

Konrad Buczkowski*

„Zmowy przetargowe” jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k.

WSTĘP

Procedura przetargowa jest jedną z częściej wykorzystywanych w systemach gospodarki wolnorynkowej instytucji mających doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej – z punktu widzenia zamawiającego – oferty realizacji zamówienia, spośród pewnej ich liczby, przedstawionej przez podmioty mające chęć podjąć się jego realizacji. Procedura taka podlega pewnym, określonym przepisami prawa, regułom, których naruszenie może doprowadzić do unieważnienia całego postępowania.

Dlatego tak bardzo istotne jest przestrzeganie wszystkich procedur związanych z przygotowaniem, prowadzeniem i rozstrzygnięciem przetargu, szczególnie w zakresie zapewnienia wszystkim jego uczestnikom dostępu do tych samych informacji na temat przedmiotu zamówienia, traktowania ich w identyczny sposób i dokonania wyboru wykonawcy zamówienia w oparciu o określone w sposób przejrzysty reguły, mające sprawić, że zostanie ono zrealizowane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i po cenie jak najkorzystniejszej z jego punktu widzenia.

Prawidłowość zorganizowania i przeprowadzenia procedury przetargowej ma szczególne znaczenie przy przetargach publicznych, w których zaangażowane są środki publiczne tak krajowe, jak i pochodzące z funduszy unijnych. Nie dziwi zatem, iż ustawodawca przewiduje w tym zakresie daleko idącą formalizację procedury.

„Przetargowy tryb zawierania umów, zwłaszcza przy dużych i typowych transakcjach, należy od dawna do podstawowych sposobów nawiązywania stosunków umownych w praktyce międzynarodowej, o wysokim stopniu standaryzacji i harmonizacji poszczególnych wewnętrznych regulacji prawnych krajów Unii Europejskiej. Do tej praktyki i wykształconych przez nią zasad nawiązuje ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹. Ustawa ta, stanowiąca *ius cogens*, reguluje tryb i zasady udzielania zamówień publicznych, zawierania umów, środki ochrony prawnej i kontrolę udzielania zamówień publicznych w sprawach usług, dostaw lub robót budowlanych”²,

* Dr Konrad Buczkowski jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych PAN oraz Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.

² S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, J. Gudowski (red.), LEX/el. 2014.

Innymi aktami prawnymi, które regulują zagadnienia przetargowe są m.in.: ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami³, regulująca przetargowy tryb zbywania nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub nieruchomości komunalnych (art. 37–42); ustawa z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych⁴ czy rozporządzenie Rady Ministrów z 14.09.2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości⁵. Oczywiście nie należy również zapominać o podstawowej regulacji przetargu zawartej w przepisach kodeksu cywilnego (art. 70¹–70⁵)⁶.

Należy zauważyć, że „udzielanie zamówień publicznych jest znaczącym elementem gospodarek krajowych w UE. Każdego roku organy publiczne i podmioty prawa publicznego przeznaczają około jedną piątą PKB UE na zamawianie towarów, robót budowlanych i usług. W przybliżeniu 20% tej łącznej puli dotyczy zamówień publicznych przekraczających progi, powyżej których mają zastosowanie unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych. (...) Z przeprowadzonego w 2013 r. badania dotyczącego identyfikowania i ograniczania korupcji w obszarze zamówień publicznych w UE wynika, że w 2010 r. całkowite bezpośrednie koszty korupcji w zamówieniach publicznych tylko w odniesieniu do pięciu sektorów (tj. transport kolejowy i drogowy, gospodarka wodna i gospodarka odpadami, budownictwo miejsce/użyteczności publicznej, szkolenia, badania i rozwój) w ośmiu państwach członkowskich (Włochy, Francja, Węgry, Litwa, Holandia, Polska, Rumunia i Hiszpania) wynosiły 1,4 mld – 2,2 mld EUR”⁷.

W ramach procedur przetargowych naturalna jest współpraca pomiędzy oferentami świadczącymi usługi określonego rodzaju. W tym też celu zawierają oni szereg bardziej (umowa konsorcjum) lub mniej sformalizowanych porozumień (np. udzielenie zasobów), które mają doprowadzić do uzyskania zamówienia. Jeżeli współpraca taka odbywa się w ramach prawa, traktowana jest jako „normalny” wyraz prowadzonej działalności gospodarczej. Jeżeli natomiast podejmowane działania mają na celu zdobycie zamówienia z naruszeniem właściwych procedur, mogą zostać one uznane za jedną z zakazanych praktyk rynkowych⁸.

Katalog takich praktyk zawiera art. 6 ust. 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹, zakazujący porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274 ze zm.

⁵ Tekst jedn.: Dz. U. Nr 207, poz. 2108 ze zm.

⁶ Przepisy w brzmieniu ustalonym ustawą z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408).

⁷ *Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie o zwalczaniu korupcji w UE*, Komisja Europejska, Bruksela 03.02.2014, COM(2014) 38 final, s. 24–25.

⁸ W wyroku z 20.06.2013 r. (1353/13), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak z punktu widzenia tych przepisów za zabronione uznaje się uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działań w toku procedury o zamówienie.

⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184.

zakresu prac lub ceny (tzw. zminy przetargowe lub zminy cenowe)¹⁰. Przedmiotem takiego – niedozwolonego – porozumienia mogą być tak warunki składanej oferty, jak i wpływ na krąg oferentów, poprzez zobowiązanie do złożenia fikcyjnej oferty lub do odstąpienia od udziału w przetargu¹¹.

„Zminy przetargowe uderzają w istotę postępowania przetargowego, tj. w konieczność zapewnienia uczciwego współzawodnictwa (przepis art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych – zasada uczciwej konkurencji)¹². Trzeba bowiem pamiętać, iż naruszenie efektywności postępowania przetargowego utrudnia wyłonienie najkorzystniejszej oferty, czy to pod względem ceny, czy sposobu wykonania”¹³.

Dlatego też obowiązujące przepisy przewidują liczne sankcje za nielegalne wpływanie na wynik postępowania przetargowego. Cytowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje możliwość nałożenia przez prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na oferenta działającego w zminie przetargowej kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu uzyskanego w roku poprzedzającym jej nałożenie (art. 106). Z kolei ustawa – Prawo zamówień publicznych pozwala na wykluczenie wykonawcy (osoby fizycznej, spółki prawa handlowego) skazanego za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu przetargowym (art. 24), a w przypadku podmiotów zbiorowych – tych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁴.

Nie należy zapominać, że zmina przetargowa podlega penalizacji na podstawie art. 305 kodeksu karnego.

W roku 2013 w oparciu o art. 305 k.k. wszczęto 144 postępowania karne, jednak wyroki wydano w niewielu przypadkach. Badanie, którego wyniki zostaną przedstawione w dalszej części artykułu, objęło analizę akt sądowych za lata

¹⁰ Pozostałe zakazane przywołanym przepisem praktyki to: 1) ustalanie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; 2) ograniczanie lub kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; 3) podział rynków zbytu lub zakupu; 4) stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 5) uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 6) ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 14.01.2009 r. (III SK 26/08).

¹² Komisja Europejska w swoim opracowaniu nt. korupcji w Unii Europejskiej wskazała, iż „w badaniu z 2013 r. dotyczącym identyfikacji i ograniczania korupcji w obszarze zamówień publicznych w UE wskazano cztery główne rodzaje nieprawidłowych praktyk stosowanych w 96 przypadkach, w odniesieniu do których zarzuty korupcji zostały potwierdzone w prawomocnych wyrokach sądowych lub wykazano wyraźnie stosowanie praktyk korupcyjnych. Praktyki te obejmują: 1) zminę przetargową (w formie rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, składanie ofert uzupełniających, rotacja ofert, podwykonawstwo) polegającą na «obiecaniu» udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy za zgodą lub bez zgody urzędników publicznych; 2) łapówki polegające na zażądaniu lub przyjęciu korzyści majątkowej przez urzędników publicznych uwzględnionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w ramach procedur administracyjnych; 3) konflikt interesów; 4) inne nieprawidłowości obejmujące celowe niewłaściwe zarządzanie/ignorowanie, w sytuacji gdy urzędnicy publiczni nie przeprowadzają należytych kontroli lub nie przestrzegają wymaganych procedur bądź tolerują lub ignorują jawne przypadki celowego niewłaściwego zarządzania przez wykonawców”, *Sprawozdanie Komisji...*, s. 31, zob. też *Identyfikowanie i ograniczanie korupcji w zamówieniach publicznych w UE – Opracowanie metodyki w celu oszacowania bezpośrednich kosztów korupcji i innych elementów mechanizmu oceny UE w obszarze zwalczania korupcji*, dnia 30.06.2013 r., PricewaterhouseCoopers i ECORYS.

¹³ Ł.M. Mackiewicz, *Zmina przetargowa a współpraca*, „Gazeta Prawna” z 2.03.2015 r.

¹⁴ Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212).

2013–2014 oraz akt postępowań przygotowawczych z roku 2014. Jego celem było określenie powodów umorzeń postępowań i kierowania niewielkiej liczby spraw tego rodzaju z aktami oskarżenia do sądów, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki zmów przetargowych.

1. Kodeksowe ujęcie przestępstwa z art. 305 k.k. – konstrukcja prawna i problemy interpretacyjne

Podstawowym pojęciem, które należy rozważyć, omawiając kodeksowe ujęcie przestępstwa z art. 305 k.k., jest – stanowiące znamię strony przedmiotowej – określenie „przetarg publiczny”.

Kodeks karny nie zawiera definicji legalnej pojęcia „przetargu publicznego”, czy choćby pojęcia „przetargu”, dlatego też – dokonując jego interpretacji – należy odwoływać się do przepisów szeroko rozumianego prawa cywilnego.

Podstawową regulację przetargu zawiera kodeks cywilny – w art. 70¹–70⁵. Przepisy te, w wersji ustalonej nowelizacją kodeksu z roku 2003¹⁵, określają przetarg jako jedną z form zawarcia umowy¹⁶. W sposób syntetyczny dokonują one opisu całej procedury przetargowej. Uwzględnić ma ona następujące elementy:

- ogłoszenie przetargu, w którym określone zostaną czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu lub wskazany zostanie sposób udostępnienia tych warunków (art. 70¹ § 2), z tym że warunki zawarte w ogłoszeniu przetargu mogą być zmieniane lub odwoływane wyłącznie, jeżeli takie zastrzeżenie znalazło się w jego treści (art. 70¹ § 3);
- organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu (art. 70¹ § 4); uczestnictwo w przetargu może być uzależnione – pod rygorem niedopuszczenia do procedury – od wpłacenia przez oferenta wadium, tj. wniesienia określonej kwoty lub ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia jej wpłacenia (art. 70⁴ § 1); wadium w tym przypadku ma charakter zabezpieczenia zawarcia umowy przez zwycięzcę przetargu (w sytuacji, gdyby uchył się on od zawarcia umowy – organizator może wadium

¹⁵ Ustawa z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408). Jak podnoszą S. Rudnicki i R. Trzaskowski: „Zmiana wprowadzona w art. 70¹ § 1 polegała na wyłączeniu aukcji (art. 70² i 70⁴) – określanej poprzednio jako jeden z rodzajów (ustny) przetargu – z kodeksowego pojęcia przetargu i na uszczegółowieniu sposobu organizacji przetargu i postępowania przetargowego. Zmiana ta – o charakterze porządkowo-terminologicznym – dostosowała nazewnictwo do przyjętego w stosunkach gospodarczych. Obowiązujące przepisy prawne nie zawierają definicji aukcji. Jednakże z art. 70², określającego postępowanie aukcyjne, wynika, że jest to tryb zawarcia umowy w drodze ustnej licytacyjnej konkurencji ofert, w której – jeżeli warunki aukcji tak stanowią – mogą uczestniczyć licytanci biorący udział w licytacji za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Aukcję, zwaną także licytacją, różni od przetargu to, że jest ona organizowana publicznie w warunkach i w sposób podobny do innych rodzajów licytacji, w których o zawarciu umowy ma decydować najkorzystniejsza oferta cenowa, przez co wybór jednej z konkurencyjnych ofert sprowadza się w zasadzie do jednego elementu. Organizowanie i przeprowadzenie aukcji może być powierzone przedsiębiorcom specjalizującym się w działalności aukcyjnej, np. prowadzącym domy aukcyjne zajmujące się aukcją dzieł sztuki. Postępowanie aukcyjne prowadzi do wyboru oferenta, który zaoferował najwyższą cenę”. S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny...*

¹⁶ Drugą z form zawarcia umowy, opisaną w przywołanych przepisach, jest aukcja, która sprowadza się do wyłonienia zwycięzcy poprzez złożenie przez licytanta oferty korzystniejszej niż wcześniejsza (art. 70² § 1 k.c.).

zachować albo dochodzić jego zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia) albo przez organizatora (jeżeli to on uchyła się od zawarcia umowy – uczestnik, który wygrał może domagać się zwrotu podwójnej kwoty wadium albo naprawienia szkody); w innym przypadku wadium podlega zwrotowi a zabezpieczenie wygasa (art. 70⁴ § 2);

- wybór zwycięskiej oferty lub zamknięcie przetargu bez wyboru którejkolwiek z ofert; z tą chwilą pozostali oferenci (poza zwycięzcą) przestają być związani swoimi ofertami lub – w razie zamknięcia przetargu bez wyboru oferty – oferty przestają wiązać wszystkich (art. 70³ § 1); organizator ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia na piśmie uczestników przetargu o jego wyniku (art. 70³ § 2);
- zawarcie umowy – dla ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej (art. 70³ § 3); jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i jego uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy.

Przepisy kodeksu cywilnego przewidują ponadto możliwość żądania unieważnienia zawartej umowy w przypadku, gdy strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi, wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie (art. 70⁵ § 1). Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy (art. 70⁵ § 2).

Bardziej szczegółowe regulacje dotyczące procedury przetargowej zawiera ustawa – Prawo zamówień publicznych. „Postępowanie przetargowe w trybie Prawa zamówień publicznych opiera się na systemie ofertowym, można by więc uważać je za szczególny rodzaj ofertowego sposobu zawierania umów, jednakże w literaturze wskazuje się na istotne elementy w samej procedurze przetargowej w takim stopniu odbiegające od procedury ofertowej, że uzasadnia to traktowanie przetargu jako osobnego, trzeciego obok oferty i negocjacji, sposobu zawierania umów”¹⁷.

Warto w tym miejscu podnieść, że procedura określona zarówno w ustawie – Prawo zamówień publicznych, jak również w innych ustawach przewidujących postępowania przetargowe, ma w stosunku do przepisów art. 70¹–70⁵ k.c. charakter *lex specialis*¹⁸.

Nie należy także zapominać, że procedura przetargowa wykorzystywana jest również w postępowaniu egzekucyjnym tak administracyjnym, jak i sądowym, i – jako instytucja szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości – wyczerpuje też pojęcie „przetargu publicznego”, którym posługuje się art. 305 k.k.

¹⁷ S. Rudnicki, R. Trzaskowski (w:) *Kodeks cywilny...*

¹⁸ Zob. wyrok SN z 9.05.2013 r. (II CSK 523/12), LEX nr 1353153 oraz wyrok SN z 30.01.2009 r. (II CSK 437/08), LEX nr 599752. Oprócz przywołanych wcześniej ustaw można dodatkowo wskazać tutaj: ustawę z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274 ze zm.) czy ustawę z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 ze zm.).

Na tę kwestię zwraca uwagę J. Skorupka, który wskazuje, że w kodeksie cywilnym obok przetargu znalazło się uregulowanie aukcji. Powstaje zatem pytanie, czy również ta forma zawarcia umowy znajduje się pod ochroną art. 305 k.k., gdyż wykładnia językowa pojęcia „aukcja” przemawiałaby za wyłączeniem jej spod takiej ochrony. „Z drugiej zaś strony, do zmiany Kodeksu cywilnego nowelą z 23.8.2003 r. aukcja określana była jako przetarg ustny. Zasady przeprowadzania i funkcje aukcji nie odbiegają też zasadniczo od przetargu właściwego, czyli przetargu pisemnego. Aukcja (licytacja) jest też trybem zbywania rzeczy zabezpieczonych w toku postępowania cywilnego i administracyjnego postępowania egzekucyjnego. Te względy przemawiają zatem za odstąpieniem od językowej wykładni pojęcia «przetarg» na rzecz wykładni celowościowej i rozumienia pod wymienionym pojęciem także aukcji (licytacji)”¹⁹.

Przywołana powyżej ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg trybów udzielania zamówień. „Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia także w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 cytowanej ustawy). Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert”²⁰.

Takie – szczegółowe – rozróżnienie trybów udzielania zamówień publicznych, na gruncie analizy pojęcia „przetargu publicznego”, należącego do znamion strony przedmiotowej przestępstwa z art. 305 k.k., prowadzi do powstania dodatkowych wątpliwości co do jego interpretacji.

W. Wróbel uważa, że „przetarg ma charakter publiczny wówczas, gdy zaproszenie do uczestnictwa w nim nie jest adresowane do konkretnych, zindywidualizowanych podmiotów, a więc gdy ma charakter przetargu nieograniczonego. Przetarg nie traci charakteru publicznego, gdy na określonym etapie uczestniczą w nim już

¹⁹ J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, R. Zawlocki (red.), Warszawa 2011, s. 691.

²⁰ S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny...*, Pozostałe tryby udzielania zamówień przewidziane ustawą – Prawo zamówień publicznych można opisać w skrócie następująco: „Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji. Zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w innym trybie wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie”, tamże.

tylko zindywidualizowane podmioty (przetarg kombinowany, dwuetapowy²¹), o ile pierwsza część przetargu jest nieograniczona. Przetarg jest publiczny także wówczas, gdy co prawda może w nim wziąć udział tylko ograniczona liczba podmiotów, ale wyznaczona kryterium generalnym²².

Zdaniem tego autora objęty ochroną art. 305 k.k. jest tylko taki przetarg nieograniczony, którego przebieg uregulowany jest przepisami prawa publicznego, w tym przepisami o charakterze publicznym wydawanymi przez organy samorządu terytorialnego (uchwały rady gminy lub miasta). Ponadto dla uznania przetargu za mający charakter publiczny nie jest istotny charakter mienia objętego przetargiem: państwowy czy niepaństwowy. W. Wróbel podkreśla, że „ze względu jednak na subsydiarny charakter prawa karnego sankcja karna powinna dotyczyć tylko tych sytuacji, w których ze względu na szczególny interes wprowadzono publiczną regulację przebiegu przetargu”²³.

Za przetarg publiczny uznać również należy „przetarg poprzedzony negocjacjami (dialogiem konkurencyjnym) uruchamianymi na podstawie publicznego zaproszenia w ujęciu art. 54 lub 60a ustawy – Prawo zamówień publicznych”²⁴. Pozostałe – poza przetargiem nieograniczonym, przetargiem ograniczonym i dialogiem konkurencyjnym – tryby udzielenia zamówienia publicznego, ujęte w ustawie, nie podlegają ochronie na podstawie art. 305 k.k.²⁵

R. Zawłocki uważa z kolei, iż art. 305 k.k. dotyczy takiego przetargu, który spełnia co najmniej jedną z przesłanek: źródłem przetargu jest akt prawa publicznego, instytucją organizującą lub dysponującą środkami jest instytucja o charakterze publicznym oraz środki dysponowane w przetargu mają charakter publiczny²⁶.

Podobnie wypowiada się P. Szustakiewicz, wskazując na dwa elementy niezbędne dla uznania przetargu za mający charakter publiczny: jest on organizowany na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących oraz przez podmiot do tego zobowiązany lub uprawniony na podstawie normy powszechnie obowiązującej. Inne

²¹ Za taki przetarg W. Wróbel uważa przetarg nieograniczony w pierwszym jego etapie, a w drugim etapie – zamknięty. W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, A. Żoll (red.), Warszawa 2008, s. 772.

²² W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 772; podobnie: O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 92 oraz O. Górniok, w: *Prawo gospodarcze i handlowe*, t. 10, S. Włodyka (red.), Warszawa 2003, s. 119; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 540.

²³ W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, s. 773; podobnie: A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Prawnokarna ochrona przetargu publicznego*, „Monitor Prawniczy” 2002/20. Autorzy ci za przetarg publiczny uważają taki, który charakteryzuje się łącznym występowaniem dwóch cech: w przetargu, że do zasady, mogą wziąć udział wszyscy chętni oraz organizowany on jest na podstawie przepisów prawa publicznego.

²⁴ R. Szostak, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014/1, s. 37.

²⁵ Węższa interpretacja: zob. K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 46–47. W opracowaniu tym ograniczyłem zakres pojęcia przetargu publicznego na gruncie art. 305 k.k. wyłącznie do przetargów nieograniczonych organizowanych przez instytucję publiczną lub inny podmiot działający na podstawie różnych przepisów prawa. Za takim rozumieniem przemawiało również orzecznictwo sądowe wydane w okresie obowiązywania ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11.03.1998 r. (II Aka 247/97), w którym stwierdzono, iż okoliczność, że przetarg ma charakter nieograniczony (otwarty), jest podstawowym kryterium oceny, czy jest to przetarg publiczny. Bez zaistnienia tego warunku nie może być mowy o publiczności przetargu, który podlega ochronie art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Krakowskie Zeszyty Sądowe. Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych, 1998, Nr 12 (96), poz. 80.

²⁶ Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego*, t. 2, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 1562.

typy przetargów, w tym organizowane przez podmioty prywatne, nie podlegają ochronie z art. 305 k.k.²⁷

Z kolei J. Skorupka wskazuje, iż interpretację pojęcia „przetargu publicznego”, występującego w art. 305 k.k., powiązać należy z jego nieograniczonym charakterem, tj. takim, który jest „przeznaczony i dostępny dla nieograniczonej liczby uczestników, o jawnym, otwartym charakterze. Charakter podmiotu organizującego przetarg (publiczny, czy prywatny) nie ma żadnego znaczenia. Przesłankę «publiczności» przetargu w art. 305 k.k. należy zatem traktować przedmiotowo, a nie podmiotowo²⁸.

Ł. Pohl uważa zaś, że przetargiem publicznym jest „każdy przetarg regulowany przepisami prawa publicznego niezależnie od tego, czy jest on przetargiem nieograniczonym, ograniczonym czy zamkniętym”²⁹.

Analizując wskazane wyżej stanowiska należy stwierdzić, iż o przetargu publicznym w rozumieniu art. 305 k.k. można mówić wówczas, gdy stosują się do niego przepisy prawa publicznego, jest on organizowany przez uprawniony do tego podmiot i pozwala na uczestnictwo w nim nieograniczonego kręgu podmiotów lub ich zakres jest ograniczony, jednak wyznaczony kryterium generalnym. Takie rozumienie tego pojęcia pozwala na objęcie ochroną przepisu art. 305 k.k. nie tylko przetargów pisemnych, ale również licytacji odbywających się na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego czy kodeksu postępowania administracyjnego.

Do przetargu, o którym mowa w art. 305 k.k., będą miały więc zastosowanie przepisy art. 70¹–70⁵ k.c., o ile przetarg taki będzie miał charakter publiczny³⁰.

Problematykę właściwej interpretacji pojęcia „przetargu publicznego”, należącego do strony przedmiotowej typów czynów zabronionych określonych w art. 305 k.k., należy odnieść do przedmiotu ochrony tegoż przepisu.

Wskazać należy, że przepis penalizujący zachowania naruszające procedury przetargowe funkcjonował już na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. – art. 283³¹,

²⁷ Zob. P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004/2, s. 87, za: J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 686. Odmienne uważa J. Skorupka, który stwierdza, iż „Przepis art. 305 k.k. dotyczy przetargu, w którym następuje nabywanie i zbywanie rzeczy i usług. Wymieniony przepis, poza instytucją publiczną obejmuje swym zakresem także właściciela rzeczy oraz osobę, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Nie widać więc powodów, aby spod zakresu normowania przepisu art. 305 k.k. wyłączyć przetarg nieograniczony (skierowany do nieoznaczonego adresata) organizowany przez osobę fizyczną będącą właścicielem rzeczy, na zbycie tej rzeczy. Natomiast względem rodzaju przedmiotu ochrony przepisu art. 305 k.k. sprawia, że przetarg nieograniczony organizowany przez osobę fizyczną tylko wtedy będzie mógł być objęty zakresem normowania wymienionego przepisu, gdy będzie odbywał się w ramach obrotu gospodarczego, a zatem, gdy czynności sprawcze określone w stronie przedmiotowej typu czynu z art. 305 k.k. stanowić będą zamach na obrót gospodarczy. Z tego względu, przetarg organizowany prywatnie (poza obrotem gospodarczym) na sprzedaż rzeczy z wolnej ręki nie będzie objęty zakresem przepisu art. 305 k.k., albowiem udaremnienie, utrudnienie lub inna czynność sprawcza nie będzie stanowiła zamachu na obrót gospodarczy”, tamże, s. 690.

²⁸ Zob. J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 685–686.

²⁹ Ł. Pohl, [w:] *System prawa handlowego. Tom 10. Prawo karne gospodarcze*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012, s. 513.

³⁰ J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 690, podobnie: M. Gałązka, w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2013, s. 1260. Odmienne: M. Kulik, który stwierdza, iż „przetarg określony w art. 70¹ k.c. ma charakter prywatny i podjęcie wskazanych w komentowanym przepisie czynności w stosunku do niego nie stanowi czynu zabronionego” – M. Kulik, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), Kraków 2006, s. 603.

³¹ Art. 283 k.k. z 1932 r. brzmiał następująco: „§ 1 – Kto podstępnie lub z chęci zysku udaremnia przetarg publiczny, albo przyczynia się do odsunięcia innej osoby od udziału w takim przetargu lub do obniżenia ceny sprzedażnej licytowanego mienia, podlega karze więzienia do lat 2 i grzywny albo aresztu do lat 2 i grzywny. § 2 – Tym samym karom podlega, kto wchodzi w porozumienie z inną osobą co do działania przy przetargu publicznym, mogącego wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi”.

kodeksu karnego z 1969 r. – art. 245³² oraz ustawy z 12.10.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego³³ – art. 2³⁴, a następnie – bez większych zmian – został przeniesiony do obecnie obowiązującego kodeksu karnego³⁵.

Przez okres funkcjonowania w polskim ustawodawstwie karnym regulacji dotyczącej przestępnego wpływania na przetarg publiczny różnie ujmowano przedmiot ochrony omawianego typu przestępstwa.

W kodeksie karnym z 1932 r. wskazywano, iż godzi on w interesy wierzycieli, którzy oczekiwali sprawnego przeprowadzenia licytacji z majątku dłużnika, co wynikało z systemowego umieszczenia przepisu art. 283 k.k. z 1932 r. w grupie przestępstw na szkodę wierzycieli. Kodeks karny z 1969 r. umieścił art. 245 w rozdziale dotyczącym przestępstw na szkodę instytucji państwowych i społecznych, w konsekwencji czego wskazywano, iż rodzajowym przedmiotem ochrony była działalność tych instytucji, które miały jako jedyne możliwość pozyskiwania określonych rzeczy w trybie przetargowym oraz interes publiczny w prawidłowym przeprowadzeniu przetargu³⁶. Z kolei umieszczenie tego przepisu w ramach ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (art. 2) wskazywało, iż przedmiotem ochrony były interesy majątkowe związane z przebiegiem przetargu³⁷.

Przepis art. 305 k.k. znajduje się w rozdziale XXXVI kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, co również ma istotny wpływ na określenie przedmiotu ochrony.

O. Górniok wskazuje, że przedmiotem ochrony tego przepisu są „reguły prawidłowego funkcjonowania przetargu publicznego w takim zakresie, w jakim wymagają tego interesy właściciela mienia, które jest przedmiotem przetargu oraz osób i instytucji, na rzecz których dokonywany jest przetarg”³⁸.

W. Wróbel uznaje za przedmiot ochrony „interesy majątkowe właściciela mienia objętego przetargiem lub podmiotu, na rzecz którego przetarg jest dokonywany. Ochronie prawnej podlega także przetarg publiczny niepowiązany z działalnością instytucji państwowych lub społecznych”³⁹.

Z kolei A. Marek akcentuje przede wszystkim prawidłową realizację i rzetelność przetargu publicznego jako jednego ze sposobów zawierania umów

³² Art. 245 k.k. z 1969 r. brzmiał następująco: „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

³³ Dz. U. Nr 126, poz. 615.

³⁴ Art. 2 u.o.o.g. brzmiał następująco: „§ 1 – Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2 – Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia nieprawdziwe informacje lub zataja okoliczności mające znaczenie dla wyniku przetargu. § 3 – Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

³⁵ W odniesieniu do art. 2 u.o.o.g. § 2 art. 305 k.k. rozszerza zakres kryminalizacji o osoby wchodzące w porozumienie z inną osobą, działające przez to na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Wylimitowany został też wymóg nieprawdziwości rozpowszechnianych informacji. Ponadto poszerzony został zakres ochrony w stosunku do art. 283 k.k. z 1932 r. oraz art. 245 k.k. z 1969 r., gdyż „obecna redakcja omawianego przepisu nie łączy go w bezpośredni sposób z postępowaniem egzekucyjnym i licytacją, jak w art. 283 k.k. z 1932 r. oraz z przetargami przeprowadzanymi przez władzę publiczną, jak w art. 245 k.k. z 1969 r.”, J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 689.

³⁶ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze...*, s. 91.

³⁷ Zob. W. Wróbel, w: *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel (red.), Warszawa 1995, s. 39.

³⁸ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze...*, s. 91.

³⁹ W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, s. 76.

cywilnoprawnych. R. Zawłocki zaś, uznając uczciwość i rzetelność w obrocie gospodarczym związaną z przetargami publicznymi jako rodzajowy przedmiot ochrony, wskazuje, że przepis art. 305 k.k. chroni również zasady prawidłowego toku przetargu publicznego oraz – jako indywidualny przedmiot ochrony – majątkowy interes beneficjenta przetargu publicznego⁴⁰.

Ł. Pohl, podsumowując rozważania dotyczące przedmiotu ochrony art. 305 k.k., konkluduje, iż „przedmiot ten w procesie wykładni tego przepisu – niejako z założenia – ma niewielkie znaczenie i tym samym nie rzutuje w sposób doniosły na kwestię określonego w tym przepisie obszaru kryminalizacji. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że pierwszoplanową rolę w tym procesie odgrywa zakres znaczeniowy przypisywany – na podstawie odpowiednio przeprowadzonych procedur wykładniczych (interpretacyjnych) – znamionom podmiotu, strony przedmiotowej i strony podmiotowej typów czynów zabronionych określonych w art. 305 § 1 i 2 k.k.”⁴¹.

Przestępstwo z art. 305 k.k. ma charakter powszechny. Jego sprawcą – zgodnie z zasadami przyjętymi przez polski kodeks karny – może być każda osoba fizyczna podlegająca odpowiedzialności karnej. Systemowe zasady odpowiedzialności ograniczają krąg potencjalnych podmiotów, wyłączając z niego podmioty zbiorowe niebędące osobami fizycznymi, które w większości biorą udział w przetargach publicznych⁴².

W odniesieniu do czynności karalnej „przemilczenia istotnych okoliczności” przestępstwo z art. 305 k.k. ma charakter indywidualny, gdyż może ją zrealizować wyłącznie osoba zobowiązana do udzielenia takich informacji.

Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. może przybrać formę udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego albo wejścia w porozumienie z inną osobą. W przypadku natomiast § 2 tegoż artykułu, ustawodawca uznał za karalne następujące alternatywne czynności sprawcy:

- 1) rozpowszechnianie informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, w związku z przetargiem publicznym;
- 2) przemilczenie istotnej okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, również w związku z takim publicznym przetargiem,
- 3) wejście w porozumienie z inną osobą, w związku z przetargiem publicznym.

Warunkiem karalności wymienionych czynności wykonawczych jest ich bezprawność. Zachowanie sprawcy w ramach jego uprawnień lub obowiązków nie jest karalne nawet w sytuacji, gdy doprowadziło ono do szkody po stronie beneficjenta przetargu publicznego⁴³.

Dla dokonania przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. nie jest niezbędne osiągnięcie przez sprawcę zamierzonego celu w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej ani

⁴⁰ Zob. A. Marek, *Prawo karne. Wyd. 10*, Warszawa 2011, s. 573; R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 222–316*, A. Wasek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 1436.

⁴¹ Ł. Pohl, w: *System Prawa Handlowego*, t. 10, s. 509–510.

⁴² Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego*, s. 1570.

⁴³ Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego*, s. 1564.

też spowodowanie efektywnej szkody, a wyłącznie podejmowanie działań, które taką szkodę mogą spowodować (tzw. przestępstwo materialne ścięte)⁴⁴.

Przestępstwo z § 2 analizowanego artykułu nosi pewne znamiona działania celowego, zmierzającego do wywarcia wpływu na wyniki określonego przetargu, ale w swej istocie ma charakter formalny, gdyż sprawca nie musi działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ani też w jakimkolwiek innym celu. Wystarczy, że zachowanie sprawcy pozostawać będzie w związku z przetargiem i może być popełnione zarówno przez działanie (rozpowszechnianie, wchodzenie w porozumienie), jak i zaniechanie (przemilczenie).

„Udaremnienie” odbycia się przetargu oznacza całkowite uniemożliwienie jego odbycia się. Bez znaczenia jest sposób, w jaki doprowadzono do takiego skutku (przestępny lub innego rodzaju), oraz czas, w którym to nastąpiło (przed rozpoczęciem przetargu czy w jego trakcie). Musi jednak ono być wywołane chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej przez sprawcę oraz nosić znamiona działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany⁴⁵.

„Utrudnianie” to stworzenie takich przeszkód faktycznych lub prawnych, które doprowadzą do zakłócenia procedury przetargowej i są niekorzystne z punktu widzenia celu ekonomicznego samego przetargu. Podobnie jak przy udaremnieniu odbycia się przetargu, „utrudnianie” musi mieć na celu osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowej oraz musi być działaniem na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany⁴⁶.

Znamieniem czynnościowym, występującym w obu paragrafach art. 305 k.k., budzącym wątpliwości w piśmiennictwie, jest określenie „wchodzi w porozumienie z inną osobą”. Formy tej nie przewidywał art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, była zaś ona jedną z przesłanek art. 283 § 2 k.k. z 1932 r., choć w ówczesnej nomenklaturze określano ją jako „zmowę licytantów”. J. Makarewicz pisał: „Przepis art. 283 § 2 ma na oku znowę licytantów celem niedopuszczenia do sprzedaży po cenach odpowiadających wartości; znowa taka może polegać na uzyskaniu przez kupującego biernego zachowania się innych licytantów, którzy zadowolają się okupem ze strony kupującego, albo też na kupnie na wspólny rachunek przedmiotów przetargu. W obu wypadkach cena sprzedaży licytacyjnej niewiele będzie wyższa od minimum, po którym stosownie do przepisów ustawowych dany przedmiot może być sprzedany”⁴⁷.

„Wejście w porozumienie” uznać należy za „swoiste przestępstwo, którego momentem dokonania jest nastąpienie porozumienia”⁴⁸, a więc objęte karalnością zostaje tu przygotowanie do zachowania polegającego na udaremnianiu lub utrudnianiu przetargu, chyba że osoba, która weszła w porozumienie z inną osobą, podjęła istotne starania zmierzające do zapobieżenia dokonaniu (art. 17 § 1 k.k.). Przy czym dla stwierdzenia odpowiedzialności sprawcy wystarczy już samo wejście

⁴⁴ Zob. A. Michalska-Warias, w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk (red.), Warszawa 2013.

⁴⁵ Zob. Ł. Pohl, w: *System Prawa Handlowego*, t. 10, s. 514.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 643.

⁴⁸ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 84.

w takie porozumienie, choćby w jego wyniku nie doszło do żadnych konkretnych działań⁴⁹. Nie musi być on uczestnikiem przetargu, jednak jego zachowanie musi pozostawać „w związku” z takim przetargiem. Wniosek taki można wyprowadzić – kierując się zasadami wykładni celowościowej – z treści § 2 omawianego przepisu⁵⁰.

W. Wróbel uważa jednak, że takie powtórzenie znamienia „wejścia w porozumienie” stanowi usterkę legislacyjną, gdyż przepis nie określa bliżej, na czym miałyby polegać działania objęte porozumieniem, nie wskazuje także na cel tego porozumienia i w tym zakresie art. 305 k.k. stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu karalnego zawartej w art. 42 Konstytucji⁵¹.

Zachowanie przestępne określone w art. 305 § 2 k.k. może polegać na „rozpowszechnianiu nieprawdziwej informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego”, a więc upublicznieniu czy upowszechnieniu nieprawdziwych wiadomości w każdej z możliwych form (ustnej, pisemnej czy za pomocą środków przekazu), które jednakże mają istotne znaczenie dla wyniku przetargu (zawarcia umowy lub jej niezawarcia). „Przedmiotem odpowiedzialności z art. 305 § 2 są więc te «zafałszowania», które mogą powodować zachęcenie do zawarcia umowy lub do zaproponowania korzystniejszych warunków i odwrotnie – które mogą prowadzić do rezygnacji z zawarcia umowy lub do ograniczenia oferty”⁵².

Przedmiotem czynu są tu informacje i okoliczności mające istotne znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. „Okoliczność w kontekście tego przepisu odnosi się zarówno do zdarzeń, sytuacji przeszłych, teraźniejszych i przyszłych, jak i cech przedmiotów czy właściwości osób. Kryterium jej istotności jest rola, jaką odgrywa ona przy zawieraniu umowy będącej przedmiotem przetargu. (...) Fakt, iż przetarg z powodu danej informacji lub jej braku nie doszedł do skutku albo został unieważniony przesądza o jej istotnym charakterze”⁵³.

„Przemilczenie okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu” zaistnieje jedynie wówczas, gdy osoba bezpośrednio zaangażowana w przetarg, mająca w związku z tym obowiązek rzetelnego i uczciwego postępowania, zataja istotne z punktu widzenia zawarcia umowy okoliczności, do ujawnienia których była obowiązana, a tym samym działa na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest przeprowadzany.

Typy czynów zabronionych określonych w § 1 omawianego przepisu mają charakter umyślny i mogą być popełnione z zamiarem bezpośrednim kierunkowym (*dolus directus coloratus*), gdyż sprawca ma działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (w rozumieniu art. 115 § 4 k.k.) dla siebie lub dla innej osoby. Ma ono charakter skutkowy, momentem jego dokonania jest niedojście przetargu do skutku lub wystąpienie trudności w jego normalnym przebiegu.

Typy czynów zabronionych określone w § 2 mają charakter umyślny. Jednak sprawca może działać tutaj zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym.

⁴⁹ Zob. K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, s. 48.

⁵⁰ Zob. J. Skorupka, *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 693–694.

⁵¹ Zob. W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, s. 776.

⁵² J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 542.

⁵³ O. Górniok, *Prawo karne...*, s. 87.

Kodeks traktuje przestępstwo z art. 305 § 1 i 2 k.k. jako ścigane na wniosek, jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa. Projektodawcy stwierdzają w tym względzie, iż „zmierza [się] w ten sposób do ograniczenia spraw rozstrzyganych przed sądem, umożliwiając zawarcie ugody sprawcy i pokrzywdzonemu i rozwiązanie powstałego konfliktu społecznego przez naprawienie szkody”⁵⁴.

O. Górniok zwraca uwagę, że pozostawiono tu niekorzystne rozwiązanie zawarte w art. 2 § 3 u.o.o.g., w myśl którego – poza sytuacją, gdy pokrzywdzonym jest Skarb Państwa – jest to przestępstwo wnioskowe. „Oba typy przestępstw (§ 1 i § 2) ścigane są na wniosek pokrzywdzonego, jeżeli nie jest nim Skarb Państwa. Wniosek taki jest niestety wymagany, gdy pokrzywdzonym tymi przestępstwami są gminy czy inne instytucje samorządowe, korzystające co najmniej równie często jak Skarb Państwa z instytucji przetargu, które w razie, gdy sprawcami tego przestępstwa będą ich funkcjonariusze mogą nie być skłonne do składania wniosków o ściganie”⁵⁵.

Przepis art. 307 k.k., dotyczący instytucji czynnego żalu sprawcy, stosuje się odpowiednio również w odniesieniu do tego przestępstwa⁵⁶.

Odpowiedzialność karna z art. 305 k.k. rozciąga się także na osoby, które na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania, zajmują się sprawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób lub podmiotu niemającego osobowości prawnej (art. 308 k.k.).

Przestępstwo z art. 305 k.k. zagrożone jest karą do 3 lat pozbawienia wolności.

2. Udaremnienie przetargu we wcześniejszych badaniach aktowych

Stanowiące przedmiot niniejszego opracowania badanie, dotyczące przepisu art. 305 k.k., nie jest pierwszym, odnoszącym się do problematyki udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego.

Pierwsza analiza funkcjonowania w praktyce przepisu chroniącego prawidłowość, rzetelność prowadzonych postępowań przetargowych, tj. art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (u.o.o.g.) objęła okres od wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy, tj. od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r.⁵⁷ Kolejna zaś objęła okres od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r.⁵⁸ Badania nad art. 2 u.o.o.g. prowadzone były w ramach większych prac badawczych, obejmujących analizę funkcjonowania w praktyce wszystkich przepisów tej ustawy w okresie objętym poszczególnymi etapami badania.

Wyniki tych badań, wydawać by się mogło, mają jedynie znaczenie historyczne. Jednak zauważyć należy, że treść art. 305 k.k. w stosunku do badanego 2 u.o.o.g. uległa jedynie niewielkim zmianom, co pozwala na uznanie, iż przeprowadzone przed kilkunastu laty obserwacje, mogą mieć znaczenie dla wniosków wynikających z badań współczesnych.

⁵⁴ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, w: *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny, kodeks postępowania karnego, kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 212.

⁵⁵ O. Górniok, *Prawo karne...*, s. 87.

⁵⁶ Odmienne: R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego*, s. 1572.

⁵⁷ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998.

⁵⁸ K. Buczkowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego w świetle praktyki. Część II*, Warszawa 2000 (materiał niepublikowany).

Artykuł 2 u.o.o.g. zastąpił art. 245 k.k. z 1969 r., który to przepis, z chwilą wejścia w życie ustawy, został uchylony. Przepis ten w swej istocie miał na celu zapewnienie prawidłowego przebiegu przetargów publicznych. Odpowiedzialności karnej na jego podstawie podlegała osoba udaremniająca przetarg publiczny lub rozpowszechniająca fałszywe lub zatajająca prawdziwe informacje, mające istotne znaczenie dla jego wyniku.

W stosunku do treści art. 245 k.k. z 1969 r. zakres przetargów objętych ochroną art. 2 u.o.o.g. został rozszerzony o takie, które nie były powiązane z działalnością instytucji państwowych lub społecznych. Wynikało to również ze zmienionego przedmiotu ochrony tego przepisu. Otóż, podczas gdy art. 245 k.k. z 1969 r. umieszczony został w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych, a w konsekwencji przewidywał jedynie ochronę przetargów publicznych organizowanych przez instytucje państwowe lub społeczne, art. 2 u.o.o.g. chronił interes właściciela mienia będącego przedmiotem przetargu, jak również interes osób, na rzecz których przetarg jest organizowany, polegający na jego prawidłowym prowadzeniu⁵⁹.

Podstawą selekcji spraw do przeprowadzenia analizy były rejestry prowadzone w poszczególnych prokuraturach. Informacje o sygnaturach spraw, jak również o sposobie ich zakończenia, zostały przekazane za pośrednictwem prokuratur apelacyjnych, co oznacza, że selekcja spraw następowała już w samych prokuraturach. Dane dotyczące spraw zakończonych wyrokiem sądowym (zarówno prawomocnym, jak i nieprawomocnym) nadsyłane były przez poszczególne sądy.

Według pozyskanych do badania danych statystycznych, w okresie od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r., na podstawie art. 2 § 1 u.o.o.g. prowadzono 40 postępowań, w tym 27 zostało umorzonych, w 7 przypadkach skierowano do sądu akt oskarżenia, a pozostałe 6 spraw znajdowało się w toku. Na podstawie § 2 tegoż artykułu prowadzono 14 postępowań: 10 umorzono, 3 zakończyły się aktem oskarżenia, 1 sprawa pozostawała w toku.

W kolejnym badanym okresie (od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r.) w oparciu o art. 2 § 1 u.o.o.g. prowadzono 57 postępowań (28 umorzeń, 17 odmów wszczęcia, 8 aktów oskarżenia, 4 sprawy w toku), a na podstawie § 2 – 39 spraw (w tym: 22 umorzono, w 8 przypadkach odmówiono wszczęcia postępowania, w 2 skierowano do sądu akt oskarżenia i 7 spraw nadal prowadzono).

Oba badania oparte zostały na tych samych założeniach. Celem analizy było:

- określenie rodzaju i podłoża najczęstszych błędów popełnionych przez prokuratorów w sprawach prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego;
- wskazanie działań prokuratury umożliwiających pełne wyjaśnienie prowadzonych postępowań i wydanie właściwej decyzji merytorycznej;
- wskazanie błędów zawartych w ustawie, uniemożliwiających organom prokuratury skuteczne prowadzenie postępowań karnych w sprawach gospodarczych;
- przeprowadzenie analizy postępowań sądowych (o ile takie były dostępne).

⁵⁹ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce...*, s. 31.

Do obu zastosowano tę samą metodologię, polegającą na oparciu się na próbie losowej dobranej drogą losowania warstwowego. Wynikało to z charakteru badania obejmującego swoim zakresem wszystkie przepisy ustawy o ochronie obrotu gospodarczego.

Analiza spraw z art. 2 u.o.o.g. umorzonych na etapie postępowania przygotowawczego w okresie od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r.⁶⁰ pokazała, że zawiadomienia o przestępstwie pochodziły z reguły od osób, które w przetargach uczestniczyły i skierowane były przeciwko konkurentom lub osobom prowadzącym przetarg.

Problemem dla prawidłowego wyjaśnienia istnienia, lub nie, czynu mającego charakter utrudniania lub uniemożliwienia postępowania przetargowego był brak odpowiedniego materiału dowodowego w postaci zbieżnych zeznań świadków.

Badanie ujawniło jednak inne nieprawidłowości w sposobie przeprowadzenia przetargu oraz jego organizacji, w tym naruszenia ustawy o zamówieniach publicznych. Przykładowo były to: nieprzestrzeganie terminów określonych w ogłoszeniu o przetargu; zbyt krótki termin wpłacenia wadium; niejasne określenie warunków ważności przetargu (które ostatecznie prowadziły do jego unieważnienia) i kryteriów, jakimi kierować się miała komisja przetargowa. Ustalono jednak, że pomimo, iż nieprawidłowości te mogły wypełniać znamiona występku z art. 2 u.o.o.g. i zostać zakwalifikowane jako próby utrudniania przetargu, to w żadnej z badanych spraw nie pociągnięto do odpowiedzialności organizatorów przetargu.

Ponadto w toku analizy spraw dotyczących podejrzenia dokonania przestępstw przetargowych natrafiono także na inne nieprawidłowości dotyczące procedur przetargowych, które były charakterystyczne dla pierwszego okresu funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, a które dzisiaj zostały wyeliminowane. Jako przykład można wskazać nieprawidłowość występującą przy okazji licytacji majątku likwidowanych przedsiębiorstw lub sprzedaży w formie przetargu sprzętu i maszyn o dużej wartości, a związaną z przyjmowaniem wadium stanowiącego procentowe odzwierciedlenie wartości przedmiotu przetargu. Wadium w tych przypadkach wpłacane było często w gotówce bezpośrednio do kasy przedsiębiorstwa organizującego przetarg, z pominięciem rachunku bankowego, co – w przypadku kwot przekraczających 3 000 ECU⁶¹ – stanowiło także przestępstwo z art. 25 f ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej. Tylko w jednej z badanych spraw okoliczność ta została zauważona przez osoby prowadzące postępowanie i – po wyodrębnieniu materiałów – akta przekazano do sądu wraz z aktem oskarżenia.

W kolejnym badaniu, obejmującym okres od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r., większa liczba spraw pozwoliła na ich bardziej szczegółową analizę.

Badaniem – niezależnie od spraw prowadzonych w ramach postępowania przygotowawczego – objęto postępowania sprawdzające zakończone wydaniem

⁶⁰ W analizowanym okresie zapadł tylko jeden wyrok skazujący na podstawie art. 2 u.o.o.g. Sprawa ta została wszczęta jako rezultat wizyty funkcjonariuszy policji w trakcie odbywającego się przetargu, podczas którego byli oni świadkami zmagania się niektórych jego uczestników co do sposobu prowadzenia licytacji i ostatecznie deklarowanej ceny zakupu. Postępowanie zakończyło się skierowaniem do sądu aktu oskarżenia przeciwko dwóm osobom oraz wyrokami skazującymi. Zob. K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce...*, s. 128.

⁶¹ European Currency Unit – jednostka rozliczeniowa w Europejskim Systemie Monetarnym używana w latach 1979–1998; pełniła ponadto funkcję składnika rezerw walutowych w krajach Unii Europejskiej; 1.01.1999 r. zastąpiona przez euro w relacji 1 ECU = 1 EUR. Za: https://pl.wikipedia.org/wiki/European_Currency_Unit.

postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania karnego. Do tej części zakwalifikowano 14 spraw, z których 10 dotyczyło art. 2 § 1 u.o.o.g., a 4 – § 2 tegoż artykułu.

Treścią zarzutu zawartego w kierowanych do prokuratury zawiadomieniach o popełnieniu przestępstwa były zatem w większości zgłoszenia dotyczące rzekomych nieprawidłowości w przebiegu przetargu lub licytacji komorniczej albo ogłoszonej przez syndyka masy upadłościowej przedsiębiorstw. W jednym przypadku zawiadomienie dotyczyło tzw. zmowy przetargowej, polegającej na zawarciu przez licytantów porozumienia przewidującego ustalenie wyniku przetargu w drodze zobowiązania licytanta, mającego być wytypowanym na zwycięzcę przetargu, do wynagrodzenia pozostałym uczestnikom niezgłaszania dalszych postąpień.

W przypadku spraw z § 2 zawiadomienia dotyczyły rozpowszechniania nieprawdziwych informacji związanych z przetargiem. Interesującym był fakt, że we wszystkich przypadkach zawiadamiającymi o popełnieniu przestępstwa były osoby, które będąc uczestnikami przetargu – przegrały. Tym samym zawiadomienie składane w prokuraturze traktowały one jako próbę czy możliwość wpłynięcia na wynik rozstrzygniętego już przetargu i zmianę zapadłej tam decyzji na swoją korzyść albo jako próbę podważenia rzetelności przeprowadzonego przetargu i w ten sposób unieważnienie go. Można było odnieść wrażenie, że prokuratura traktowana była jako przysłowiowa „ostatnia deska ratunku” dla osób, które – jak to było w jednej ze spraw – przegrały sprawy w sądzie rejonowym i sądzie apelacyjnym. Tymczasem – o czym świadczą decyzje prokuratury odmawiające wszczęcia postępowań karnych – w przebiegu przetargów ani też w zastosowanych w nich procedurach, nie zachodziły żadne nieprawidłowości. Jeżeli w ramach postępowania sprawdzającego dopatrzoneo się nawet jakichś uchybień w trakcie przetargu, to nie miały one żadnego wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie.

W wyniku analizy akt spraw, w których odmówiono wszczęcia postępowania, stwierdzono, że część zawiadomień o popełnieniu przestępstwa wynikała z nieznamomości przez zawiadamiających regulaminów przetargu, w którym brali udział. Najczęściej zapoznawali się ze stosownymi przepisami po rozstrzygnięciu na ich niekorzyść przetargu, co nie powstrzymywało ich przed zgłoszeniem sprawy do prokuratury, ponieważ liczyli, że w ten sposób uda im się „coś zmienić”. Ponadto nie odróżniano zaproszenia do składania ofert od przetargu, co prowadziło do błędnego przekonania po stronie osoby zawiadamiającej, iż miało miejsce zaistnienie przestępstwa z art. 2 u.o.o.g.

Wyniki analizy akt spraw zakończonych wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania pokrywały się w znacznej części z wynikami badania spraw zakończonych odmową jego wszczęcia. Składający zawiadomienia z art. 2 § 1 u.o.o.g. wskazywali głównie na takie – według nich – działania przestępcze, jak: nieprzeprowadzenie przetargu, utrudnianie przetargu, zmowa przetargowa i przekupstwo uczestników oraz liczne nieprawidłowości w trakcie przetargu. W odniesieniu do § 2 tegoż artykułu wskazywano na: nieprawidłowości w przeprowadzeniu przetargu, zatajenie informacji mającej istotne znaczenie dla przebiegu przetargu czy rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla przebiegu przetargu. Większość, bo aż 8 zawiadomień złożyły osoby fizyczne (w tym 3 anonimowo), które, będąc uczestnikami postępowania przetargowego, nie wygrały

go i swoje doniesienie złożyły licząc, że w ten sposób – podając się za pokrzywdzonych – doprowadzą do zmiany niekorzystnego dla nich rozstrzygnięcia. W pozostałych przypadkach zawiadomienia składały: bank, związek zawodowy, spółka prawa handlowego, spółdzielnia rolnicza. Jedna sprawa została wszczęta w wyniku czynności własnych policji i jedna prowadzona była jako wyłączona do odrębnego postępowania.

W toku analizy postępowań zakończonych umorzeniem zwrócono uwagę na fakt, iż prokuratura (czy policja – w ramach zlecenia) nie odnosiła się w sposób wystarczający do oceny przeprowadzanych przetargów, pomijając często w uzasadnieniach uchybienia proceduralne w ramach organizowanych przez różne podmioty przetargów, które to uchybienia – przy dokładniejszym rozważeniu – mogłyby wpłynąć na wydanie innej decyzji procesowej. Zdarzało się, iż prokuratura co prawda ustosunkowywała się do wskazywanych uchybień, ale ostatecznie konkludowała, że do popełnienia przestępstwa nie doszło, gdyż uzyskano w obu przypadkach na tyle korzystną cenę za przedmiot przetargu, że nie miały one wpływu na wynik postępowania. Jednakże w większości postępowań nie odnoszono się w ogóle do procedury przetargowej, pomijając również tak istotne elementy, jak sposób przeprowadzenia przetargu (ustny, pisemny, ograniczony, nieograniczony, ofertowy, publiczny) czy przepisy, w oparciu o które przetarg przeprowadzano (kodeks cywilny, prawo upadłościowe, kodeks postępowania cywilnego, ustawa o zamówieniach publicznych i in.), co przecież może (choć nie musi) rodzić inne decyzje procesowe.

W ramach badania spraw sądowych dotyczących przestępstwa przetargowego zbadano 5 spraw, z których 4 dotyczyły § 1 tego artykułu (udaremnienie lub utrudnienie przetargu), jedna natomiast § 2 (rozpowszechnianie nieprawdziwych lub zatajenie prawdziwych informacji mających związek z przetargiem). W ramach spraw z art. 2 § 1 u.o.o.g. 2 sprawy dotyczyły tzw. zmowy przetargowej, 1 uchylenia się spod egzekucji komorniczej i 1 poświadczenia nieprawdy i przez to udaremnienia egzekucji. Sprawa z § 2 dotyczyła niegospodarności przy przeprowadzaniu przetargu.

W omawianych 5 sprawach oskarżono łącznie 16 osób, z czego w 3 sprawach po 1 osobie, w jednej – 4 osoby i w jednej – 9 osób.

Wyroki wydane przez sądy w omawianych wyżej sprawach odzwierciedlały stopień skomplikowania i społecznej szkodliwości czynów sprawców. Wobec 15 oskarżonych wymierzono karę grzywny, której wysokość wahała się od 300 do 1.000 zł. Ponadto w 6 przypadkach orzeczono 6-miesięczną karę pozbawienia wolności z zawieszeniem na 2 lata, w jednym – 10 miesięcy pozbawienia wolności z zawieszeniem na 3 lata. Wobec jednego oskarżonego postępowanie karne warunkowo umorzono na okres próby, wynoszący 2 lata ze względu na znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa, zobowiązując go do zapłacenia kwoty 600 zł na cele społeczne. Również wobec jednego ze skazanych orzeczono karę dodatkową w postaci zakazu zajmowania stanowisk związanych z odpowiedzialnością materialną na okres 1 roku i 6 miesięcy.

Porównując oba badania, należy stwierdzić, że w stosunku do okresu 1995 – I poł. 1996 r. wzrosła liczba spraw kierowanych do sądów z art. 2 u.o.o.g. Wzrosła ponadto świadomość prowadzących postępowania odnośnie do procedur

przetargowych i ich przebiegu, co pozwoliło w większym zakresie uwzględniać te dane w ramach prowadzonych postępowań. Dostrzeżone błędy nie wpływały w sposób znaczący na prawidłowość wydawanych decyzji procesowych, a jedynie mogły dawać podstawę do wniesienia zażalenia przez pokrzywdzonego, ze względu na fakt niewyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy. Jednak podjęte postępowania były następnie umarzone z tej samej podstawy, lecz przy uwzględnieniu w uzasadnieniu zaskarżonych i nieopisanych wcześniej elementów.

Nie zmieniła się – w porównaniu z okresem wcześniejszym – przyczyna wnieszenia zawiadomień o popełnieniu przestępstwa. W większości składały je osoby (i to osoby fizyczne) będące uczestnikami przetargu, które przegrały go i w ten sposób próbowały zmienić niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Tego typu próby kończyły się najczęściej decyzją odmawiającą wszczęcia postępowania karnego albo szybkim umorzeniem postępowania już wszczętego.

Wobec dosyć wąsko ujętych przesłanek czynu z art. 2 u.o.o.g. nie można było kierować postępowania karnego przeciwko osobom wchodzącym w porozumienie doprowadzające do niekorzystnego rozstrzygnięcia przetargu. Dlatego za korzystną oceniono zmianę wprowadzoną do art. 305 k.k., którą to rozszerzono odpowiedzialność karną o osoby wchodzące w porozumienie z inną osobą, działając przez to na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Przedstawione wyniki badań mogą być interesujące w zestawieniu z wnioskami z badania art. 305 k.k. przedstawionymi w dalszej części opracowania, gdyż – pomimo upływu szeregu lat – wykazują one nadal, przynajmniej w części, swoją aktualność.

3. Artykuł 305 k.k. w ujęciu statystycznym

Analizę funkcjonowania w praktyce art. 305 k.k. warto rozpocząć od prezentacji danych dotyczących zwalczania tego typu czynów na podstawie statystyki:

- postępowań przygotowawczych wszczętych w oparciu o wskazany wyżej artykuł w latach 1999–2014,
- przestępstw stwierdzonych (za lata 1999–2014),
- sądowej statystyki prawomocnych skazań publikowanej przez Wydział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości za okres 2001–2014 r.

Pierwsze dwie jednostki obliczeniowe zawarte są w statystyce policyjnej.

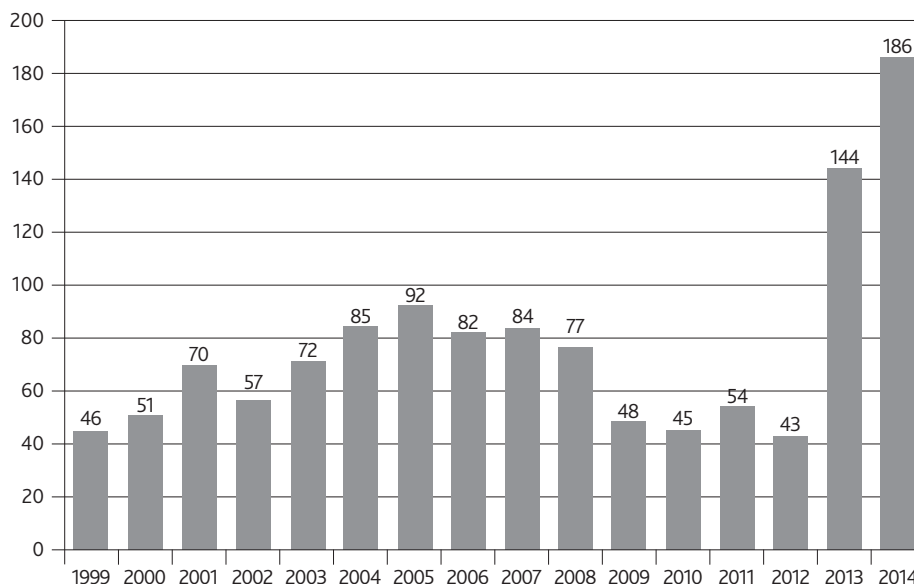
Początkowym zdarzeniem rejestrowanym przez tę statystykę jest decyzja o wszczęciu postępowania przygotowawczego (tak dochodzenia, jak śledztwa) w związku z zaistnieniem zdarzenia, co do którego istnieje uzasadnione podejrzenie, iż może stanowić przestępstwo.

W wyniku prowadzonego postępowania może (choć nie musi) dojść do potwierdzenia zaistnienia przestępstwa. Mamy wówczas do czynienia z przestępstwem stwierdzonym.

W latach 1999–2014 policja odnotowała wszczęcie 1.236 postępowań, w których zawiadomienie wskazywało na popełnienie przestępstwa z art. 305 k.k. Dane z podziałem na poszczególne lata prezentuje wykres 1.

Wykres 1

Postępowania wszczęte na podstawie art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Komenda Główna Policji

W tym samym okresie wszczęto ogółem 17.379.428 postępowań w sprawach o popełnienie wszystkich przestępstw przewidzianych w polskich aktach prawnych⁶². Tym samym postępowania z art. 305 k.k. stanowiły 0,007% wszystkich wszczętych⁶³.

W statystyce policyjnej postępowania dotyczące przestępstw gospodarczych stanowią kategorię zbiorczą, obejmującą czyny zabronione, godzące lub zagrażające ponadindywidualnym dobrom w sferze życia gospodarczego, polegające na naruszeniu zaufania związanego z pozycją sprawcy lub instytucją życia gospodarczego, grożące utratą zaufania do systemu gospodarczego lub jego podstawowych instytucji.

Ogółem w latach 1999–2014 wszczęto 1.090.014 postępowań w sprawach o przestępstwa gospodarcze. Postępowania o czyn z art. 305 k.k. stanowiły 0,11% wszystkich.

Analiza danych zawartych w statystyce policyjnej wskazuje na wyraźny wzrost liczby postępowań wszczynanych na podstawie art. 305 k.k. (bez rozróżniania na poszczególne paragrafy tego artykułu) w ostatnich latach, tj. 2013 i 2014 r. Wzrost liczby postępowań w roku 2013 w stosunku do roku 2012 wyniósł ponad 334%. Jeszcze więcej wyniósł on w roku 2014 w stosunku do roku 2012, bo aż 432%.

⁶² Należy pamiętać o przeprowadzonej od 2013 r. zmianie w zakresie generowania danych statystycznych przez Policję. Do końca 2012 r. prezentowane w statystyce policyjnej dane zawierały zarówno informacje o postępowaniach przygotowawczych prowadzonych przez Policję, jak również o postępowaniach prowadzonych we własnym zakresie prokuratury – bez udziału Policji. Od początku 2013 r. statystyka policyjna obejmuje dane o postępowaniach przygotowawczych prowadzonych wyłącznie przez Policję. Dlatego też dane dotyczące lat 2013–2014 nie są w pełni porównywalne w stosunku do danych z lat wcześniejszych.

⁶³ Za: <http://statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczone-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2014.html>.

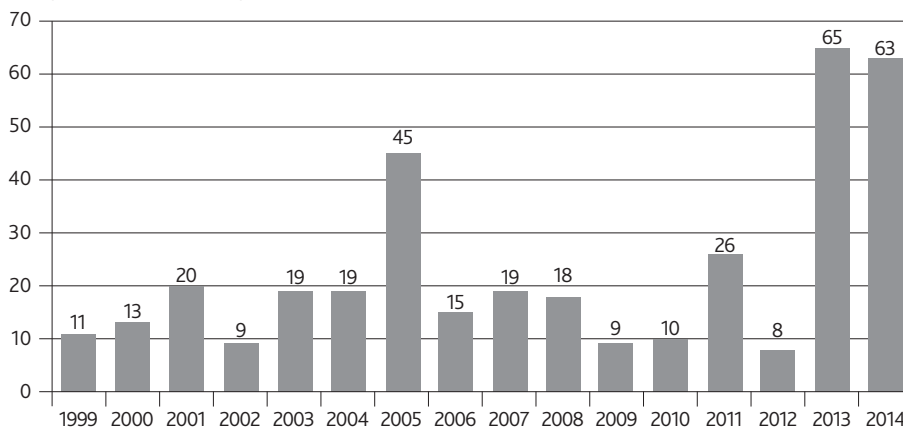
Trudno jest wytłumaczyć tak gwałtowny wzrost liczby postępowań wszczynanych na podstawie art. 305 k.k., wykazywanych w statystyce policyjnej, w ostatnich 2 latach inaczej niż zmianą przeprowadzoną w sposobie gromadzenia tych danych, gdyż przez lata wcześniejsze (1999–2012) liczba postępowań wszczynanych z art. 305 k.k. oscylowała pomiędzy 43 a 92.

Analiza danych za lata 1999–2014, dotycząca liczby przestępstw stwierdzonych⁶⁴ z art. 305 k.k. (wykres 2), odnotowuje również istotny wzrost ich liczby w ostatnich 2 latach. Podczas gdy w latach wcześniejszych stwierdzano popełnianie pomiędzy 8 a 45 przestępstw udaremnienia przetargu rocznie, w roku 2013 stwierdzono popełnienie aż 65 przestępstw, a rok później 63. Liczby te korelują z wykazywanym w statystyce policyjnej wzrostem liczby postępowań wszczynanych na podstawie przepisu art. 305 k.k.

Nie zmienia to faktu, iż trudno jest wyjaśnić tak gwałtowny wzrost ich liczby inaczej niż jako wynikający ze zmian w sposobie zbierania, generowania i prezentacji danych przez Policję. By móc wyciągać wnioski z takiej zmiany należy jednak poczekać na kolejne dane – za kilka następujących po sobie lat.

Wykres 2

Przestępstwa stwierdzone na podstawie art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Komenda Główna Policji

Powyższe dane skonfrontować można ze statystyką sądową skazań prawomocnych w oparciu o art. 305 k.k.⁶⁵ Dane obejmują lata 1999–2014 r. (wykres 3).

W latach 1999–2014 na podstawie art. 305 k.k. prawomocnie skazano 134 osoby, z czego 130 na podstawie art. 305 § 1 k.k., a pozostałe 4 na podstawie § 2 tegoż artykułu.

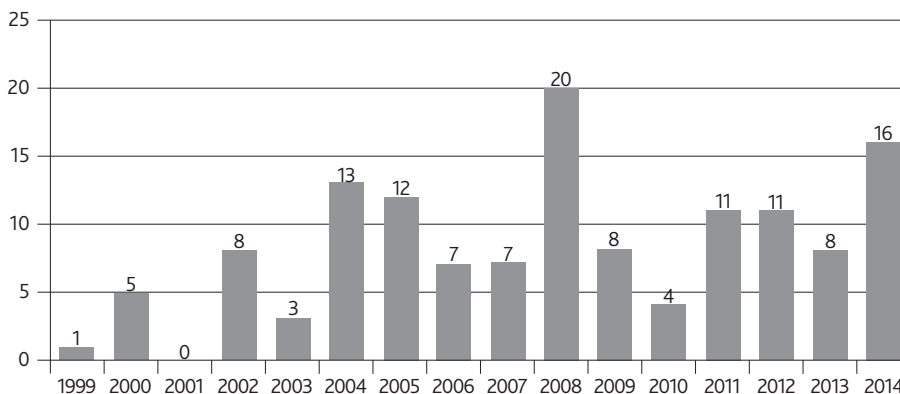
Dane dotyczące skazań prawomocnych pokazują, jak niewielka liczba spraw o przestępstwo udaremnienia przetargu publicznego kierowana jest do sądu z aktem oskarżenia, i że jest ona następstwem niewielkiej liczby postępowań wszczynanych, a następnie przestępstw stwierdzanych na podstawie art. 305 k.k.

⁶⁴ Za: <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestępstwa-przeciwko-17/63941,Udaremnienie-przetargu-art-305.html>.

⁶⁵ Źródło: http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/statystyki/2001-prawomocne_wybrane.pdf oraz <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010/download,731,33.html>.

Wykres 3

Prawomocnie skazani z art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości

Warto tylko odnotować, że skazania na podstawie art. 305 k.k. w ogólnej liczbie skazań prawomocnych w skali roku nie przedstawiają istotnego znaczenia. Przykładowo w roku 2014 skazano prawomocnie 295.353 osoby, w tym 16 na podstawie art. 305 k.k. Skazania na podstawie analizowanego artykułu stanowiły tym samym w roku 2014 jedynie 0,005% ogółu skazań.

Można przypuszczać, że tak niewielka liczba spraw z art. 305 k.k. może być wynikiem zwiększonej kontroli nad przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowań przetargowych, w szczególności tych, do których zastosowanie mają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, a ponadto tryb kontroli o charakterze cywilnoprawnym jest w odniesieniu do przetargów wystarczający. Do podejrzenia zaistnienia przestępstwa udaremnienia lub utrudniania przetargu publicznego dochodzi w niewielu przypadkach, a do skazania – w zasadzie tylko wyjątkowo. Prawo karne stanowi zatem *ultima ratio* w rozwiązywaniu problemów związanych z prowadzeniem przetargów publicznych.

4. Wyniki badań aktowych**4.1. Założenia badania**

Badanie oparto na 30% próbie losowej akt spraw zakończonych umorzeniem postępowania lub odmową wszczęcia wydaną w roku 2014 w sprawach z art. 305 k.k. oraz analizie wszystkich zakończonych prawomocnie w latach 2013–2014 postępowań sądowych z tegoż artykułu.

O dane niezbędne do pozyskania akt spraw zwrócono się do wszystkich jednostek prokuratury oraz wydziałów sądów w kraju. W wyniku tego zapytania uzyskano informację z 153 jednostek prokuratury (prokuratur rejonowych i okręgowych) o 252 sprawach zakończonych odmową lub umorzeniem postępowania w roku 2014⁶⁶.

⁶⁶ Pamiętać należy, że informacja ta nie pokrywa się z danymi statystycznymi zawartymi w statystyce policyjnej liczby postępowań wszczętych, gdyż dotyczy innego momentu toczzonego postępowania, tj. informacji o jego zakończeniu, a tym samym może obejmować również postępowania rozpoczęte w latach wcześniejszych, a zakończone jedynie w roku 2014.

W tej liczbie w 126 przypadkach odmówiono wszczęcia postępowania, a w kolejnych 126 sprawach – wszczęte postępowanie zakończyło się wydaniem postanowienia o jego umorzeniu (po 50%).

W odniesieniu do postępowań zakończonych prawomocnym skazaniem zwrócono się do wszystkich sądów z prośbą o przekazanie sygnatur spraw z art. 305 k.k. za lata 2013–2014. W odpowiedzi uzyskano 21 sygnatur z 14 sądów. W pozostałych sądach spraw takich w żądanym okresie nie prowadzono.

Do badania aktowego wylosowano 80 spraw zakończonych odmową wszczęcia postępowania lub jego umorzeniem (po 40 dotyczących każdej z form zakończenia) oraz postanowiono zbadać wszystkie sprawy zakończone w fazie postępowania sądowego w latach 2013–2014.

Wstępna analiza przesłanych akt prokuratorskich i sądowych wykazała liczne błędy w przekazanych wcześniej informacjach o sygnaturach spraw. Mianowicie w przypadku 6 akt spraw przekazanych przez prokuratury i aż 10 (na 21) spraw zakończonych wydaniem prawomocnego orzeczenia przez sądy stwierdzono podanie w informacji błędnej kwalifikacji prawnej czynu. Otóż w tych 15 przypadkach postępowania dotyczyły co prawda art. 305, tyle że ustawy z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej⁶⁷. W związku z powyższym sprawy te zostały wyłączone z badania. Ponadto w 10 przypadkach postępowań prokuratorskich i 2 postępowań sądowych akta spraw nie zostały ostatecznie nadesłane do zbadania z powodu konieczności podjęcia dalszych czynności w wylosowanych sprawach.

W związku z powyższym analizę przeprowadzono w oparciu o akta 64 spraw, w których w roku 2014 wydano postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania oraz 9 spraw zakończonych w latach 2013–2014 wydaniem prawomocnego orzeczenia sądowego.

4.2. Sprawy zakończone odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania

4.2.1. Zawiadomienie o przestępstwie

Konstrukcja czynów zabronionych określonych w art. 305 k.k. powoduje, że podmiotami zawiadamiającymi o możliwości popełnienia przestępstwa utrudniania lub udaremniania przetargu publicznego będą przede wszystkim uczestnicy albo podmioty organizujące postępowanie przetargowe.

Jak wynika z analizy akt spraw zakończonych odmową lub umorzeniem postępowania, w ponad 64% przypadków (41 spraw) zawiadomienia takie składali uczestnicy przetargów. W większości (prawie 43% przypadków w tej grupie) stanowiły osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, które w ramach postępowania przetargowego złożyły swoje oferty. W niecałych 10% (4 sprawy) przypadków były to spółki prawa handlowego (spółki jawne, z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne).

Niespełna 32% (13 spraw) stanowią uczestnicy będący osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej. Są to przede wszystkim uczestnicy licytacji organizowanych na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego

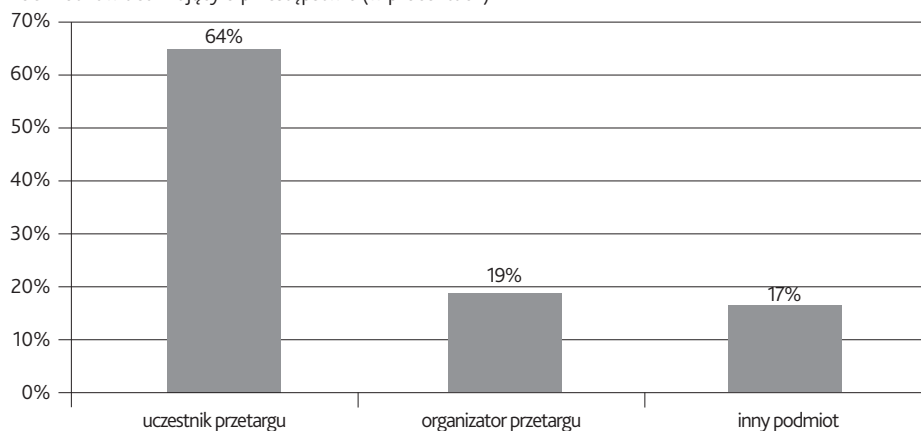
⁶⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 ze zm.

(głównie przez komorników w toku postępowania egzekucyjnego) albo na podstawie przepisów prawa administracyjnego, którzy zostali – w ich ocenie/odczuciu – pokrzywdzeni z powodu przebicia złożonych przez nich ofert. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zawiadomienia te są składane w celu zmiany niekorzystnego dla uczestników licytacji rozstrzygnięcia, a nie mają na celu wyłącznie doprowadzenia do zakończenia przetargu zgodnie z przepisami prawa.

Istnieje też pewna grupa osób fizycznych (ok. 15% – 6 przypadków), które składają zawiadomienia niezależnie od tego, czy były uczestnikami przetargów, czy też nie. Ich intencje związane ze złożeniem zawiadomienia są trudne do określenia. Są to zawiadomienia składane nieraz po upływie znacznego czasu od odbycia przetargu, gdy został on już ostatecznie zakończony, a umowa z wykonawcą zawarta. Mają one również charakter „donosów obywatelskich”, związanych z przeprowadzoną przez zawiadamiającego analizą informacji dostępnych w mediach oraz Internecie. W badaniu zdarzył się również przypadek zawiadomienia, w którym mąż doniósł na byłą żonę, zarzucając jej składanie nieprawdziwych oświadczeń w przetargach, w których brała udział.

Wykres 4

Podmiot zawiadamiający o przestępstwie (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Znacznie mniej liczną grupę zawiadamiających stanowią podmioty będące organizatorami przetargów publicznych (12 przypadków – 19% wszystkich).

Organizatorzy postępowań przetargowych, w ramach wykorzystywania środków publicznych, zobowiązani są do szczególnego nadzoru nad ich wydawaniem. Wszelkie stwierdzone nieprawidłowości, nawet jeżeli nie noszą znamion czynu zabronionego z art. 305 k.k., powinny być dokładnie zbadane i – w razie stwierdzenia ich wpływu na prawidłowość przebiegu postępowania – stanowić podstawę do jego unieważnienia i powtórzenia.

Nie dziwi zatem, że również organizatorzy przetargów publicznych lub licytacji składają zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. – w przypadkach powzięcia wiadomości o możliwości wpłynięcia na jego przebieg. Do takich podmiotów należą organy samorządowe (gminy, powiatu, miasta), jak również organy

podmiotów prawa handlowego, które organizują przetargi o charakterze publicznym (np. przy zastosowaniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych lub z wyłączeniem ich zastosowania – na podstawie art. 4 tej ustawy). Trzecią grupę podmiotów zgłaszających stanowią prezesi sądów, którzy zobowiązani są do sprawowania nadzoru nad organizowanymi przez komorników licytacjami zajętego przez nich mienia dłużników.

Poza wskazanymi powyżej dwoma głównymi grupami podmiotów składających zawiadomienia o popełnieniu przestępstw z art. 305 k.k. wskazać można innego rodzaju jednostki, których rolą jest stanie na straży prawa albo które mają charakter instytucji lub agend państwa dysponujących środkami publicznymi, a które również mogą – niezależnie od swoich kompetencji – składać do prokuratury zawiadomienia tego rodzaju. Należy tu wymienić: Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencję Nieruchomości Rolnych, Komendę Główną Policji, Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, czy też grupy posłów i senatorów.

Podstawę dla oceny faktu zaistnienia możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. w trzech przypadkach stanowiły anonimowe listy skierowane do prokuratury, CBA, prezydenta czy rządu opisujące dostrzeżone przez zgłaszającego nieprawidłowości (np. przy przetargach przeprowadzanych przez jeden ze szpitali).

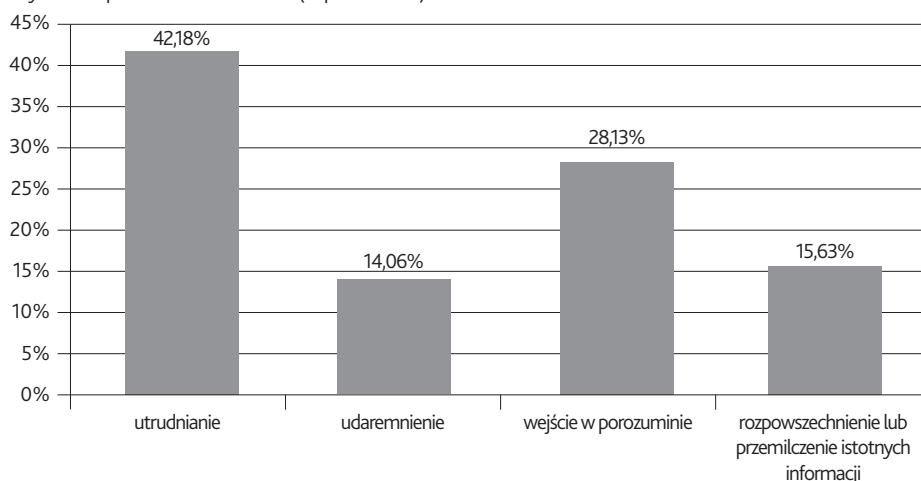
W jednej ze spraw zawiadomienie złożył likwidator spółki w stosunku do członków zarządu tej spółki.

4.2.2. Charakter czynu przestępnego

Zachowanie sprawcy czynu z art. 305 § 1 k.k. sprowadza się do jednej z trzech czynności sprawczych określonych w tym przepisie, tj. udaremnienia, utrudnienia albo wejścia w porozumienie z inną osobą w celu realizacji znamion czynu zabronionego. Ostatnia z tych czynności występuje również w § 2 tegoż artykułu, jednak w badanych sprawach występowała jedynie w ramach kwalifikacji z § 1 art. 305 k.k.

Wykres 5

Czynności sprawcze z art. 305 k.k. (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Poniżej zostaną omówione poszczególne czynności sprawcze z uwzględnieniem przykładów konkretnych stanów faktycznych pochodzących z zawiadomień o przestępstwie, odnotowanych w badanych sprawach.

Utrudnianie przetargu publicznego

Jak wynika z danych przedstawionych na wykresie, ponad 42% badanych akt spraw dotyczących przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. wskazywało na różnego rodzaju zachowania sprawców utrudniające prawidłowy przebieg przetargów publicznych lub licytacji. Jako przykłady takich zachowań można wymienić:

- nieprawidłowy nadzór osób powołanych w skład komisji przetargowej nad przebiegiem przetargu, co mogło doprowadzić do ograniczenia konkurencji lub wyboru oferty droższej;
- utajnienie sposobu dochodzenia do wyniku przetargu pisemnego i wyłonienia zwycięzcy, a przez to możliwość wpłynięcia na jego wynik;
- wymuszenie na urzędnikach gminy zastosowania w przetargu warunków korzystnych dla jednego z oferentów oraz współdziałanie z nim w podmiianie złożonych przez niego dokumentów przetargowych, co pozwoliło temu oferentowi na zdobycie zamówienia publicznego;
- przygotowanie dokumentacji przetargowej oraz wymogów przetargowych w taki sposób, że faworyzowały one jednego z oferentów;
- utrudnianie przeprowadzania przetargów publicznych poprzez notoryczne składanie przez oferenta niezasadnych zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstw – w przypadku przegranej jego firmy;
- posłużenie się przez oferenta niezgodnymi z prawdą referencjami przedstawianymi wraz z innymi dokumentami przetargowymi mającymi potwierdzać spełnianie przez oferenta warunków przetargu.

Udaremnianie przetargu publicznego

W ponad 14% badanych przypadków spraw kwalifikowanych na podstawie art. 305 § 1 k.k. odnotowano zawiadomienia wskazujące na próby udaremnienia przeprowadzenia przetargu publicznego lub licytacji. Jako przykłady takich zachowań można wskazać:

- zawiadomienie przewodniczącego komisji przetargowej o fakcie wręczenia przez zawiadamiającego korzyści majątkowej innym uczestnikom licytacji w celu odstąpienia przez nich od udziału w niej;
- podrobienie dokumentu w postaci pisma, rzekomo pochodzącego od zamawiającego, informującego o terminie składania ofert, a następnie posłużenie się nim jako autentycznym poprzez przedłożenie go w siedzibie innego oferenta w celu udaremnienia przetargu publicznego organizowanego przez zamawiającego.

Wejście w porozumienie z inną osobą

Trzecią z czynności sprawczych określonych w art. 305 k.k. (ponad 28% badanych przypadków) jest wejście w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a przez to działanie na szkodę właściciela mienia albo instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

„Wejście w porozumienie” może przybrać charakter tzw. zmowy przetargowej i prowadzić do podjęcia współpracy pomiędzy oferentami, mającej na celu wpłynięcie na wynik postępowania przetargowego poprzez zaniechanie rzeczywistej konkurencji cenowej (tzw. zмова cenowa) albo poprzez doprowadzenie do unieważnienia przetargu lub do utrudnienia jego prawidłowego przeprowadzenia – w celu uzyskania rozstrzygnięcia zgodnego z oczekiwaniami podmiotów objętych porozumieniem.

Jako przykłady takich zachowań, na podstawie składanych zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, można wskazać:

- wejście w porozumienie trzech uczestników przetargu na sezonową dzierżawę terenu plaży w celu handlu na niej w ten sposób, że dwaj z oferentów odstąpią od udziału w przetargu i tym samym umożliwią trzeciemu z nich wygranę go, w zamian za co zwycięzca przetargu umożliwi im handel na wydzierżawionym przez siebie terenie plaży;
- udział w przetargu na dostawę towarów do zamawiającego przez dwie firmy powiązane ze sobą kapitałowo i osobowo (spółka matka i spółka córka) i doprowadzenie do wygrania przetargu przez jedną z nich, która złożyła ustaloną wcześniej niższą cenę;
- porozumienie pomiędzy wspólnikami spółki jawnej, członkami zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością a osobami działającymi w imieniu spółki akcyjnej w celu utrudnienia przeprowadzenia rzetelnego przetargu publicznego na zakup prawa użytkowania wieczystego gruntu, poprzez rozpowszechnianie nierzetelnych informacji dotyczących przedmiotu przetargu, w efekcie czego doprowadzili do jego unieważnienia;
- wejście w porozumienie pomiędzy przedstawicielami organizatora przetargu a wybranymi oferentami, w celu doprowadzenia do wyboru ofert złożonych przez tych oferentów i odniesienia korzyści majątkowej przez przedstawicieli zamawiającego;
- wejście w porozumienie przez przedstawicieli jednej ze spółek z osobą fizyczną w celu obejścia warunku zameldowania bądź posiadania miejsca prowadzenia działalności w miejscu prowadzenia przetargów ograniczonych na dzierżawę gruntów rolnych, poprzez wyposażenie osoby fizycznej w środki finansowe, które umożliwiły wygranę jej przedmiotowych przetargów;
- porozumienie dwóch oferentów w celu uzyskania zamówienia publicznego poprzez zaoferowanie zbliżonych kwot oczekiwanych jako wynagrodzenie za realizację zamówienia, które to kwoty były jednocześnie jednymi z najniższych w przetargu (dodatkowy zarzut rażąco niskiej ceny – art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych), a ponadto wykorzystanie tych samych podmiotów w celu wypełnienia warunku „dysponowania podmiotami zdolnymi do wykonania zamówienia” i pozostawanie w bliskich relacjach o charakterze gospodarczym;
- porozumienie pomiędzy przedstawicielami zamawiającego a oferentem w zakresie ustalenia oferowanej ceny oraz szczegółowych warunków przetargu, w wyniku czego oferent otrzymywał zamówienia objęte przedmiotem przetargu przez okres kilku kolejnych lat.

Rozpowszechnianie informacji lub przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy

Zachowania sprawcze opisane w art. 305 § 2 k.k., polegające na rozpowszechnianiu informacji lub przemilczaniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, wystąpiły w ponad 15% analizowanych spraw zakończonych odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania. Przykładowo można wskazać tu następujące *modus operandi*:

- zatajenie przez jednego z przedstawicieli zamawiającego informacji dotyczącej istotnego elementu zamówienia, co miało wpływ na wycenę oferty przez oferenta;
- przedłożenie przez oferenta stwierdzającego nieprawdę zaświadczenia wykazującego jego kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem przetargu;
- przemilczenie przez organizatora istotnych informacji o przetargu poprzez niewłaściwe poinformowanie o jego przeprowadzeniu;
- próba wpłynięcia na wynik przetargu poprzez rozpowszechnianie w Internecie nieprawdziwych informacji o organizatorze przetargu.

4.2.3. Zmowy przetargowe – uwagi szczegółowe

Przedstawione w części dotyczącej czynności sprawczych przykłady zachowań realizujących znamię „wejścia w porozumienie z inną osobą” nie wyczerpują oczywiście wszystkich możliwych form zmów przetargowych, które mogą zaistnieć w ramach procesów gospodarczych. Pozwalają jednak na zaobserwowanie pewnych prawidłowości.

Najgroźniejsze dla prawidłowego obrotu gospodarczego są takie zminy przetargowe, których celem jest uzyskanie zamówienia pochodzącego od instytucji państwowej lub od Skarbu Państwa – reprezentowanego przez jego organy. Wynika to z faktu, iż przetargi organizowane przez takie podmioty mają charakter bardzo kompleksowy (np. mogą dotyczyć organizacji całego systemu komputerowego w danej instytucji czy zapewnienia dostaw sprzętu, towarów na obszarze całego państwa), co wiąże się z wysoką kwotą, na jaką opiewa zamówienie. Porozumienie pomiędzy uczestnikami takiego przetargu może prowadzić do powstania szkody majątkowej po stronie zamawiającego, wynikającej z faktu, iż w wyniku niezachowania zasad konkurencji, będzie on zobowiązany do wyboru oferty, której wartość może być zawyżona w stosunku do oferty, która zostałaby wybrana, gdyby do porozumienia uczestników nie doszło. Korzyść majątkową odniosą w tym przypadku oferenci, którzy otrzymają zawyżone wynagrodzenie za swoje usługi.

Jeszcze groźniejsze z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzenia przetargu, a tym samym zachowania prawidłowych reguł obrotu gospodarczego, są takie formy wejścia w porozumienie, w których osobami porozumiewającymi się jest z jednej strony przedstawiciel zamawiającej instytucji Skarbu Państwa a z drugiej – oferent. W takim przypadku dochodzić będzie do faworyzowania konkretnego oferenta poprzez możliwe wcześniejsze uzgodnienie z nim treści specyfikacji przetargowej w taki sposób, aby tylko on spełniał jej wymogi, lub takie opisanie warunków, że tylko ten oferent będzie w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę. Ta postać

zmowy przetargowej wiązać się będzie najczęściej z elementami korupcyjnymi, prowadzącymi do osiągnięcia korzyści majątkowej po stronie „współpracującego” z oferentem przedstawiciela instytucji państwowej.

Należy pamiętać, że w przetargach organizowanych przez jednostki czy instytucje będące *stationes fisci* Skarbu Państwa (ministerstwa, urzędy centralne, wojewodów) wykorzystywane są nie tylko krajowe środki publiczne. Często bowiem uzupełniane są one wsparciem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej, których prawidłowość wydatkowania podlega szczególnie drobiazgowej kontroli organów unijnych.

Wśród badanych postępowań odnotowano 5 o opisanym powyżej charakterze. Zawiadomienia o zaistnieniu możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. były efektem kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, działań podejmowanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, a także kontroli organizowanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych oraz Komendę Wojewódzką Policji, a dotyczących przetargów w tych instytucjach oraz pisma złożonego przez grupę posłów i senatorów.

Oczywiście środki publiczne są wykorzystywane nie tylko przez instytucje państwowe czy organy Skarbu Państwa, znacznie częściej bowiem przekazywane są one na niższy szczebel struktur państwowych, tj. do organów samorządowych. Organizowanych przez nich postępowań przetargowych jest już znacznie więcej, choć mają one innych charakter i zasięg (dotyczą finansowania programów na poziomie lokalnym), jak również w większości są znacznie niższej wartości, to jednak z umowy przetargowe w formach podobnych do opisanych powyżej nie są tutaj wcale rzadkością.

Zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa w takim przypadku pochodzą zarówno od organów, które takie środki wydają (organy gminy, powiatu, miasta), jak również – i to nawet częściej – od uczestników takich postępowań przetargowych wskazujących na możliwości zaistnienia przestępczego porozumienia w celu rozstrzygnięcia przetargu na korzyść konkretnego oferenta. Odnotowano także takie zawiadomienia, składane anonimowo, które wskazywały na zauważone nieprawidłowości w procedurach przetargowych prowadzonych w konkretnych jednostkach (np. szpital czy starostwo powiatowe), a zawiadamiający nie był uczestnikiem takich postępowań.

Postępowania te oparte o dokładną analizę – często bardzo obszerną – dokumentacji przetargowej oraz przesłuchania świadków – uczestników postępowania przetargowego, zarówno po stronie organizatora, jak i oferentów, prowadzone były w sposób wyczerpujący, a liczba zażaleń na postanowienie je kończące – niewielka.

Analiza postanowień o odmowie wszczęcia postępowania czy umorzeń w sprawach, w których podejrzewano zaistnienie umowy przetargowej pokazuje, że niezwykle trudnym zadaniem dla organów prowadzących postępowanie, nie tylko w sprawach najpoważniejszych, ze względu na wartość zamówienia (sięgającą w jednej ze spraw kwoty ponad 33 mln zł), ale również tych o mniejszych wartościach, jest ustalenie istnienia przestępczego porozumienia. Czym innym będzie bowiem czyn nieuczciwej konkurencji polegający na porozumieniu podmiotów biorących udział w przetargach w zakresie uzgodnienia treści ofert⁶⁸, a czym innym wejście

⁶⁸ Zob. art. 3 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

w porozumienie, którego celem jest przestępcze działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, objęte dyspozycją art. 305 k.k. Na tym tle widać rozbieżność dwóch reżimów ochrony prawnej: cywilnoprawnego i prawnokarnego. Zachowania, które wystarczają na uznanie ich za czyny nieuczciwej konkurencji na gruncie cywilnym, nie muszą wcale uzasadniać i być wystarczającymi dla oskarżenia na gruncie prawa karnego.

Przykład: „Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadziła (...) postępowanie mające na celu wyjaśnienie czy istnieją przesłanki do wszczęcia postępowania antymonopolowego dot. zmowy przetargowej (...). W dniu (...) UKOİK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe dotyczące podmiotów gospodarczych prowadzonych przez w/w osoby.

Uzasadniając swoje stanowisko UKOİK wskazał w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, że «należy stwierdzić, opierając się na domniemaniu faktycznym, iż (...) oraz (...) dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert, a tym samym zwarli porozumienie ograniczające konkurencję (...).»

Również sam zawiadamiający w załącznikach do obszernego pisemnego zawiadomienia wskazywał na bogate orzecznictwo dotyczące czynów nieuczciwej konkurencji, m.in. powołując wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2004 r., sygn. akt III CK 15/04, w którym zawarte zostało następujące stanowisko: «Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy.»

Jakkolwiek cytowane poglądy oraz orzeczenia sądów formułowane czy wydawane na gruncie prawa antymonopolowego mają zastosowanie do postępowań toczonych przed UKOİK czy KIO, to nie mogą mieć zastosowania jako dyrektywy ocen dokonywanych na gruncie prawa karnego. Zgodnie bowiem z wyrażoną w art. 5 § 2 k.p.k. zasadą *in dubio pro reo* niedające się usunąć wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. (...)

Oskarżenie kogokolwiek, mimo niepewności dowodów winy, nie licowałoby z powagą rzecznika interesu państwa. Wszak prawo (art. 5 § 2 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.) wyraźnie zobowiązuje prokuratora, aby w obliczu nieusuwalnych wątpliwości dowodowych postępowanie umorzył i tym samym odstąpił od wnoszenia aktu oskarżenia.” (V Ds. 28/14/S)

Kontakty pomiędzy przedstawicielami zamawiającego a oferenta, pomimo iż na podstawie oglądu zawiadamiającego o możliwości popełnienia przestępstwa mogą mieć charakter przestępczego porozumienia, to nie dowodzą jednocześnie zaistnienia niebezpieczeństwa powstania szkody po stronie organizatora przetargu. Mogą one równie dobrze wskazywać jedynie na podejrzenie popełnienia czynu wyczerpującego znamiona łapownictwa, które ostatecznie nie miało wpływu na realizację przesłanek określonych w art. 305 k.k., bądź też mogło świadczyć o znajomości tych osób, nienoszącej charakteru przestępczego. Dlatego też organa ścigania, co pokazuje analiza aktowa, mają do rozstrzygnięcia problem kwalifikacji takich kontaktów, jako mających charakter „wejścia w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowej na szkodę właściciela mienia albo osoby lub

instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany” albo nierealizujących tej przesłanki. W takich przypadkach głównym środkiem dowodowym stają się zeznania świadków, które jednak mogą być sprzeczne, natomiast dokumentacja przetargowa efektów takich nieformalnych kontaktów może wprost nie potwierdzać. Tym samym – w zakresie ustalenia przestępczych porozumień – postępowanie będzie miało charakter poszlakowy, a w konsekwencji będzie skłaniało organy je prowadzące do krytycznej oceny zebranego materiału dowodowego, aby nie naruszyć zasady określonej w art. 5 § 2 k.p.k. (*in dubio pro reo*).

Odnosząc się do postępowań, w których zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. w postaci zmywu przetargowej składały podmioty będące uczestnikami takich przetargów, nie sposób nie odnieść wrażenia, że ich celem była próba podważenia niekorzystnego dla zawiadamiającego rozstrzygnięcia. Zawiadomienia te nie są w znacznej części podparte jakimikolwiek przekonującymi dowodami, a nawet jeżeli – to są one próbą korzystnej dla takiej osoby interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) bądź też świadczą o nieznajomości przepisów dotyczących przetargów publicznych.

Przykład: „Przesłuchany w charakterze świadka zawiadamiający (...) wskazywał na możliwość popełnienia przestępstwa utrudniania postępowania przetargowego poprzez nierzetelny i stronniczy wybór ofert w postępowaniach przetargowych w których uczestniczył jako właściciel firmy (...). Według zeznań wymienionego w postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy nawierzchni placu w (...), pracownicy firmy (...), która wygrała przetarg weszli na plac budowy w dniu 04 lipca (...) roku, podczas gdy podpisanie umowy na realizację zadania określonego w postępowaniu przetargowym, nastąpiło w dniu 10 lipca (...) roku. Dodatkowo, w kolejnym postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic miejskich: (...) w (...), pracownik Urzędu Miasta (...) doprowadził do wykluczenia firmy zgłaszającego aby przetarg wygrała firma należąca do jego teścia (...). Ponadto [zawiadamiający] zarzucał, że jego firma została wykluczona w postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic (...) na podstawie braku odpowiednich referencji kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych (...).

Na podstawie wymienionych czynności ustalono, że w dniu 04 lipca (...) roku na teren budowy przy ul. (...) w (...) prace porządkowe prowadziła firma (...), a nie firma (...), która wygrała przetarg. Przekazanie placu budowy w przypadku realizacji zadania dotyczącego utwardzenia nawierzchni placu (...) nastąpiło w dniu 10 lipca (...) roku i przed tym terminem żaden z pracowników firmy (...) nie wykonywał prac na tym terenie.

Na podstawie analizy zebranych dokumentów ustalono, że Wykonawca [Zawiadamiający] po wezwaniu przez zamawiającego uzupełnił dokumenty, jednakże warunek dotyczący robót, według Zamawiającego, nie został uzupełniony prawidłowo przez Wykonawcę i brakowało w ich zakresie robót sanitarnych. Efektem niespełnienia wymogu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia było wykluczenie [Zawiadamiającego] w prowadzonym postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic miejskich (...).

Poczynione ustalenia nie potwierdziły informacji zawartych w zawiadomieniu, wobec powyższego należało postanowić jak na wstępie i odmówić wszczęcia

śledztwa na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 kpk, wobec braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa.” (Ds. 1143/14)

Zgłoszenie faktu zaistnienia zmowy cenowej pochodzi również od osób niemających związku z konkretnym postępowaniem przetargowym, a następuje pod wpływem analizy dostępnej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności warunków SIWZ, czy też jest następstwem przeczytanego artykułu dotyczącego zmwów przetargowych i wyciągniętych na jego podstawie wniosków własnych albo zasłyszanych rozmów pomiędzy uczestnikami licytacji. Oczywiście zawiadomienia takie, nieoparte żadnymi realnymi przesłankami, słusznie zostają przez prokuratury oddalane.

Przykład: „W dniu 14 kwietnia 2014 roku wpłynęło do Prokuratury Rejonowej (...) zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. i art. 305 § 1 k.k. przez Burmistrza (...). Z treści złożonego zawiadomienia wynika, że po przeczytaniu artykułu w Gazecie Wyborczej z 22.11.2013 r. pod tytułem «Zmowy cenowe i łatwe pieniądze działają jak narkotyk» zawiadamiający doszedł do przekonania, że zawarte w nim informacje przypominają sytuację z lata 2012 r. kiedy to Burmistrz (...) forsował zakup przez gminę działek pod budowę szkoły za kwotę około 3 milionów złotych. Sprzedaż działek odbywała się w drodze licytacji, do której stanął obok Burmistrza właściciel (...) sp. z o.o. Cena wywoławcza wynosiła (...) zł, zaś nieruchomość została nabyta przez gminę w drodze licytacji za kwotę o (...) zł wyższą niż pierwotnie. Zdaniem zawiadamiającego sposób przeprowadzenia i przebiegu licytacji świadczy o «szyciu sprawy grubymi nićmi» i wyczerpuje znamiona przestępstw z Kodeksu Karnego.” (1 Ds. 269/14/II)

W zakresie analizowanych spraw – na etapie postępowania przygotowawczego – nie postawiono nikomu zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k.

4.2.4. Kwalifikacja prawna

Samodzielna kwalifikacja prawna na podstawie art. 305 § 1 k.k. wystąpiła w 40 badanych sprawach (62,5% przypadków), natomiast kwalifikacja prawna z art. 305 § 2 k.k. – w 11 (17,2%).

Należy odnotować, że w 4 przypadkach czyn polegający na wejściu w porozumienie w celu udaremnienia licytacji prowadzony był w kierunku art. 297 § 1 k.k. Taka kwalifikacja prawna, choć z pozoru może wydawać się błędna, to jednak jest jak najbardziej uzasadniona przy przestępstwach przetargowych. Wynika to z tego, że zachowania przestępne opisane w tym przepisie obejmują także możliwość uzyskania przez sprawców czynów również zamówień publicznych, a w konsekwencji zachowania osób ubiegających się o zamówienia publiczne mogą realizować metody i formy przestępne, określone w tym przepisie.

P. Wiatrowski jako przykłady takich zachowań podaje:

- przedkładanie fałszywych dokumentów (np. podrobionych zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami czy pozytywnych opinii z banków kredytujących);
- składanie dokumentów stwierdzających nieprawdę (np. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 19 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy wobec składającego to oświadczenie wszczęto postępowanie upadłościowe lub ogłoszono upadłość);

- składanie nierzetelnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania zamówienia (głównie zapewnienia o posiadanym doświadczeniu i potencjale ekonomicznym, przy ich całkowitym braku)⁶⁹.

W pozostałych przypadkach dochodziło do zaistnienia zbiegów z innymi przepisami, jak też w opisie czynu dopatrywano się również zachowań przestępnych wyczerpujących znamiona innych czynów określonych w kodeksie karnym.

W 4 przypadkach czyn będący przedmiotem postępowania wyczerpywał znamiona obu typów przestępstw opisanych w art. 305 (§ 1 i 2), a w jednym przypadku w kwalifikacji wskazano, obok § 1 art. 305, również jego § 3, odnosząc się do faktu, iż ściąganie przestępstwa określonego w § 1 lub § 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego, o ile nie jest nim Skarb Państwa. Trzy postępowania prowadzono w kierunku usiłowania popełnienia przestępstwa z art. 305 § 1 (art. 13 § 1 w zw. z 305 § 1 k.k.).

W 5 postępowaniach zachowanie przestępcze wyczerpywało znamiona innych przestępstw z kodeksu karnego, pozostających w realnym zbiegu z czynem z art. 305 § 1 k.k. Były to następujące kwalifikacje:

- 231 § 1 k.k. i 305 § 1 k.k. w zw. z 11 § 2 i 12 k.k.;
- 270 § 1 k.k. w zb. z 13 § 1 k.k. w zw. z 305 § 1 w zw. z 11 § 2 k.k.;
- 286 § 1 w zw. z 294 § 1 w zb. z 305 § 1 i 2 k.k. w zw. z 11 § 2 k.k.;
- 305 § 1 i 273 § 1 w zw. z 11 § 2 k.k.;
- 232 § 1 w zw. 305 § 1 w zw. 11 § 2 k.k.

W pozostałych przypadkach obok czynu z art. 305 k.k. postępowania sprawdzające oraz przygotowawcze prowadzone były w kierunku następujących typów przestępstw: art. 160 § 1 (narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu); art. 190 § 1 (groźba karalna) – w 4 przypadkach; art. 228 § 1 (łapownictwo bierne); art. 231 (nadużycie władzy) – w 9 sprawach; art. 233 § 4 (fałszywa opinia); art. 234 (fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie czynu zabronionego); art. 238 (fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa); art. 271 § 1 (poświadczenie nieprawdy) – w 4 sprawach; art. 296 § 1 k.k. (niegospodarność) – w 3 przypadkach.

4.2.5. Podstawy odmów/umorzeń postępowania

Decyzje kończące postępowania sprawdzające lub zamykające postępowania przygotowawcze w większości przypadków (ponad 45%) zakończone zostały w wyniku stwierdzenia, iż czyn objęty zawiadomieniem o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nie zawiera znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). W niemal 30% spraw umorzenie lub odmowa wszczęcia postępowania nastąpiło w wyniku stwierdzenia, iż czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.).

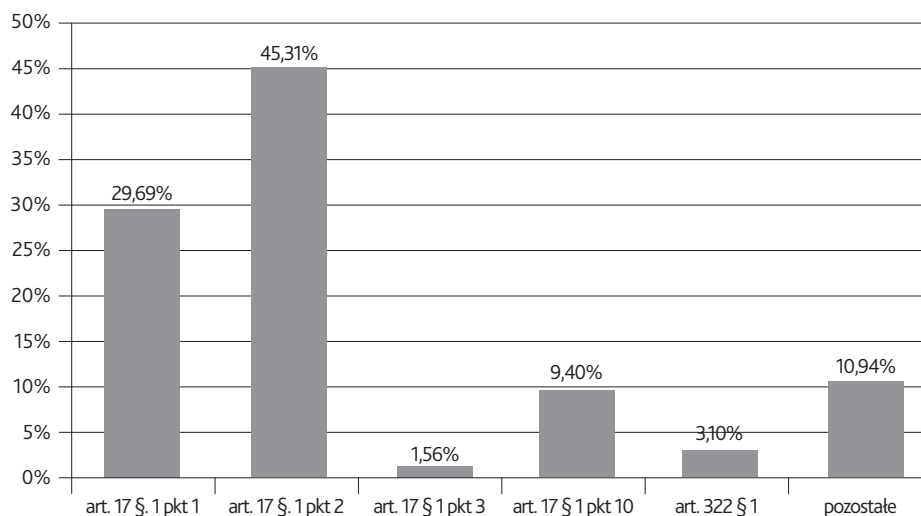
⁶⁹ P. Wiatrowski, *Odpowiedzialność karna w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013/4, s. 134.

W przypadku postępowań prowadzonych na podstawie art. 305 § 1 k.k., o ile pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, stosowany jest tryb wnioskowy. W związku z tym, w przypadku braku wymaganego wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, postępowanie należy umorzyć albo odmówić jego wszczęcia (art. 17 § 1 pkt 10).

W analizowanych sprawach z wydaniem postanowienia w oparciu o powyższą podstawę prawną mieliśmy do czynienia w tych postępowaniach, w których zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa składane były przez osoby niebędące w żaden sposób zaangażowane w procedurę przetargową, w tym zawiadomienia były składane anonimowo i odnosiły się do postępowań prowadzonych przez inne podmioty niż Skarb Państwa albo licytacji organizowanych przez komorników, na podstawie wiedzy cząstkowej uzyskanej przez zawiadamiających (np. w oparciu o znalezione na śmietniku fragmenty protokołów czy ofert). W takich przypadkach, pokrzywdzony podmiot nie składał wniosku o ściganie, uznając, iż albo fakty opisane w zawiadomieniu nie miały miejsca, albo postępowanie przetargowe podlegało już sprawdzeniu i kontrola taka nie wykazała nieprawidłowości w jego przebiegu.

Wykres 6

Podstawy prawne zakończenia postępowań (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

W jednym przypadku postępowanie umorzono na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., tj. w związku ze stwierdzeniem, iż społeczna szkodliwość czynu jest znikoma.

Dwa przypadki postępowań umorzono na podstawie art. 322 § 1 k.p.k., gdyż prowadzone postępowanie nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia.

W pozostałych analizowanych przypadkach spraw jako podstawę umorzeń wskazano art. 17 § 1 pkt 1 i 2, art. 17 § 1 pkt 1 i 7, art. 17 § 1 pkt 2 i 10 oraz art. 307 § 1 w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

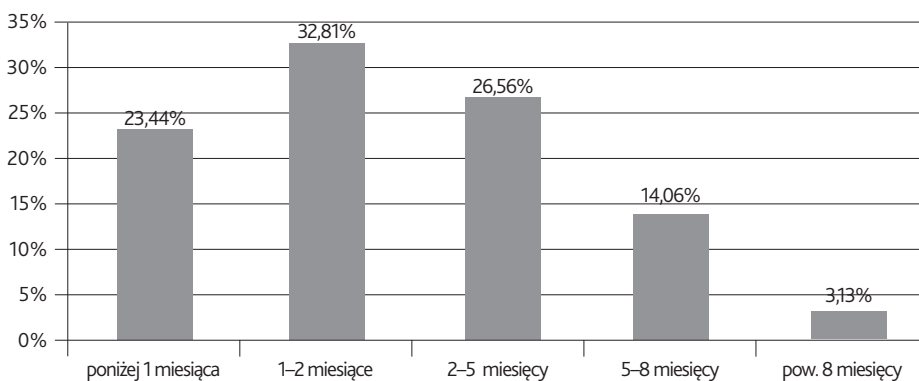
4.2.6. Czas trwania postępowań

Postępowania zakończone odmową wszczęcia lub umorzeniem na etapie postępowania przygotowawczego w ponad połowie przypadków kończyły się przed upływem 2 miesięcy od czasu otrzymania przez organy ścigania zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k.

W odniesieniu do postępowań zakończonych odmową wszczęcia postępowania, żadne z nich nie trwało dłużej niż 4 miesiące (66,7% spraw w przedziale od 2 do 5 miesięcy). Taka sama procentowo liczba spraw została zakończona w terminie od 1 do 2 miesięcy od daty złożenia zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa. Pozostałe ponad 27% spraw zakończono wydaniem odmowy wszczęcia postępowania w terminie krótszym niż miesiąc od wpłynięcia zawiadomienia.

Wykres 7

Czas trwania postępowań z art. 305 k.k. (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Postępowania zakończone wydaniem postanowienia o ich umorzeniu trwały oczywiście dłużej, jednak czas ich prowadzenia tylko w 2 analizowanych przypadkach przekroczył 8 miesięcy i wynosił w jednym z nich 8 miesięcy 10 dni, a w drugim ponad 14 mies. i dotyczył wielowątkowego postępowania dotyczącego nieprawidłowości w postępowaniu przetargowym na zakup systemów teleinformatycznych w jednej z instytucji państwowych.

4.2.7. Dodatkowe uwagi szczegółowe

Analizowane sprawy wskazują na szereg nieprawidłowości, jakie pojawiają się (i mogą występować) w postępowaniach przetargowych. W ich ramach daje się wydzielić pewne grupy, ze względu na charakter postępowań objętych zawiadomieniem:

- dotyczące postępowań przygotowanych przez instytucje i organy Skarbu Państwa,
- w zakresie postępowań przeprowadzanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych,

- odnoszące się do przetargów organizowanych przez samorządy i podległe im jednostki,
- licytacje komornicze,
- pozostałe o różnym charakterze.

Uwagi szczegółowe dotyczące pierwszej grupy postępowań zostały zawarte wcześniej, w części poświęconej zmomom przetargowym.

Odrębną grupę spraw stanowią postępowania związane ze sprzedażą gruntów rolnych wchodzących w skład zasobów Skarbu Państwa, a organizowane przez Agencję Nieruchomości Rolnych. Celem takich postępowań jest doprowadzenie do nabycia gruntów przez rolników indywidualnych w związku z powiększeniem obszarów ich gruntów. Nieprawidłowości, o których zawiadamiano, dotyczyły faktów utrudniania nabywania gruntów rolnych przez uprawnionych rolników, brania udziału w takich postępowaniach przez podmioty, które nie są do tego uprawnione (przedsiębiorców, spółki) – za pośrednictwem podstawionych osób, czy też prób nabycia ziemi przez cudzoziemców z pominięciem wymogu uzyskania zgody Ministra Spraw Wewnętrznych.

Zawiadomienia składane w tej grupie postępowań zawierały dodatkowe zarzuty związane z przekroczeniem uprawnień przez pracowników Agencji, wyrządzenia znacznej szkody majątkowej przy sprzedaży gruntów. Były one również składane przez ANR wobec uczestników takich przetargów. Ustalenia przeprowadzone w toku prowadzonych w tych sprawach postępowań pozwalały na postawienie zarzutu niektórym z uczestników przetargów, jednak w części związanej z innymi osobami współdziałającymi ze sprawcą – wobec faktu niemożności ich ustalenia – podlegały umorzeniu. Trudności sprawiało szczególnie ustalenie porozumień mogących mieć wpływ na prawidłowe rozstrzygnięcie przetargu i to niemożność wykazania takich powiązań stanowiła podstawę do umorzenia postępowania.

Kolejna grupa postępowań dotyczyła nieprawidłowości w przebiegu przetargów organizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Ich uczestnikami były najczęściej osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, oferujące w nich swoje usługi (dostawa towarów, realizacja zamówień o charakterze budowlanym, itp.). Zawiadomienia o możliwości wpłynięcia na wynik postępowania pochodziły zarówno ze strony organów gminy, które powzięły informacje o możliwości wpływania na wynik postępowania przetargowego (np. zamieszczenie na internetowym portalu informacji o podmiocie, na rzecz którego miał zostać rozstrzygnięty przetarg albo zaistnienie porozumienia pomiędzy członkami komisji przetargowej a jednym z oferentów), jak również ze strony uczestników (np. wskazanie, że zwycięzca przetargu nie spełniał wymogów określonych w ogłoszeniu o przetargu czy również istnienie porozumienia pomiędzy burmistrzem gminy a zwycięzcą przetargu co do treści ogłoszenia).

Umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowań w tych sprawach wynikały bądź z braku wniosku pochodzącego od uprawnionego organu, bądź z powodu niemożności ustalenia istnienia porozumienia, do którego odnosiło się zawiadomienie o przestępstwie, jak też z uwagi na fakt, iż braki w dokumentacji, co do której zawiadamiający podejrzewał jej sfałszowanie, nie wystąpiły, a dokumentacja nie nosiła cech podrobienia.

Trudność w ustaleniach istnienia lub nieistnienia przestępstwa z art. 305 k.k. polega w tego rodzaju sprawach przede wszystkim na konieczności rozstrzygnięcia, czy postępowanie przetargowe było prowadzone prawidłowo. Protokoły związane z jego przebiegiem nie w pełni są w takich przypadkach pomocne, a zeznania świadków albo niewiele wnoszą, albo są sprzeczne. Zarzuty kierowane pod adresem organów czy instytucji przygotowujących postępowania dotyczą również elementów wymagających wiedzy specjalistycznej, szczególnie gdy chodzi o zarzuty odnoszące się do specyfikacji technicznej zamówienia. Bez posiadania takiej wiedzy, prokuratura musi się opierać wyłącznie na wyjaśnieniach zebranych od zamawiającego, ew. dokumentach postępowania odwoławczego prowadzonego na podstawie prawa zamówień publicznych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy jednak pamiętać, że podejmowane w toku takiego postępowania rozstrzygnięcia – nawet niekorzystne dla organizatora przetargu czy jednej ze stron (wskazywanej w zawiadomieniu jako winna popełnienia przestępstwa) – nie muszą dowodzić, iż jednocześnie dopuściła się ona przestępstwa z art. 305 k.k.

Postępowania komornicze prowadzone są w oparciu o przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu egzekucyjnym (art. 758 i n.). Zawiadomienia w tej grupie dotyczyły przede wszystkim przekroczenia uprawnień przez komorników, którzy bądź nieprawidłowo prowadzili licytację, narażając wierzyciela na szkodę, lub ich zachowanie doprowadziło do odwołania licytacji. Przeprowadzone postępowania wykazywały zaś, że albo żadnych nieprawidłowości nie stwierdzono, a zawiadomienie wynikało wyłącznie z nieznamomości faktów przez zawiadamiającego lub braku wiedzy w zakresie postępowania egzekucyjnego, albo celem zawiadamiającego była próba zmiany wyniku licytacji, który był dla niego niekorzystny. Postanowienia o umorzeniu postępowania albo odmowie jego wszczęcia były zatem jak najbardziej uzasadnione.

Ostatnia grupa postępowań dotyczyła bardzo różnych stanów faktycznych dotyczących rzekomych nieprawidłowości w przetargach organizowanych m.in. na świadczenie usług (dostawa obiadów do szkół), realizację dostaw (dostarczenie sprzętu komputerowego), sprzedaż lokali z zasobów spółdzielni mieszkaniowej, dzierżawę terenu, wykonawstwo budowy. Zawiadamiający – w znacznej większości podmioty, które w tych postępowaniach uczestniczyły, lecz nie zdobyły zamówienia – poprzez zgłoszenie swoich obiekcji do prokuratury, liczyły na zmianę niekorzystnej dla nich decyzji.

Analiza części zawiadomień o popełnieniu przestępstwa prowadzi do wniosku, że były one formułowane przez osoby, których jedynym celem działania miało być zakłócenie przebiegu przetargu. Cechą charakterystyczną takich zawiadomień jest to, iż kierowane są one do szeregu naczelných organów państwa (parlament, prezydent, premier, CBA, ABW, Sąd Najwyższy) oraz opierają się na ogólnej analizie dostępnych dokumentów, programów telewizyjnych, artykułów prasowych. Nie zawierają żadnych konkretnych zarzutów, a jedynie stwierdzenia, że we wskazywanych postępowaniach przetargowych dochodziło do nieprawidłowości.

Przykład: Zawiadamiający powiadomił e-mailowo Prokuraturę Generalną, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Sąd Najwyższy o „ustawianiu” przetargów w (...) wskazując, iż wymogi SIWZ może spełniać wyłącznie jeden rodzaj komputerów,

a zatem tylko jeden producent może wygrać przetarg. Sprawdzenie tej informacji wykazało, iż wymieniony w zawiadomieniu komponent jest produkowany przez wielu producentów, a zatem twierdzenia zawarte w zawiadomieniu nie odpowiadają prawdzie. Ponadto zawiadamiający nie złożył oficjalnego ustnego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, mimo licznych prób kontaktu z nim ze strony prokuratury. (2 Ds. 2045/14)

4.3. Sprawy zakończone prawomocnym orzeczeniem sądowym

Niewielka liczba spraw sądowych zakończonych prawomocnym orzeczeniem w latach 2013–2014 i uzyskanych w ramach badania nie pozwala na przedstawienie wniosków o charakterze ogólnym. W związku z tym dokonana zostanie wyłącznie analiza jakościowa tych spraw.

4.3.1. Analiza postępowań sądowych

Stany faktyczne spraw zakończonych prawomocnym orzeczeniem sądowym przedstawiały się następująco:

- udaremnienie licytacji samochodu osobowego wyznaczonej przez komornika sądowego poprzez przedłożenie, w celu użycia za autentyczny, podrobionego dokumentu w postaci dowodu wpłaty określonej sumy tytułem spłaty zobowiązania pieniężnego będącego przedmiotem prowadzonego postępowania egzekucyjnego i spowodowanie przez to odwołania licytacji, a przez to działanie na szkodę komornika sądowego i wierzyciela – czyn z art. 305 § 1 i art. 270 § 1 w zw. z art. 11 § 1 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu przez oferenta oraz przewodniczącego i członków komisji przetargowej w celu nabycia w drodze negocjacji nieruchomości zabudowanej z pominięciem drugiego oferenta – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu przez dwie osoby i udaremnienie licytacji komorniczej nieruchomości poprzez celowe zaniechanie uiszczenia przez jedną z nich wylicytowanej kwoty, a ponadto – w trakcie licytacji – przemilczenie istotnych okoliczności dla przebiegu licytacji, w szczególności dotyczących braku środków na zakup licytowanej działki, które miały istotne znaczenie dla umowy przeniesienia własności nieruchomości i udaremnienie w ten sposób przysądzenia własności, a więc działanie na szkodę wierzycieli – czyn z art. 305 § 2 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, jako członek komisji przetargowej, zatajenie faktu pokrewieństwa z ubiegającą się o udzielenie zamówienia fikcyjną firmą, które to okoliczności miały istotne znaczenie dla zawarcia umów w związku z przetargami publicznymi, a ponadto wejście w porozumienie z fikcyjnymi oferentami i przygotowanie na ich rzecz oferty, a następnie wykonanie prac dotyczących udzielonych zamówień – czyn z art. 297 § 2 i art. 305 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.
- działanie wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, usiłowanie wejścia w porozumienie przed przetargiem

ustnym nieograniczonym na ustalenie miesięcznej stawki czynszu na lokal użytkowy, polegające na odstąpieniu od licytacji przez dwóch oferentów i niepodbijaniu stawki czynszu w zamian za korzyść majątkową, jednak zamierzonego celu nie osiągnięto – czyn z art. 13 § 1 w zw. z art. 305 § 1 w zw. z art. 12 k.k.;

- udaremnienie licytacji publicznej, której przedmiotem była sprzedaż sprzętu budowlanego w ten sposób, że sprawca wszedł w porozumienie z ustalonymi osobami co do kwoty, za jaką zostanie zlicytowany sprzęt i osoby, która wygra licytację, w zamian za obietnicę udzielenia pieniędzy, działając w ten sposób na szkodę właściciela mienia oraz Skarbu Państwa – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- przedłożenie nierzetelnych dokumentów potwierdzających realizację przez oferenta robót budowlanych, które w istocie nie zostały zrealizowane, przez co zatajono istotne okoliczności, mające znaczenie dla zawarcia umowy, będącej przedmiotem przetargu – czyn z art. 297 § 1 w zb. z art. 305 § 2 k.k.;
- wejście w porozumienie z osobą odpowiedzialną za przygotowanie postępowania przetargowego i uczestnictwo w zмовie przetargowej polegającej na podziale zamówienia na remont budynku na cztery oddzielne zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów art. 43 ust. 1 oraz art. 70 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz udzielenie zamówień powiązanych ze sprawcą firmom – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- wejście w porozumienie z innymi osobami w celu uzgodnienia kwoty oferowanej na wykonanie robót drogowych będących przedmiotem organizowanego przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi – czyn z art. 305 § 1 k.k.

Zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w sprawach zakończonych na etapie postępowania sądowego wpłynęły od Agencji Bezpieczeństwa Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Urzędu Kontroli Skarbowej i stanowiły efekt postępowań prowadzonych przez te instytucje w zakresie zмów przetargowych mających na celu uzyskanie zamówienia publicznego. Ponadto zawiadomienia – złożone przez dyrektora Urzędu Skarbowego, Prezesa Sądu Rejonowego oraz komornika sądowego – dotyczyły nieprawidłowości w toku licytacji prowadzonej na podstawie przepisów egzekucyjnych zawartych w kodeksie postępowania cywilnego oraz prawa administracyjnego. W dwóch przypadkach zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa wpłynęły od osób fizycznych, jednak również dotyczyły licytacji sądowej.

Warto podkreślić, że wejście w porozumienie z innymi osobami w celu zawiązania tzw. zмовy przetargowej odnotowano tylko w 3 sprawach. Miały one charakter bądź wcześniejszego ustalenia treści zamówienia w taki sposób, aby uzyskać je preferowany wykonawca, bądź ustalenia cen za oferowane usługi objęte przedmiotem zamówienia. Cechą charakterystyczną tego rodzaju porozumień jest to, że decyzje o ich zawiązaniu podejmowane są na szczeblu kierowniczym tak zamawiającego, jak i oferenta. Może się to wiązać z atrakcyjnością przedmiotu zamówienia, jak również wynikać z niewielkiej liczby zamówień konkretnego rodzaju (np. na budowę systemu

teleinformatycznego, przebudowę drogi), a tym samym dużej konkurencji po stronie oferentów. Zdobyć zamówienia, nawet na drodze przestępczego porozumienia, staje się w takich przypadkach „być albo nie być” dla firm z danego sektora.

W badanych postępowaniach zarzut popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. postawiono 17 osobom.

W ponad 58% przypadków wydano wyrok skazujący (10 osób), w pozostałych prawie 42% – postępowanie zostało umorzone lub umorzone warunkowo.

Przestępstwo z art. 305 k.k. nie jest zagrożone wysokimi sankcjami, bo jedynie do 3 lat pozbawienia wolności. Jednakże badanie pokazuje, że w żadnym z przypadków wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności nie był wyższy niż 12 miesięcy i wynosił:

- 3 miesiące (1 osoba),
- 10 miesięcy (2 osoby),
- 1 rok (2 osoby).

W stosunku do wszystkich skazanych wykonanie kary pozbawienia wolności zostało zawieszane na okres 2 albo 3 (2 skazanych) lat.

Wobec 1 osoby – na podstawie art. 305 § 1 w zw. z art. 305 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 58 § 3 k.k. – orzeczono karę ograniczenia wolności w postaci nieodpłatnej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie – przez okres 10 miesięcy.

W stosunku do 4 oskarżonych postępowanie karne zostało umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 305 § 3 k.k., w związku z brakiem wniosku o ściganie pochodzącego od uprawnionego podmiotu, a wobec jednej osoby – na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

W 2 przypadkach postępowanie zostało umorzone warunkowo na okres 2 lat oraz orzeczono świadczenie pieniężne w wysokości 1.500 zł.

W odniesieniu do 7 skazanych, obok kary pozbawienia wolności, orzeczona została kara grzywny w kwocie od 1.600 do 10.000 zł (po przeliczeniu ze stawek dziennych).

W 2 sprawach od zapadłych wyroków zostały wniesione apelacje obrońców oskarżonych. W obu przypadkach zostały oddalone jako bezzasadne, a wyroki utrzymano w mocy.

Czas trwania postępowania sądowego w 6 sprawach nie przekraczał 5 miesięcy, w pozostałych wynosił od 9 do 28 miesięcy.

W 7 sprawach orzeczenie wydawano już na pierwszej rozprawie, w tym w 2 przypadkach w trybie art. 335 § 1 k.p.k.

4.3.2. Sprawcy przestępstwa z art. 305 k.k.

W objętych badaniem postępowaniach zakończonych wydaniem prawomocnego orzeczenia w latach 2013–2014 akt oskarżenia o popełnienie przestępstwa z art. 305 k.k. skierowano przeciwko 17 osobom. Wskazać należy, że 14 oskarżonym postawiono zarzut z art. 305 § 1 k.k., a pozostałym 3 z art. 305 § 2 k.k.

Badanie pokazało, że sprawcami przestępstw udaremnienia lub utrudnienia prowadzenia przetargu byli w 100% mężczyźni.

Średnia wieku sprawców wyniosła niewiele ponad 43 lata. Najmłodszy z nich miał 23 lata, najstarszy – 69. Sprawcy w wieku poniżej średniej stanowią niemal 53% populacji.

W ponad 35% były to osoby z wykształceniem wyższym technicznym lub ekonomicznym. Wykształcenie średnie posiadało również ponad 35% oskarżonych – tu również o charakterze technicznym (technik elektronik, mechanik, technik budowlany). Pozostali (niecałe 30%) uzyskało wykształcenie zawodowe.

Wśród sprawców przestępstw z art. 305 k.k. zauważalna jest znaczna liczba osób z wyższym lub średnim wykształceniem (ponad 70%). Pamiętać jednak należy o niewielkiej liczebności wszystkich sprawców oskarżonych na podstawie analizowanego przepisu, co może zaburzać właściwą ocenę. Jednak gdy odniesiemy ten element do ich roli w popełnieniu przestępstw, o które zostali oskarżeni, taka nadreprezentacja przestanie budzić zdziwienie. Otóż w przypadku oskarżeń o tzw. zmowy przetargowe, sprawcy zajmowali wysokie stanowiska w przedsiębiorstwach biorących udział w przestępczym porozumieniu (prezes, dyrektor) lub wchodzili w skład grupy osób przygotowującej przetarg. W odniesieniu do pozostałych spraw taki związek nie miał istotnego znaczenia. Sprawcy prowadzili własną działalność gospodarczą, własne gospodarstwo rolne oraz – po jednym przypadku – byli bezrobotnymi albo znajdowali się na emeryturze.

Dwóch oskarżonych było wcześniej karanych: za przestępstwa określone w kodeksie karnym skarbowym oraz za oszustwo z art. 286 § 1 k.k., oszustwo kredytowe z art. 297 § 1 k.k. oraz kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.).

W stosunku do 3 osób zastosowano poręczenie majątkowe w wysokości od 15.000 do 20.000 zł.

5. Podsumowanie

Problematyka czynów skierowanych przeciwko prawidłowemu zorganizowaniu i przeprowadzeniu przetargu publicznego, obejmującego nie tylko przetarg pisemny, w tym w szczególności organizowany na postawie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również licytację – prowadzoną na podstawie przepisów procedury cywilnej lub administracyjnej, wykracza znacznie poza regulację prawnokarną.

Większość sporów dotyczących nieprawidłowości związanych z przetargami nie będzie miała charakteru przestępczego i powinna być rozwiązywana na drodze cywilnoprawnej. Jak wynika z przeprowadzonego badania, jedynie w niewielkiej liczbie spraw daje się wykazać wypełnienie znamion przestępstw z art. 305 k.k., o czym dobitnie świadczy mała liczba aktów oskarżenia, a jeszcze mniejsza – wyroków skazujących, bowiem ponad 40% spraw zostało w postępowaniu sądowym umorzonych.

Znacznie większa liczba spraw kończy się odmową lub umorzeniem postępowania. Analiza tej grupy spraw wykazała, iż wydanie takich decyzji było uzasadnione. Istotna część zawiadomień dotyczyła bowiem zdarzeń, które miały charakter przestępny tylko w ocenie samego zawiadamiającego. Obejmowały one takie sytuacje, w których zawiadamiający nie był uczestnikiem postępowania, a składał zawiadomienie w oparciu o zasłyszane rozmowy, analizy fragmentów dokumentacji przetargowej czy doniesienia medialne. W takich przypadkach przeprowadzane postępowanie obejmowało sprawdzenie – najczęściej w oparciu o wyjaśnienia organizatora przetargu – przekazanych informacji, które okazywały się być bądź niemające związku

z przetargiem, bądź podlegały już wcześniejszemu sprawdzeniu w toku postępowania i nie zostały potwierdzone.

Zawiadomienia odnoszące się do wejścia w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez współdziałających wymagały od prowadzących postępowanie podjęcia szerszego zakresu czynności. Dla ustalenia faktu istnienia przestępczego porozumienia niezbędna jest bowiem nie tylko analiza dokumentacji, ale również przesłuchanie szeregu świadków. Jednak, co pokazuje badanie, uzyskanie potwierdzenia istnienia takiego porozumienia, którego celem było utrudnienie lub uniemożliwienie prawidłowego przeprowadzenia przetargu publicznego, jest równie trudne. Wskazać należy, że w tych sprawach, w których udało się zebrać dowody na takie porozumienie, wykorzystywane były różne techniki operacyjne wykraczające poza wymienione powyżej środki dowodowe.

Część umorzeń w badanych postępowaniach dotyczyła licytacji komorniczych. Zawiadomienia ich dotyczące odnosiły się do porozumień zawieranych w związku z przedmiotem licytacji, a mających na celu jej uniemożliwienie lub wygranie przez jednego z oferentów (poprzez odstąpienie od licytacji lub zaniechanie postąpień). W części przypadków zachowania takie, nawet jeżeli miały miejsce, to nie wpłynęły na wynik licytacji, gdyż nie dochodziła ona do skutku z innych przyczyn lub postępowanie było unieważniane przez organ je organizujący. Tym samym do wyzerpania znamion czynu z art. 305 k.k. nie dochodziło.

Przeprowadzona analiza wskazuje, że nieznaczna liczba spraw prowadzonych na podstawie art. 305 k.k. wynikać może z zawężenia znamion strony przedmiotowej tego przestępstwa wyłącznie do przetargów publicznych. Wydaje się, że uzasadnionym postulatem zmiany brzmienia tego przepisu byłoby objęcie jego zakresem wszystkich przetargów, co umożliwiłoby objęcie ochroną prawnokarną również przetargów prywatnych, jak też różnych postępowań o charakterze przetargowym prowadzonych na podstawie szeregu przepisów ustaw szczególnych.

Konsekwencją powyższej zmiany powinno być również wykreślenie z art. 305 k.k. jego § 3, przewidującego zastosowanie trybu wnioskowego w stosunku do przestępstw z art. 305 k.k., z wyłączeniem Skarbu Państwa, wobec którego stosowany jest tryb publicznoskargowy. Przyjęcie, iż ochroną tego przepisu będą objęte wszystkie przetargi, uzasadnia wprowadzenie trybu publicznoskargowego względem wszystkich pokrzywdzonych tym przestępstwem.

Słowa kluczowe: licytacja; komornik; prawo karne; przetarg prywatny; przetarg publiczny; udaremnienie przetargu; zmowa przetargowa

Summary

Konrad Buczkowski – ‘Tender collusion’ as a form of the offence defined in Art. 305 of the Penal Code

The tender procedure is used very frequently in free market economy systems in order to choose the most advantageous bid – from the contracting authority’s point of view – to perform the order. This procedure is subject to certain rules, specified in the law, whose violation may result in invalidation of the whole procedure.

The laws in force provide for numerous sanctions for illegal attempts to affect the contract award procedure, some of which sanctions are administrative in nature. But the legislator also included in the Penal Code a provision penalising acts aimed at interfering with the correct conduct of the tender.

According to the study on which this paper is based, it is only in a small number of cases that it is possible to demonstrate that the criteria of the offences defined in Art. 305 of the Penal Code are met, as conclusively proven by the small number of indictments and the even smaller number of convictions, as more than 40% of cases were discontinued by courts.

A much higher number of cases end with the refusal to initiate or discontinuation of proceedings. An analysis of this group of cases showed that these decisions were justified. A large part of the notices [of the commission of an offence] concerned events which only the persons submitting the notices perceived as criminal.

The conducted analysis indicates that the small number of cases conducted on the basis of Art. 305 PC may result from narrowing down the criteria of the act constituting that offence to just public tenders. It seems justified to require a change in the wording of this provision to apply to all tenders, which would enable criminal law protection to be accorded to private tenders as well, likewise other tender-like procedures conducted pursuant to a number of provisions of special statutes.

The consequence of the above amendment should also be removing from Art. 305 PC of its para. 3, which provides for private prosecution in case of offences under Art. 305 PC, except for the State Treasury, in whose case public prosecution applies. Assuming that protection under this provision will cover all tender procedures, the introduction of public prosecution is justified with respect to all those aggrieved by this offence.

Keywords: auction; bailiff; criminal law; private tender procedure; public tender procedure; frustrating a tender; tender collusion