

Wprowadzenie

Zmowa przetargowa jest wymierzona w efektywność systemu zamówień publicznych. Społeczna szkodliwość tego rodzaju zachowań przejawia się w zastąpieniu konkurencji świadomą i celową koordynacją zachowań, która nie tylko godzi w zasadę uczciwej konkurencji, ale niweczy możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty¹. Tylko bowiem skuteczna procedura przetargowa umożliwi wybór najkorzystniejszej oferty cenowej, co ma istotne znaczenie z uwagi na udział w zamówieniu publicznym środków publicznych.

Wybór wykonawcy zamówienia publicznego w jednym z ustawowych trybów udzielenia zamówienia publicznego ma na celu zagwarantowanie wyłonienia najkorzystniejszej oferty, która jest najbardziej korzystna z punktu widzenia interesów zamawiającego, jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależni wykonawcy, konkurując w dostępie do zamówienia publicznego, są zobligowani do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Zmowa przetargowa jest działaniem wyłączającym konkurencję na rzecz wzajemnej koordynacji zachowań. Podmioty będące stronami zakazanego porozumienia stwarzają jedynie pozory konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej celem jest wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli natomiast jednocześnie wystąpi skutek zmywy przetargowej, to można przyjąć, że strony porozumienia przetargowego wpłynęły na wynik postępowania, czyli osiągnęły zamierzony cel.

Instrumenty (środki) zwalczania zμών przetargowych są zawarte w różnych aktach prawnych: ustawie z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych², ustawie z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³, ustawie z 6.6.1997 r. – Kodeks karny⁴. Każda z wymienionych regulacji prawnych zawiera przepisy zmierzające do eliminacji zμών przetargowych. Zmowa przetargowa jest zachowaniem, które jest zwalczane za pomocą

¹ Zmowy przetargowe godzą w zasadę uczciwej konkurencji jako podstawową regułę rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Szeroko na ten temat zob. *M. Sieradzka*, Zmowy przetargowe w świetle prawa konkurencji oraz prawa zamówień publicznych, Warszawa 2014, s. 1 i n. „Praktyka zμών przetargowych może być szczególnie społecznie szkodliwa, jeśli dotyczy zamówień publicznych. Szkodliwość zμών przetargowych polega na tym, że niweczą one korzyści wynikające z konkurencji” – tak *Z. Jurczyk*, Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej, Warszawa 2012, s. 372.

² Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164).

³ Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.).

⁴ Ustawa z 6.6.1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137).

sankcji cywilnych, karnych oraz administracyjnych. Zakres ochrony przed znowami przetargowymi jest jednak odmienny w zależności od regulacji, co sprawia, że możliwy jest zbieg odpowiedzialności z tego tytułu. Dodatkowo cele poszczególnych regulacji ograniczają możliwość (dopuszczalność) zwalczania znow przetargowych przez wprowadzenie określonych przesłanek odpowiedzialności.

Pomimo jednak różnych podstaw prawnych odpowiedzialności z tytułu zawarcia umowy przetargowej, nazywanej też przestępstwem umowy przetargowej, wejściem w porozumienie czy czynem nieuczciwej konkurencji, należy zauważyć, że organy powołane do zwalczania (ścigania) tych czynów współpracują ze sobą w celu wykrycia oraz ukarania sprawców umowy przetargowej. Jest to w szczególności widoczne w postępowaniach w sprawach porozumień antykonkurencyjnych prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Dowody uzyskane w postępowaniu karnym mogą bowiem wpłynąć na ustalenia dowodowe w postępowaniu przed organem administracyjnym. Oczywiście możliwość ich wykorzystania wiąże się z koniecznością przestrzegania zasady bezpośredniości. Praktyka stosowania art. 305 KK ukazuje, że często umarżane są postępowania karne z uwagi na brak spełnienia znamion czynu, np. działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Kodeks karny zawiera szereg przepisów, które chronią prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności sprawcze dotyczące przetargu publicznego określone zostały w art. 305 KK. Zmowa (*conspiracy*) godzi w podstawową zasadę zamówień publicznych – zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 PrZamPubl). Zgodnie z tą zasadą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Niezależnie bowiem od formy czynności sprawczych celem umowy przetargowej jest zniekształcenie przebiegu lub wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo karnoprawnej regulacji czynności sprawczych, które w doktrynie są nazywane zakłócaniem przetargu publicznego, zastosowanie w praktyce art. 305 KK do określonych (określonego) zachowania ukazuje ich niejasność. Prowadzi to w konsekwencji do umarżania postępowań jak i wydawania odmiennych orzeczeń przy identycznej czynności sprawczej. Z uwagi na znaczenie i rolę odpowiedzialności karnej z tytułu umowy przetargowej nie może mieć miejsca sytuacja, gdy organy ścigania mają trudności w sformułowaniu treści zarzutów. Często, pomimo oczywistej sprzeczności określonego czynu z prawem konkurencji, niemożliwe staje się ukaranie sprawcy na podstawie art. 305 KK z powodu braku szkody po stronie zamawiającego. W wielu przypadkach jednak zachowania godzące w prawidłowy przebieg procedury udzielenia zamówień publicznych pozostają poza karnoprawną ochroną z uwagi na niewłaściwą interpretację (niewłaściwe zastosowanie) art. 305 KK.

Celem monografii jest ukazanie właściwej wykładni art. 305 KK, która pozwala na efektywne karanie sprawców przestępstwa umowy przetargowej. Należy zauważyć, że pomimo umieszczenia umowy przetargowej jedynie jako jednej z czynności sprawczych, to najczęściej to właśnie w jej postaci mieszczą się zachowania wchodzące w za-

kres innych czynności sprawczych. Właściwa interpretacja czynności sprawczych, które zakłócają prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymaga jednak nie tylko analizy treści przepisu art. 305 KK, ale również powiązania z przedmiotem ochrony. Z uwagi na brak definicji poszczególnych czynności sprawczych niezbędne jest sięganie do innych regulacji prawnych. Natomiast cel przepisu art. 305 KK, jakim jest ochrona rynku zamówień publicznych przed zachowaniami godzącymi w uczciwą konkurencję, wymusza sięganie do definicji zawartych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Nie można bowiem nie zauważać zmian na rynku zamówień publicznych, przy niezmienionej od wielu lat postaci czynu karalnego z art. 305 KK.

Czynności karalne określone w przepisie art. 305 KK mogą być popełnione zarówno indywidualnie, jak i w porozumieniu z innymi podmiotami, np. uczestnikami procedury, zamawiającym, osobami wykonującymi określone czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Karnopravna ochrona dotyczy jednak właściciela mienia lub osoby, na rzecz których przetarg jest prowadzony, nie chroni zatem uczestników procedury przetargowej – przynajmniej bezpośrednio.

Penalizacja znowy przetargowej w Kodeksie karnym nie została powiązana z wyjaśnieniem tego pojęcia. Definiując czynność sprawczą, której przejawem jest znowa przetargowa, możemy z powodzeniem odwołać się do definicji porozumienia przetargowego zawartego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Według art. 6 ust. 1 pkt 7 OKiKU polega ona na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Znowa przetargowa to uzgodnienie pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami, zmierzające do wpłynięcia na przebieg lub wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych za pomocą instrumentów karnych wymaga przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 305 KK odwołania do przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Znowa przetargowa stanowi ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty. Jej skutkiem jest nie tylko negatywny wpływ na konkurencję, ale też mienie zamawiającego. To właśnie mienie jest objęte karnopravną ochroną przed znowami przetargowymi. Warto zauważyć, że inne regulacje prawne wprowadzające instrumenty zwalczania znowy przetargowych nie posługują się tym pojęciem. To właśnie interes majątkowy osoby, która może go wykazać w związku z konkretnym przetargiem publicznym, jest przedmiotem ochrony z art. 305 KK.

Poniższe rozważania zostały poświęcone analizie poszczególnych czynów zabronionych z art. 305 KK, który powszechnie jest nazywany przestępstwem znowy przetargowej. Z uwagi na niejednołitość wykładni pojęcia przetargu publicznego przeprowadzona zostanie też jego wykładnia i jej znaczenie z punktu widzenia karnopravnego ochrony przetargu publicznego. Zaproponowana zostanie definicja tego pojęcia z uwagi na cel ochrony. Karnopravna ochrona płynąca z art. 305 KK dotyczy bowiem przetargu publicznego. Niezbędne zatem staje się, po pierwsze, zdefiniowanie tego pojęcia na potrzeby postępowania karnego, po drugie – określenie wyznaczników, które

decydują o zakwalifikowaniu określonej procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia jako przetargu publicznego.

Ustawodawca dokonał wyspecyfikowania czynności sprawczych składających się na przestępstwo z art. 305 KK. Pomimo że omawiany przepis składa się z dwóch części, to mamy jedynie do czynienia z wyróżnieniem czynności sprawczych składających się na jeden czyn karalny. Prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą zakłócić następujące zachowania:

- 1) udaremnienie przetargu publicznego (art. 305 § 1 KK);
- 2) utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 § 1 KK);
- 3) wejście w porozumienie z inną osobą (art. 305 § 1 KK);
- 4) rozpowszechnienie informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, w związku z publicznym przetargiem (art. 305 § 2 KK);
- 5) przemilczenie istotnej okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, w związku z publicznym przetargiem (art. 305 § 2 KK);
- 6) wejście w porozumienie z inną osobą, w związku z publicznym przetargiem (art. 305 § 2 KK).

Powyższe czyny zabronione wpływają (oddziałują) na prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz udzielenie zamówienia publicznego (zawarcie umowy) z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Z punktu widzenia karnoprawnej ochrony istotne staje się zdefiniowanie czynności sprawczych.

W art. 305 § 1 KK ustawodawca wymaga, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Natomiast w odniesieniu do zachowań opisanych w art. 305 § 2 KK brak konieczności wykazania celu działania sprawcy. W związku z tym konieczne stało się nie tylko ustalenie, w jakich okolicznościach sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, ale też określenie, czy czynnościom sprawczym z art. 305 § 2 KK nie musi zostać przypisany ten cel.

Jedną z czynności sprawczych polegającą na wejściu w porozumienie z inną osobą została określona w art. 305 § 1 i 2 KK. Niezbędne stało się ustalenie, czy powtórzenie tego znamienia stanowi tylko usterkę legislacyjną, czy można znaleźć racjonalny powód dwukrotnego jego użycia przez ustawodawcę. Precyzując – czy wejście w porozumienie, o którym stanowi art. 305 § 2 KK, dotyczy innego działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest organizowany.

Znamieniem przestępstwa z art. 305 KK jest działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest organizowany. Jeżeli nawet w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sprawca (sprawcy) dokona czynności opisanych w art. 305 KK, to w sytuacji gdy nie doszło do wyrządzenia szkody określonej podmiotowi, postępowanie karne musi zostać umorzone. W związku z tym pojawia się pytanie o interpretację pojęcia działania na szkodę, czy chodzi

o groźbę jej wyrządzenia, czy może realną szkodę w interesach majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest organizowany.

Z punktu widzenia praktyki na rynku zamówień publicznych, jaką jest ustawianie przetargów, pojawia się pytanie o podstawy odpowiedzialności sprawców. Artykuł 305 KK penalizuje bowiem jedynie czynności sprawcze popełnione na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest dokonywany. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy osoba fizyczna, która wchodzi w porozumienie w ramach swoich obowiązków jako reprezentant instytucji, może być sprawcą przestępstwa z art. 305 KK.

Obserwując statystyki dotyczące przestępstwa z umowy przetargowej, nasuwa się tylko jedno stwierdzenie – liczba tych przestępstw rośnie. I tak, przykładowo, w 2010 r. wszczęto 45 postępowań, doszło do 3 skazań, w 2014 r. prowadzono już 186 postępowań, przy czym doszło do 16 skazań, rok 2011 to 54 postępowania i 11 skazań, rok 2012 to 43 postępowania i 11 skazań, a rok 2013 to 144 postępowania i 6 skazań⁵.

Do zmów przetargowych dochodzi na etapie przygotowania postępowania, jego przebiegu oraz już w trakcie wykonywania umowy. Identyfikując najważniejsze zagrożenia na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy wskazać:

- 1) brak zapewnienia transparentności,
- 2) nadużywanie przez zamawiającego trybów niekonkurencyjnych udzielenia zamówienia publicznego,
- 3) nienależyte wykonywanie powierzonych obowiązków przez pracowników⁶.

Analizy dotyczące zmowy przetargowej jako przestępstwa zmierzają do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) jaki jest zakres ochrony art. 305 KK;
- 2) jakie są ustawowe kryteria kwalifikacji zachowania sprawcy spenalizowanego w art. 305 KK;
- 3) czy w świetle art. 305 KK penalizacji podlegają czynności sprawcze godzące w prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podjęte również przed rozpoczęciem procedury, jeżeli doszło do wszczęcia postępowania), niezależnie od trybu udzielenia zamówienia publicznego;
- 4) jaki jest zakres czynności sprawczych z art. 305 § 1 i 2 KK;
- 5) kto jest podmiotem przestępstwa z art. 305 KK;
- 6) jaki jest zakres pojęcia działania na szkodę jako znamienia przestępstwa z art. 305 KK?

⁵ Gazeta Prawna z 26.8.2015 r.

⁶ Rekomendacje postępowań antykorupcyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych, Warszawa 2014, s.19, http://www.cba.gov.pl/ftp/pdf/Rekomendacje_CBA.pdf.