



MINISTERSTWO
ROZWOJU REGIONALNEGO
Podsekretarz Stanu

Tomasz Nowakowski

DUE-I-070-8-MA/07

L.dz. 195/MA

13PS
KANCELARIA MARSZAŁKA SENATU

wpłynęło dn. 22.02.07

nr. 1218 podpis

Wpłynęło dn. 22.02.07
nr. 1633 podpis: Marun

Warszawa, 21 lutego 2007 r.

Pan
Bogdan BORUSEWICZ
Marszałek Senatu RP

Szanowny Panie Marszałku

W nawiązaniu do oświadczenia złożonego przez Senatora Kazimierza Wiatra podczas 25. posiedzenia Senatu RP w dniu 11 stycznia br., tekst którego zgodnie z art. 49 ust. 4 Regulaminu Senatu został przekazany przy piśmie z dnia 22 stycznia br. (sygn. BPS/DSK-043-063/07), poniżej uprzejmie prezentuję stanowisko Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w przedmiotowej sprawie.

Pelen tekst cytowanego przez Pana Senatora Kazimierza Wiatra komentarza autorstwa Pana Jerzego Skorupki zamieszczonego w bazie Lex (numer publikacji 50230) ma brzmienie: „Artykuł 305 § 1 k.k. nie znajdzie zastosowania do tzw. ustawienia przetargu, gdy stroną przestępnego porozumienia jest właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany. W takich sytuacjach właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, nie będą pokrzywdzonymi, gdyż sami biorą udział w bezprawnym porozumieniu. Natomiast w sytuacji, gdy właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, nie biorą udziału w karalnym porozumieniu, ich interesy majątkowe znajdują się pod ochroną art. 305 k.k.¹”. Podstawą krytyki stanu prawnego jest to, że zamawiający wchodzący w porozumienie nie jest pokrzywdzonym, a zatem nie dochodzi do popełnienia przestępstwa. W związku z tym, Pan Senator wskazuje na „całkowitą nieskuteczność dotychczasowych rozwiązań, szczególnie na styku ustawy o zamówieniach publicznych z kodeksem karnym”. Należy przede wszystkim zauważyć, że tzw. „ustawianie przetargów” jest dokonywane przez osoby, które

¹ Art. 305. § 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działającą 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 informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działającą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

§ 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

są odpowiedzialne za ich organizowanie i przeprowadzenie, nie zaś przez zamawiających będących „instytucjami, na rzecz których przetarg jest dokonywany”. Osoba przeprowadzająca przetarg (tzn. kierownik zamawiającego lub osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie dokonują przetargu na swoją rzecz, ale na rzecz zamawiającego. Zatem sytuacja, o której wspomina cytowany fragment komentarza, jakoby w porozumieniu brał udział zamawiający, zwykle nie ma miejsca.

Jeżeli natomiast jednak doszłoby do wejścia w porozumienie przez zamawiającego, to zastosowanie mają zasady odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych. Zgodnie jednak z art. 2 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary² odpowiedzialności karnej nie podlega Skarb Państwa i jednostki samorządów terytorialnych. Trudno zresztą wyobrazić sobie inne rozstrzygnięcie³.

Zatem odpowiedzialność karną za tzw. ustawianie przetargów organizowanych na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych z reguły ponoszą osoby fizyczne, zarówno występujące po stronie uczestnika przetargu, jak też po stronie zamawiającego⁴. Sytuacja opisana w cytowanym przez Pana Senatora komentarzu w praktyce nie będzie miała miejsca, bo osoby wchodzące w porozumienie zwykle działają dla swojej osobistej korzyści, a na szkodę zamawiającego. Wobec tego fakt, że przepis art. 305 k.k. penalizuje tylko porozumienie zawarte na szkodę zamawiającego lub innego beneficjenta przetargu nie powoduje, że tzw. ustawianie przetargów jest poza sankcją karną. W takich przypadkach bowiem spełniona jest więc przesłanka „działania na szkodę instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”.

W doktrynie wyrażany jest również pogląd, że jeżeli osoba fizyczna wchodzi w porozumienie w ramach swoich obowiązków jako reprezentant instytucji, to nie popełnia przestępstwa⁵. Nawet jeżeli przyjąć ten pogląd, to niewątpliwie osoby wydające polecenie wejścia w porozumienie na podstawie art. 18 Kodeksu karnego będą odpowiadały za sprawstwo kierownicze lub podżeganie do popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. W tym miejscu należy podkreślić, że z zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁶ zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponieważ więc zamawiający nie może zgodnie z prawem polecić osobie wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do wejścia w porozumienie z inną osobą działając na swoją szkodę lub szkodę uczestnika postępowania w sprawie zamówienia publicznego (w doktrynie: „beneficjenta przetargu”), takie polecenie będzie prawnie bezskuteczne⁷.

² Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.).

³ Art. 9. 1. Wobec podmiotu zbiorowego można orzec:

- 1) zakaz promocji lub reklamy prowadzonej działalności, wytwarzanych lub sprzedawanych wyrobów, świadczonych usług lub udzielanych świadczeń;
- 2) zakaz korzystania z dotacji, subwencji lub innych form wsparcia finansowego środkami publicznymi;
- 3) zakaz korzystania z pomocy organizacji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem;
- 4) zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 5) zakaz prowadzenia określonej działalności podstawowej lub ubocznej;
- 6) podanie wyroku do publicznej wiadomości.

2. Zakazy, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5, orzeka się na okres od 1 roku do lat 5; orzeka się je w latach.

3. Zakazu, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, nie orzeka się, jeżeli jego orzeczenie mogłoby doprowadzić do upadłości albo likwidacji podmiotu zbiorowego lub zwolnień, o których mowa w art. 1 ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (Dz. U. Nr 90, poz. 844, z późn. zm.).

⁴ Włodzimierz Wróbel w: *Kodeks karny. Część szczegółowa. Tom III. Komentarz do artykułów 278-363 K.K.* Wydanie II. Zakamycze, Kraków 2006, teza 19, str. 849.

⁵ Robert Zawłocki w: *Kodeks karny. Część szczegółowa. Tom III. Komentarz do artykułów 222-316.* pod red. Prof. Andrzeja Wąsika. 3. wydanie. C.H. Beck, Warszawa 2006. teza 79, str. 1437.

⁶ Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

⁷ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej:

Zupełnie innym problemem jest kwestia udowodnienia wejścia w karalne porozumienie. Jak bowiem wskazuje doktryna: „Przestępstwo porozumienia w przetargach publicznych, w praktyce najczęściej występuje w postaci nieoficjalnych i niejawnych porozumień zamawiającego z oferentem co do uprzywilejowanych warunków zawarcia umowy (tzw. zmowa licytacyjna) lub co do uprzywilejowanego przeprowadzenia przetargu (tzw. oferta krótkiego spięcia) (zob. D. Czajka Przestępstwa menadżerskie, s. 229-230)”⁸.

Podsumowując należy uznać, że przepis art. 305 k.k. nie pozostawia bez penalizacji tzw. ustawiania przetargów. Naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych (do których należy tzw. ustawianie przetargów) podlega karaniu także w trybie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych. Z tych względów nie można uznać, że obowiązujące rozwiązania na styku ustawy o zamówieniach publicznych i kodeksu karnego są błędne. Skuteczność tych przepisów zależy natomiast od czynników często niezależnych od konstrukcji norm prawnych.

2 powaszkowej

T. Nowakowski

Art. 48. 3. Członek korpusu służby cywilnej nie wykonuje polecenia, jeżeli prowadziłoby to do popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, o czym niezwłocznie informuje dyrektora generalnego urzędu.
Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy:

Art. 100 § 1. Pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę.

⁸ Robert Zawłocki, jak wyżej, teza 42.23.