public procurement has the right incentives to put in the effort necessary to identify a cartel. The answer is simply no. The public official is not evaluated on how many cartels he discovers but on his ability to set up and to run bidding processes and how quickly the good and services he purchases are actually delivered. Suspicion

¹⁴ Informal conversation with Dr Kirtikumar Mehta, first director of the Cartel Directorate of the EC Directorate General for Competition.

¹⁵ If this is well understood by cartel members, the leniency program would add to the stability of the cartel (cartel members would not cheat as an insurance against leniency application).

¹⁶ If this is true, then the existence of the leniency program increases the stability of cartels (if I know that if I cheat the probability of one cartel members asking for leniency increases, I will not cheat). However there is no evidence for this.

that there is a cartel delays the whole process of purchasing. Furthermore, the money that is being saved because of the dismantling of a cartel does not remain in the administration that actually discovered or helped discover the cartel, but is redistributed to the general administration's budget. For all these reasons, public purchasers are generally indifferent about the existence of cartels. Nobody could ever blame public purchasers that they paid too much because of a cartel.

For a public administration to become more interested in discovering of cartels, the incentive structure has to change, for example, by having at least part of the savings earned from dismantling a bid rigging cartel stay with the administration that discovered or helped discover it. Furthermore, the career of a public employee could be also made dependent on the number and importance of the cartels the public employee contributed to identifying.

The OECD Competition Committee has set up a guidance procedure for procurement officials aimed at helping them discover bid-rigging cartels.¹⁷ The guidance identifies a number of elements that purchasing officials have to consider in the running of a bidding processes – for example, attention on any evidence leading them to suspect that rivals got together before the bidding and discussed their respective participation to the procedure. In that case, some analysis of previous bids and/or bids by others may help them conclude that there is bid rigging. However, public administration officials have to be trained in the use of this guidance because it requires skills and competences different from those needed for successfully organizing and running a bidding procedure.

Government employees often believe they should have full proof of bid rigging before reporting to the competition authority. Since this is quite unlikely, they tend to keep any suspicion to themselves. This is why competition authorities should create a special channel of communication for purchasing officials where they could communicate to the authority any suspicion they may have on a bid.

There are also some very important procedural and legal steps that should be taken to make bid rigging much more difficult. The first is to centralize purchases (or make sure that bids are not made artificially too small, so that the construction of a large infrastructure project cannot be easily divided up among all the firms in the industry). This way, the information on the different bids can be found within the same organization, so that any irregularity across different bids can be more easily identified. Furthermore, a centralized purchasing agency can organize bids of higher values (purchasing for a number of administrations), so that bids would be more infrequent and bid-rigging agreements would be more difficult to maintain.

¹⁷ See http://www.oecd.org/document/29/0,3746,en_2649_37463_42230813_1_1_1_37463,00.html.

Also, the rules that favor small firms in their participation in tenders, in which individually they would not be able to participate because of their small size, should be made much more rigorous. In particular, temporary consortia should only be allowed if comprised by firms producing complementary goods or services, while simple horizontal consortia should be prohibited. In fact, temporary consortia between rivals are very often a tool for enforcing a cartel, more so than a way to increase competition.¹⁸

Conclusion

Bid-rigging cartels are much more stable than normal cartels. Indeed, in normal cartels, members have an incentive to cheat because they increase assigned profits by slightly lowering the cartel price and increase quantities beyond their monopoly level. In bid rigging, quantities are fixed and bidding is only used to identify the lowest possible price. Furthermore, bidding markets are much more transparent than normal markets, further reducing the incentive to cheat.

The relative stability of bid-rigging cartels has a strong impact on the effectiveness of leniency programs in bid rigging cartels. Since leniency applications tend to be more probable when a cartel is less stable, leniency is quite uncommon in bid-rigging cartels. There are, however, instruments that public administrations can adopt to more effectively discover them.

First, since bid rigging requires firms to rotate in the winning of different bids, public administrations can centralize biddings and make each bid larger so that the incentive to cheat increases. This is because firms would have to wait too much for a second bid to be launched and would be much less certain about the regularity of the frequency of bids.

Second, temporary consortia, often organized to allow smaller firms to participate in larger bids for which individually they would not qualify, should be allowed only if of a vertical nature, putting together firms producing complementary goods and services.

Third, since the incentive of public purchasers is to be quick and fair (so that no appeal against their procedures is undertaken), they are not interested in denouncing a cartel, even if they suspect one exists. The money saved from

¹⁸ There is also an efficiency reason why temporary consortia between small rivals should be prohibited: big tenders require big firms because they have the organizational capacity to handle them. The organizational capacity of a big firm is never equal to that of a sum of smaller firms.

a cartel an administration helped discover should at least in part remain with the administration itself, and the official who helped discover a cartel should gain some career benefits.

Fourth, discovering bid-rigging cartels requires different skills and competences than those necessary for successfully running a bid. Hence, public purchasers should be adequately trained along the lines identified by the OECD guidance.

Finally, competition authorities should create a special channel of communication with public purchasers, so that they would know that informing the authority on any suspicion they may have is easy and does not make them responsible vis à vis the firms involved.