

Grzegorz Borowik

Zwalczanie zmów cenowych jako zagrożenia ekonomicznych interesów RP – próba oceny skuteczności unormowań prawnych

Istotną część wydatków publicznych, w tym między innymi na inwestycje w infrastrukturę, stanowią zlecenia udzielane w wyniku przeprowadzenia przetargów publicznych. Przetargi są prowadzone głównie na podstawie unormowań ustawy – *Prawo zamówień publicznych*¹. Konstrukcja przetargu publicznego zawiera wiele elementów, które same w sobie sprzyjają osiągnięciu przez zamawiającego optymalnych warunków zlecenia zamówienia, a zwłaszcza ceny. Postępowanie jawne, obwarowane obowiązkiem jego ogłoszenia w stosownych publikatorach, jest dostępne dla wszystkich podmiotów spełniających warunki ujęte w ogłoszeniu. Podmioty, które nie spełniają tych warunków, lecz dążą do uzyskania zleceń, mają możliwość zaskarżania zapisów *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* (SIWZ)², które w ich ocenie w sposób niezasadny ograniczają konkurencję. Uczestnicy przetargu są wyposażeni w środki prawne pozwalające na weryfikację prawidłowości decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że same wskazane unormowania gwarantują uzyskanie przez zlecającego prace optymalnych warunków realizacji zamówienia, szczególnie w zakresie tak wynegocjowanej ceny.

Pomimo wyżej wskazanych unormowań, podczas przeprowadzania przetargów publicznych pojawia się jedno z istotnych zagrożeń ekonomicznych dla interesów majątkowych podmiotów zamawiających jako dysponentów środków publicznych, jakimi są przede wszystkim Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego. Zagrożeniem tym są tzw. zmony cenowe, których wystąpienie skutkuje niezasadnym zawyżeniem wydatków publicznych. Ryzyko pojawienia się powyższego zagrożenia jest zróżnicowane i w danej sytuacji zależy od wielu czynników, podobnie jak skala i skutki tego zjawiska. Opierając się na ustaleniach Delegatury ABW w Lublinie, można przyjąć, że skuteczne doprowadzenie do zawarcia zmony cenowej przez wszystkich uczestników przetargu prowadzi do zawyżenia wartości zamówienia najczęściej o około 20 proc., niemniej jednak zaobserwowano również sytuację, gdy zawyżenie sięgnęło nawet 100 proc. minimalnej wartości oferty, jaka zostałaby złożona w warunkach konkurencji (zamówienie opiewało na kwotę kilkunastu milionów zł)³.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 90; dalej: ustawa – *Prawo zamówień publicznych*).

² *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia* – w rozumieniu ustawy – *Prawo zamówień publicznych* chodzi o warunki, jakie muszą zostać spełnione przez wykonawcę, aby mógł on ubiegać się o określone zamówienie, a także o warunki precyzujące cechy oraz sposób realizacji zamówienia.

³ Funkcjonariusze Delegatury ABW w Lublinie w ramach jednej ze spraw w latach 2007–2009 objęli rozpoznaniem kilkadziesiąt przetargów dotyczących infrastruktury drogowej, głównie na terenie województwa lubelskiego. Z porównania ofert cenowych przygotowanych przez przedsiębiorców zarówno w wariantcie odpowiadającym zawartemu porozumieniu, jak i w przypadku rzeczywistej konkurencyjnej postawy oferentów wynika, że w pierwszym przypadku oferty opiewały najczęściej na kwoty o około 20 proc. wyższe niż w drugim z opisanych wariantów. Skala zawyżenia mogła być jednak znacznie wyższa. W ramach śledztwa (VI Ds. 23/11/S) weryfikowano nieprawidłowości w związku z pięcioma przetargami, które zostały rozstrzygnięte na łączną kwotę 160 mln zł. Z ustaleń funkcjonariuszy DABW w Lublinie wynika, iż jeden z uczestni-

Ustalenia funkcjonariuszy Delegatury ABW w Lublinie, które były podstawą do zainicjowania postępowań przygotowawczych w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia czynu z art. 305 § 1 kk: *Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3⁴*

w większości zakończyły się umorzeniem postępowania lub decyzją o odmowie jego wszczęcia⁵. Analiza wskazanych edycji merytorycznych pozwala na przybliżenie problematyki oceny skuteczności unormowań prawnych w zakresie przeciwdziałania wskazanym zjawiskom.

Przedmiot ochrony czynu opisanego w art. 305 § 1 kk

Przechodząc do analizy unormowań prawnych czynu określonego w art. 305 § 1 kk, na wstępie należy powiedzieć o konsekwencjach, jakie wynikają z systematyki – wskazany czyn zabroniony został umieszczony w rozdziale XXXVI *Kodeksu karnego*, który nosi tytuł: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*. Umieszczenie czynu z art. 305 kk w tym rozdziale wskazuje, że wprawdzie indywidualnym przedmiotem ochrony są interesy podmiotu przeprowadzającego publiczny przetarg – jak to podkreślają przedstawiciele doktryny – niemniej jednak taka systematyka wskazanego unormowania świadczy o tym, że poza naruszeniem dobra prawnego, jakim są interesy majątkowe zlecającego zamówienie, ustawodawca wyraźnie bierze pod ochronę prawidłowość obrotu gospodarczego⁶. Według jednego z poglądów działanie na szkodę może odnosić się do każdej osoby, która wykaże swój interes majątkowy w związku z przeprowadzaniem przetargiem publicznym⁷. Wyrażane są również poglądy, że przestępstwo z art. 305 § 1 kk dotyczy wyłącznie działania na szkodę organizatora przetargu lub podmiotu, na którego rzecz został on zorganizowany, przy czym *de lege ferenda* wysuwane są postulaty, aby rozszerzyć zakres penalizacji na zachowania, które wyrządzają szkodę oferentom biorącym udział w postępowaniu⁸.

Fakt, że ewentualne nielegalne porozumienie obejmuje wszystkie oferty, jakie zostały złożone w przetargu, nie oznacza automatycznie, że przedstawiciele wszystkich podmiotów biorących udział w przetargu wyrazili zgodę na takie działanie. W przy-

ków przetargu wycenił wartość tych zadań na kwotę 103 mln zł. Po rozmowach przeprowadzonych z konkurentami złożył jednak znacznie wyższe oferty ze świadomością, że w czterech z pięciu przypadków będą one mniej korzystne.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U. z 1997 Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

⁵ Prokuratura Okręgowa w Lublinie (VI Ds. 13/08/Sp, VI Ds. 23/11/S, sygn. VI Ds. 11/12/S), Prokuratura Rejonowa w Lubartowie (Ds. 685/11/S), Prokuratura Rejonowa w Białej Podlaskiej (2 Ds. 455/11/S), Prokuratura Okręgowa w Siedlcach (sygn. akt. V Ds. 17/11, sygn. akt. V Ds. 34/11).

⁶ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, Wolters Kluwer, s. 655: *Przedmiotem ochrony omawianego przepisu jest nie tylko interes właściciela mienia, będącego przedmiotem przetargu, oraz osób, na rzecz których przetarg jest dokonywany, lecz także prawidłowa realizacja i rzetelność instytucji przetargu publicznego jako jednego ze sposobów zawierania umów cywilnoprawnych o cechach dużej przejrzystości dla zainteresowanych podmiotów*. Zob. też: komentarz do art. 305 autorstwa M. Kulika, w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2010, Wolters Kluwer s. 607.

⁷ B. Kurzępa, *Przestępstwa związane z udzielanymi zamówieniami publicznymi*, „Prokurator” 2004, nr 4, s. 17 (LEX 93420/3).

⁸ W. Jaroch, *Przestępstwa w systemie zamówień publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 93–112.

padku wspólnego złożenia oferty przez kilku wykonawców, co jest dopuszczalne zgodnie z art. 23 ustawy – *Prawo zamówień publicznych*, stosunek wewnętrzny między partnerami gospodarczymi decyduje, w jaki sposób zostanie określona kwota wspólnej oferty, która następnie zostanie złożona. Najczęściej każdy z uczestników decyduje o cenach tych pozycji zamówienia, które ma realizować. W takiej konfiguracji może się zdarzyć, że jeden z wykonawców składających wspólną ofertę porozumie się z konkurentami bez wiedzy swoich partnerów gospodarczych. Przykładowym porozumieniem może być zwiększenie kwoty oferty w przetargu w zamian za partycypację w zleceniu uzyskanym przez uzgodnionego zwycięzcę, względnie uzyskaniu zlecenia co do innych prac. Jest zatem możliwe, że w wyniku zмовy oprócz zamawiającego zostaną pokrzywdzeni także przedsiębiorcy⁹.

Tym samym wcześniejsze rozważania na temat przedmiotu ochrony z art. 305 kk nie mają charakteru wyłącznie teoretycznego. Jeśli bowiem uznaje się, że przedmiotem tym jest wyłączenie interes zamawiającego, to wówczas uczestnik przetargu, w którym w wyniku zмовy naruszono jego interes, nie będzie miał statusu pokrzywdzonego wskazanym czynem. Jeśli natomiast uznamy, że przedmiotem ochrony jest także – zgodnie z tytułem rozdziału – *obrót gospodarczy*, to bez wątpienia pojęcie to obejmuje także zakłócenie prawidłowości przebiegu przetargu jako trybu zawarcia umowy. W konsekwencji w takim przypadku uczestnik przetargu uzyska status pokrzywdzonego¹⁰. Nie ma przeszkód, aby jako dobro chronione prawem uznać prawidłowy obrót gospodarczy, który bez wątpienia jest naruszany w wyniku zмов przetargowych. Sam status pokrzywdzonego determinuje wiele innych uprawnień, ze statusem strony postępowania włącznie (m.in. wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia czy zaskarżanie decyzji merytorycznych)¹¹. Pokrzywdzony jako powód cywilny w procesie karnym może dochodzić roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z popełnienia przestępstwa¹². Analizując zjawisko zмовy przetargowej, zasadne wydaje się założenie, że przedsiębiorcy pokrzywdzeni w wyniku zмов cenowych, którzy oprócz zamawiającego najrealniej odczuwają skutki wskazanego proceduru, mogą być zainteresowani możliwością skorzystania ze środków prawnych. W takim przypadku należy przypuszczać, że przebieg i wyniki przetargów będą wnikliwiej analizowane, co z kolei będzie także pozytywnie oddziaływać na interesy majątkowe zamawiających instytucji. Kwestia ta wydaje się istotna w ramach kompleksowych rozwiązań mających na celu przeciwdziałanie zमowom przetargowym i ich zwalczanie.

Tryb ścigania zмов przetargowych

Okoliczność, że krąg pokrzywdzonych zमowami przetargowymi obejmuje także innych dysponentów funduszy publicznych niż Skarb Państwa, nie zmienia zasad-

⁹ Ustalenia funkcjonariuszy DABW w Lublinie wskazują, że porozumienia obejmowały również tzw. powiązanie konkurencji. Stwierdzono, że przynajmniej w kilku sytuacjach określone osoby, realizując uprzednio zawarte porozumienia, złożyły innym zarządzającym spółkami drogowymi propozycję wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne tylko w tym celu, aby podmioty te nie złożyły konkurencyjnej oferty i nie nawiązały współpracy z innymi podmiotami niż kierujące tego typu propozycję. Podczas przetargu okazywało się, że wskazane oferty są mniej korzystne cenowo dla zamawiającego.

¹⁰ Art. 49 § 1 *Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. z 1997 Nr 89, poz. 555, z późn. zm.; dalej: *kpk*): *Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo.*

¹¹ Por. art. 53, 54 § 1, 55 § 1 w zw. z art. 330 § 2., 299 § 1, 425 § 1 *kpk*.

¹² Art. 62 *kpk*: *Pokrzywdzony może aż do rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej wytoczyć przeciw oskarżonemu powództwo cywilne w celu dochodzenia w postępowaniu karnym roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z popełnienia przestępstwa.*

niczego spojrzenia na to zjawisko z punktu widzenia ustawowych kompetencji Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego jako czynów godzących w podstawy ekonomiczne państwa¹³. W ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu pojęcie czynu godzącego w podstawy ekonomiczne państwa nie jest zdefiniowane, pomimo że wyznacza granice właściwości rzeczowej służby¹⁴. Istnieje wiele wydatków publicznych dokonywanych przez inne podmioty niż państwowe – przede wszystkim przez jednostki samorządu terytorialnego. Nie oznacza to jednak, że są one obojętne z punktu widzenia interesów ekonomicznych państwa. Samorząd terytorialny ma konstytucyjnie zagwarantowaną samodzielność¹⁵, co nie zmienia faktu, że istotną część środków przeznaczanych m.in. na realizację zamówień publicznych w drodze przetargów uzyskuje od Skarbu Państwa¹⁶. Szczególnym przykładem dofinansowania działalności samorządów są dotacje celowe między innymi w lokalną infrastrukturę¹⁷.

Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem m.in. zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów¹⁸. Skarb Państwa, inwestując w działalność jednostek samorządu terytorialnego, nie powinien być pozbawiony środków prawnych gwarantujących realizację wskazanej wyżej dyrektywy ustawowej. Niemniej jednak obecne unormowanie przestępstwa z art. 305 kk przewiduje jego ściganie na wniosek, jeśli pokrzywdzonym jest inny podmiot niż Skarb Państwa¹⁹. Z kolei w ustawowej definicji pokrzywdzonego zakłada się bezpośrednie naruszenie bądź zagrożenie dobra prawnego. A więc w przypadku innym niż dotacja celowa jako dochód jednostki samorządu terytorialnego raczej należy się opowiedzieć za poglądem, że Skarb Państwa nie zostanie uznany za pokrzywdzonego. W konsekwencji ściganie ewentualnej zмовы przetargowej będzie uzależnione wyłącznie od złożenia wniosku przez odpowiednie władze jednostki samorządu terytorialnego. Brak wskazanego wniosku uniemożliwi wszczęcie oraz przeprowadzenie postępowania karnego niezależnie od posiadanych przez organy ścigania informacji i dowodów w zakresie zaistnienia zмовы przetargowej²⁰.

¹³ Art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b *Ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu* (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154, z późn. zm.; dalej: ustawa o ABW oraz AW): *Do zadań ABW należy: (...) 2) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw: (...) b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa (...) oraz ściganie ich sprawców.*

¹⁴ Pojęcie to jest natomiast zdefiniowane w *Ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym* (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 poz. 621, z późn. zm.; dalej: ustawa o CBA), wskazując na właściwość rzeczową Biura w zakresie zwalczania działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa. Działalność ta jest jednak ujmowana bardzo szeroko i obejmuje: każde zachowanie mogące spowodować w mieniu: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, 2) jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych otrzymującej środki publiczne, 3) przedsiębiorcy z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego – znaczącą szkodę, przy czym grożąca szkoda musi wynosić co najmniej 200 tys. zł – por. art. 1 ust. 4 wskazanej ustawy.

¹⁵ Art. 165 ust. 2 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997* (Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm; dalej: Konstytucja RP): *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego podlega ochronie sądowej.*

¹⁶ *Ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego* (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 80, poz. 526, z późn. zm.) – art. 3 ust. 1: *Dochodami jednostek samorządu terytorialnego są: 1) dochody własne; 2) subwencja ogólna; 3) dotacje celowe z budżetu państwa.*

¹⁷ *Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie udzielania dotacji celowych dla jednostek samorządu terytorialnego na przebudowę, budowę lub remonty dróg powiatowych i gminnych* (Dz.U. Nr 53, poz. 435 z późn. zm.).

¹⁸ Art. 41 ust. 3 *Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych* (tekst jedn.: Dz.U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm).

¹⁹ Art. 305 § 3 kk: *Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego.*

²⁰ Konstytucja RP wyraźnie rozgranicza majątek Skarbu Państwa od mienia komunalnego, z czego wyni-

Wnioskowy tryb ścigania przestępstwa jest oparty na założeniu, że osoba uprawniona do złożenia wniosku (najczęściej pokrzywdzony) może przynajmniej w istotny sposób decydować o dobru prawnym, które zostało zagrożone bądź naruszone na skutek przestępstwa. Mienie jednostek samorządu terytorialnego wprowadzie nie ma charakteru państwowego, ale ma charakter publiczny – służy zaspokajaniu potrzeb publicznych, i co ważniejsze – jest finansowane ze środków publicznych, zwłaszcza z przymusowych obowiązków fiskalnych, jakimi są podatki. Omawiając ustrojową pozycję samorządu terytorialnego, trzeba odnotować, że jego samodzielność podlega ochronie sądowej, niemniej jednak nie ma charakteru nieograniczonego – odpowiednie organy sprawują nadzór nad legalnością działań samorządu²¹. Ważną wskazówką interpretacyjną dotyczącą pozycji samorządu terytorialnego wydają się również uprawnienia, jakie posiada Najwyższa Izba Kontroli. Kontrola działalności jednostek samorządowych nie może obejmować celowości działań, ale może obejmować ich legalność, gospodarność i rzetelność²². W zakres samodzielności nie wchodzi zatem gospodarność, tylko jedynie celowość. Analizując zjawisko zmywy przetargowej, należy stwierdzić, że nie narusza ono celowości – przedmiot przetargu pozostaje bowiem niezmienny, jak określił go zamawiający. Naruszenie dotyczy natomiast sfery gospodarności (głównie ceny, ale może dotyczyć również innych kryteriów, takich jak gwarancja jakości, termin wykonania itp). Skutkiem zmywy cenowej jest zlecenie prac w warunkach mniej korzystnych niż wynikające z realiów rzeczywiście konkurencyjnego złożenia ofert. Z perspektywy zamawiającego trzeba to ocenić jako działanie niegospodarne, aczkolwiek w tym przypadku rozumiane jako niemuszające łączyć się z zawinieniem ze strony przedstawicieli zamawiającego.

Klasyczna zмова przetargowa dotyczy ustalenia poziomu cen przez uczestników przetargu, a więc sprowadza się do działań oferentów, a przedstawiciele zamawiającego nie muszą ani uczestniczyć we wskazanych praktykach, ani nawet o nich wiedzieć, a w skrajnych przypadkach nawet ich podejrzewać. Nie można jednak pominąć faktu, że zмова przetargowa staje się szczególnie niebezpieczna dla zamawiającego wówczas, gdy obejmuje także jego przedstawicieli. O ile formalne czynności zamawiającego na etapie wyłaniania wykonawcy są praktycznie w pełni transparentne (możliwość zapoznania się z kontrofertami, system środków odwoławczych itp.), o tyle na etapie określania warunków dostępu do wskazanego zamówienia, w tym szczególnie wymagań od przyszłego wykonawcy (np. referencje, potencjał kadrowy, finansowy, sprzętowy czy zdolność finansowa), możliwości te wydają się znacznie mniejsze. Pewne możliwości stwarza uprawnienie zaskarżania postanowień *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*²³ wynikające z ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Ustawodawca definiuje, że warunki stawiane wykonawcom mogą dotyczyć m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także samej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Opis sposobu dokonania oceny spełniania wskazanych warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny

ka, że co do zasady czyn godzący w mienie komunalne nie będzie skutkował bezpośrednim pokrzywdzeniem Skarbu Państwa. Por. art. 61 ust. 1 oraz 203 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

²¹ Art. 171 Konstytucji RP: 1. *Działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności.* 2. *Organami nadzoru nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego są Prezes Rady Ministrów i wojewodowie, a w zakresie spraw finansowych regionalne izby obrachunkowe.*

²² Por. przypis 19.

²³ Podstawę prawną wskazuje art. 180 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Obejmuje ona zawsze: *opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

do jego przedmiotu, a postawienie warunków w założeniu ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia²⁴. Sens i cel wskazanych unormowań nie budzi wątpliwości, jednak fakt, że są one jedynie dyrektywą postępowania, a same w sobie nie wskazują konkretnych rozwiązań, powoduje, że w analogicznych stanach faktycznych przyjmowano różne rozwiązania²⁵. Sama możliwość zaskarżania zapisów SIWZ nie może być traktowana jako gwarancja, że jest wykluczone formułowanie warunków zamówienia pod określonego wykonawcę lub kilku z nich.

Nie kwestionując zasadności stawiania wykonawcy wymogów, należy stwierdzić, że każdy z nich wpływa na określenie kręgu podmiotów spełniających wymagania stawiane przy ubieganiu się o wskazane zamówienie publiczne, a ściślej rzecz ujmując, krąg ten zawęża. O ile poszczególne wymagania nie eliminują z walki istotnej części konkurencji, o tyle ich suma już w znaczny sposób wpływa na ograniczenie liczby potencjalnych oferentów, a zdarza się, że zostaje ona zredukowana do kilku. Ustawowe uregulowania samorządu terytorialnego skutkują tym, że podmiot uprawniony do złożenia wniosku o ściganie czynu z art. 305 kk oraz zamawiający to te same organy czy też jednostki organizacyjne, a zatem w obu kwestiach decyzje będzie najprawdopodobniej podejmowała ta sama osoba. Wydaje się, że jest to wystarczający powód, aby ściganie zmowy przetargowej na szkodę jednostki samorządu terytorialnego nie było zależne od wniosku o ściganie pochodzące od kierownictwa tej jednostki, które jednocześnie decydowało o warunkach przetargu²⁶. Przystąpienie podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku o ściganie zmowy cenowej w istocie unicestwia rzeczywiste możliwości ścigania takiego przestępstwa.

Z powyższych powodów *de lege ferenda* rozważenia wymaga postulat zmiany art. 305 § 3 kk, tak aby ściganie przestępstwa określonego w § 1 i 2 art. 305 kk miało wnioskowy charakter, w przypadku gdy pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego.

²⁴ Art. 22 ustawy – *Prawo zamówień publicznych*.

²⁵ Przykładem mogą być różne uregulowania SIWZ w przetargach na roboty budowlane. W jednym z przypadków wychodzą z założenia, że skoro określony wykonawca jest w stanie zbudować 1 km drogi określonej kategorii, to jego referencje uprawniają go do ubiegania się w przetargu na budowę nawet 10 km tego typu odcinka. W innym przypadku natomiast uznawano, że liczy się skala budowy, w związku z czym referencje na 1 km wystarczają jedynie na budowę odcinka maksymalnie 2 km drogi, gdyż w zakresie robót na taką skalę można pozytywnie rekomendować wykonawcę. W jeszcze innym przypadku brano pod uwagę wartość prac, na jaką podmiot zrealizował roboty. To również bywa iluzoryczne, ponieważ zdarzają się przypadki, gdy relatywnie większe zamówienie jest realizowane za kwotę niższą od niewiele mniejszego, co jest związane z niejednolitością cen. Zapisy SIWZ wyznaczały wartość prac na określonych kategoriach dróg – przykładem jest uznawanie doświadczeń na drogach krajowych, a pomijanie dróg miejskich, które w istocie różnią się najczęściej szerszym zakresem prac branż sanitarniej, elektrycznej itp.

²⁶ Przykładem może być sytuacja, która została ustalona w śledztwie prowadzonym przez Prokuraturę Rejonową w Lubartowie (Ds. 685/11/S) podczas jednego z przetargów, który miał miejsce w 2009 r. Z ustaleń wynikało, że urzędnicy jednego z miast opracowali SIWZ pod kątem doświadczenia wykonawcy w ten sposób, że wymagania odnośnie do doświadczenia mierzonego wartością wcześniej wykonanych prac w zakresie sygnalizacji świetlnej spełniała tylko jedna firma z terenu województwa lubelskiego. Wskazana firma zgodziła się na przedprzetargową współpracę z trzema firmami branży stricte drogowej, odmawiając współpracy z innymi podmiotami. Tym samym na etapie przetargu referencje od tego podmiotu przedłożyły wyłącznie wskazane trzy spółki drogowe, których przedstawiciele, jak ustalono, zawiązali zmwowę (ceny od wskazanych podmiotów, jakie wpłynęły w przetargu, to 5,4 mln zł, 5,5 mln zł oraz 5,6 mln zł). W przetargu wpłynęły jeszcze dwie oferty, których przedstawiciele wykazali doświadczenie w zakładaniu sygnalizacji świetlnej (wykonanie robót o określonej wartości), firm z innych części kraju (odległych o kilkaset kilometrów), które nigdy nie starowały i nie działały na rynku lubelskim. Zamówienie zrealizowała jedna z tych firm, która złożyła najtańszą ofertę cenową na poziomie 3,9 mln zł. Nawiasem mówiąc, wymagane w niniejszym przypadku doświadczenie w wykonywaniu sygnalizacji świetlnej wskazywało na wartość dwukrotnie wyższą od wartości sygnalizacji świetlnej będącej przedmiotem przetargu.

Uprawnienia zamawiającego wynikające z ustawy – *Prawo zamówień publicznych*

Konstrukcja wnioskowego trybu ścigania zakłada, że ewentualne wszczęcie i przeprowadzenie postępowania karnego jest uzależnione od woli pokrzywdzonego, jego przedstawiciela, względnie innego podmiotu. Wniosku o ściganie nie można utożsamiać z zawiadomieniem organów ścigania o popełnieniu przestępstwa, niemniej jednak wydaje się, że podjęcie decyzji o złożeniu wniosku o ściganie powinno być skorelowane z posiadaniem wiedzy o wskazanym czynie, a przynajmniej z ogólnym rozeznaniem co do okoliczności jego popełnienia. Za kluczowe trzeba uznać przeanalizowanie, jakie realne możliwości rozpoznania zмовы przetargowej ma zamawiający. Reakcja na zmovę przetargową bez względu na to, czy będzie to działanie ukierunkowane na wszczęcie postępowania karnego (zawiadomienie, złożenie wniosku o ściganie), czy też wykorzystanie innych instrumentów prawnych, wymaga przede wszystkim powzięcia przez zamawiającego informacji, że do zмовы doszło, względnie istnieje określone prawdopodobieństwo wystąpienia tego typu działań.

Zamawiający dysponuje jedynie finalnym stanowiskiem przedsiębiorcy w odpowiedzi na umieszczone ogłoszenie o przetargu (ofercie). Fakt, że ofertę podpisała osoba w określony sposób upoważniona, którą najczęściej jest osoba uprawniona do reprezentowania spółki, nie oznacza automatycznie, że decydowała ona o jej warunkach, zwłaszcza o cenie. W różnych podmiotach funkcjonują odmienne praktyki – niekiedy oferta wynika bezpośrednio z kalkulacji pracownika działu wycen, która nie jest korygowana, ale zdarza się również, że proces jej zatwierdzania może obejmować wiele szczebli, nie wyłączając także osób, które nadzorują pracę osób upoważnionych do jej podpisu. Do zamawiającego trafia oświadczenie, że określony podmiot na określonych warunkach decyduje się wykonać określone zamówienie. Jest to zatem produkt finalny, który de facto w żaden sposób nie uzasadnia ani nie wyjaśnia, czym kierował się przedsiębiorca, składając określone warunki oferty. Na podstawie jedynie samej analizy dokumentów przedłożonych przez ubiegającego się o zamówienie, szczególnie treści oferty, trudno wnioskować, że jej złożenie może wynikać z podejrzania popełnienia czynu, o którym mowa w art. 305 § 1 kk. Zasadniczo faktu tego nie zmienia również sporządzenie porównawczej analizy wszystkich ofert, jakie w danym przetargu zostały złożone. O ile bowiem nie trudno dojść do wniosku, że w określonym postępowaniu przetargowym nie można wykluczyć zaistnienia zмовы przetargowej, o tyle sformułowanie podejrzania popartego racjonalnymi przesłankami tylko na podstawie porównania ofert wydaje się trudne. Jednocześnie w zdecydowanej większości przypadków jest to jedyna perspektywa oceny zachowania uczestników przetargu przez przedstawicieli zamawiającego. Warto podkreślić, że prawo nie zabrania oferowania w przetargach wysokich cen, ale zabrania porozumień, które można określić jako naruszające konkurencyjność.

Niewątpliwie do legalnych praktyk podejmowanych przez uczestników przetargu należy zaliczyć nie tylko wystawianie przez przedsiębiorcę najniższej ceny, jaką może zaoferować, lecz także składanie oferty z ceną dużo wyższą od tego typu wycień z przyczyn taktycznych, które mogą być oparte na różnych założeniach. Złożenie tego typu oferty może wynikać choćby z dążenia do rozpoznania aktualnych cen konkurencji – uczestnik przetargu ma prawo przejrzeć oferty konkurencyjne, aby ustalić, czy nie zawierają one błędów. Intencja ustawodawcy zakładała przyznanie tego uprawnienia w celu zapewnienia przejrzystości postępowania przetargowego, ale brakuje podstaw do uznania, że jest to nielegalna praktyka ukierunkowana na poznanie cen konkurencji.

Zasadne wydaje się poruszenie powyższych okoliczności, aby dojść do przekonania, że analiza treści ofert wykonawców w oderwaniu od innych okoliczności sama w sobie nie pozwoli na poczynienie ustaleń, że do doszło do zawiązania zmywy cenowej, utrudnienia bądź udaremnienia przetargu. W mechanizmie zmywy cenowej złożona oferta jest wynikiem zaistnienia określonego porozumienia. Nie oznacza to jednak, że analiza treści ofert jest bezprzedmiotowa. Na etapie prowadzenia postępowania karnego o czyn z art. 305 § 1 kk konieczne wydaje się zweryfikowanie, czy doszło do wejścia w porozumienie na szkodę zamawiającego, a zatem nie wydaje się zasadne, aby przy ustaleniach stanu faktycznego pominąć oferty jako wyraz finalnego stanowiska, jakie zostało wyrażone w odpowiedzi na ogłoszenie zamawiającego. Najczęściej będzie to miało miejsce w przypadku gdy porozumienie zawarto przed przetargiem – wówczas jego konsekwencją jest treść ofert. Treść ofert będzie miała równie istotny charakter dowodowy, gdy porozumienie zostanie zawarte już po ich złożeniu w przetargu – będzie ona wówczas rozstrzygać, czy w ogóle było możliwe zawarcie i zrealizowanie porozumienia, które jest przedmiotem określonego postępowania karnego. Przykładowym porozumieniem będzie sytuacja gdy po otwarciu ofert podmiot, który złożył najkorzystniejszą ofertę, odmówi podpisania umowy z zamawiającym, jednocześnie porozumiewając się z konkurentem, który złożył mniej korzystną ofertę, że po uzyskaniu prac podzłeci na jego rzecz ich część po atrakcyjniejszych stawkach cenowych, niż wynikałoby to z oferty najkorzystniejszej.

Podsumowując te rozważania, można stwierdzić, że po analizie treści ofert zamawiający nie uzyska pewności, że do zmywy doszło. Dane te musiałyby prowadzić do przekonania, że przedstawiciele konkurencyjnych przedsiębiorstw w przetargu popełnili konkretny czyn. Zwrot: *wchodzi w porozumienie* obejmuje osiągnięcie określonego konsensusu, który przynajmniej z założenia ma być zrealizowany. Nie oznacza to jednak, że przesłanki obiektywne, niezależne od sprawców, które uniemożliwią osiągnięcie celów porozumienia, wykluczają jego przestępny charakter – notabene taki charakter będzie miało przede wszystkim unieważnienie przetargu.

Analizując możliwość skierowania przez zamawiającego zawiadomienia do prokuratury należy stwierdzić, że zawiadomienie to musi pozostawać w związku ze znamionami art. 305 § 1 kk, a więc z konkretnymi czynami konkretnych osób. Zawiadamiający nie musi posiadać informacji o sprawcach przestępstwa, niemniej jednak zawiadomienie musi odnosić się do czynu, a na podstawie jedynie treści ofert dane te trudno odtworzyć. Można przypuszczać, że zawiadomienie oparte wyłącznie na treści ofert mogłoby się spotkać z odmową wszczęcia postępowania karnego z uwagi na brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia²⁷. Organy ścigania mają znacznie szersze możliwości działania zarówno na etapie prowadzenia postępowania karnego, jak i ewentualnie poprzedzających to postępowanie czynności operacyjnych. Nie zmienia to jednak niekorzystnych przypuszczeń co do skutku rozpatrzenia zawiadomienia o przestępstwie ze strony zamawiającego opartego wyłącznie na analizie dokumentów przetargowych.

Z formalnoprawnego punktu widzenia oferta złożona w warunkach zmywy przetargowej nie może doprowadzić do uzyskania zamówienia publicznego. Zgodnie z ustawą *Prawo zamówień publicznych* zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu prze-

²⁷ Por. art. 17 § 1 kpk: *Nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: 1) czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia.*

*pisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*²⁸. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* Niewątpliwie w definicję czynu nieuczciwej konkurencji będą wchodzić porozumienia wskazane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów²⁹ w art. 6 ust 1: *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (...) 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.*

Jednoznaczne brzmienie ustawy nakazujące odrzucenie oferty, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy interpretować jako stwierdzenie tego typu czynu, a nie jedynie jego podejrzenie.

Odrzucenie oferty zgodnie z ustawą *Prawo zamówień publicznych* jest czynnością zaskarżalną, a zasadnicza kwestia, jaka będzie badana, będzie dotyczyła nie tyle treści samej oferty, ile okoliczności, czy zamawiający był uprawniony do uznania, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Trudno zatem uznać, że zamawiający ma realne i skuteczne możliwości odrzucenia ofert, których złożenie wynika z nielegalnych porozumień cenowych. Analizując powyższe unormowania w odniesieniu do zmów przetargowych, należy stwierdzić, że unormowanie to ma małą wartość praktyczną. Uznanie, że złożenie najkorzystniejszej oferty wynikało z zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji skutkuje odrzuceniem tej oferty i wyborem kolejnej, ale niestety, mniej korzystnej dla zamawiającego. Z perspektywy zamawiającego wystąpi zatem zdarzenie niekorzystne. Odrzucanie ofert innych niż najkorzystniejsza natomiast nie zmienia wyboru zamawiającego.

Zgodnie z ustawą *Prawo zamówień publicznych* jako instrument przeciwdziałania znikom przetargowym trzeba wskazać unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli *cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*³⁰. Niewątpliwie powyższe unormowanie zabezpiecza przed skutkami zmów cenowych w ten sposób, że spełnia funkcję limitującą wydatek zamawiającego. Jest to prawna gwarancja, że nie wystąpi obowiązek zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego na kwotę wyższą, niż ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (kwota powinna zostać podana bezpośrednio przed otwarciem ofert)³¹. Nie umniejszając przydatności oraz istotności wskazanego unormowania, należy stwierdzić, że jego skuteczność jako narzędzia walki ze zjawiskiem zmów cenowych jest uwarunkowana poprawnym oszacowaniem zamówienia publicznego, pomijając nawet ocenę relacji, w jakiej kwota przeznaczona do wydatkowania powinna się mieć do szacunkowej wartości zamówienia, co jest odrębnym zagadnieniem. Zamawiający, szacując poziom wydatku, czyni to na podstawie abstrakcyjnego założenia opartego na odpowiednich danych, niemniej jednak zostają one urealnione dopiero na etapie opracowywania oferty

²⁸ Art. 89 ust 1 pkt 3 *Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej: ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

²⁹ *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.; dalej: ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów).

³⁰ Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

³¹ Art. 86 ust. 3, tamże.

przez wykonawcę. W przypadku szerokiej dostępności określonych dóbr bądź usług różnice szacunku zamówienia do wyniku przetargu będą niewielkie. W przypadku skomplikowanych zamówień i ograniczonej liczby podmiotów będących w stanie wykonać określone zamówienie publiczne, różnice mogą być jednak istotne, a czynników, które mogą wpłynąć na poziom ostatecznej oferty cenowej różnych wykonawców jest wiele i nie chodzi tylko o marżę³². Przykładem mogą być złożone roboty budowlane dróg i mostów, których szacunki mogą być wyższe nawet o ponad 100 proc. od najtańszej oferty³³. Jednocześnie przeszacowanie wartości zamówienia publicznego nie musi się łączyć z zawinionym działaniem organizatora przetargu, którym najczęściej jest urzędnik. Sytuacja, w której najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie musi jednak wynikać ze zmywu przetargowej, lecz z przesłanek znajdujących pełne uzasadnienie w realiach gospodarki wolnorynkowej.

Nie zawsze unieważnienie przetargu jest sytuacją korzystną z punktu widzenia interesów zamawiającego – istnieje wiele czynników, które mogą prowadzić do racjonalnego wniosku, że pomimo relatywnie wysokich cen, unieważnienie przetargu nie leży w interesie publicznym³⁴. Sytuacja ta nabiera szczególnego znaczenia w związku z zadaniami, w których przewiduje się finansowanie ze środków UE, w odniesieniu do wielomilionowych zadań, dla których procedura przetargowa może trwać nawet ponad rok. W skrajnych przypadkach decyzja o unieważnieniu postępowania może oznaczać upadek całego projektu. W nieco mniejszym stopniu, aczkolwiek równie istotne są zasady budżetowe państwa czy też samorządu terytorialnego. Brak realizacji zamówienia publicznego zaplanowanego w budżecie nie oznacza automatycznie, że w następnym roku zostaną zapewnione środki na tę inwestycję. Wymienione krytyczne uwagi świadczą raczej o ograniczeniach skuteczności wskazanego unormowania, co jednak nie zmienia ogólnego obrazu przydatności wspomnianej instytucji jako narzędzia służącego przeciwdziałaniu zmomom przetargowym nawet w przypadku pilnych zamówień publicznych³⁵.

³² W przypadku robót budowlanych istotnym czynnikiem poza marżą będzie posiadanie odpowiedniego potencjału technicznego w rejonie miejsca zlecenia inwestycji, szczególnie transportu. Ponadto wycena będzie zależała od aktualnego portfela zamówień firmy w stosunku do potencjału, zapewnienia frontu robót i ich braku itp. Czynniki te w warunkach realnej konkurencji bez wątpienia wpłyną na poziom cenowy ofert.

³³ Tak było w przetargu przeprowadzonym 27 maja 2009 r. na budowę obwodnicy Kocka oraz Woli Skromowskiej. Przed otwarciem ofert zamawiający odczytał kwotę 361 800 000,00 zł jako zamierzoną na sfinansowanie zamówienia, najkorzystniejsza oferta firmy, która zrealizowała inwestycję zgodnie z warunkami kontraktu, opiewała natomiast na kwotę 169 364 376,48 zł.

³⁴ W wyniku czynności podjętych przez funkcjonariuszy DABW w Lublinie ustalono, że w toku przetargu na tzw. bieżącą naprawę ubytków nawierzchni (po okresie zimowym) doszło do złożenia ofert, w których ceny były wyższe od kwot, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego. Pilność zamówienia publicznego przesądziła, że unieważnienie przetargu i ponowne jego rozpisanie było nieopłacalne (skutkowałoby zwiększonym zakresem przyszłych robót, gdyż ubytki nawierzchni szybko się poszerzają). Ponadto zwiększyłyby się ryzyko odpowiedzialności zarządcy drogi za szkody wynikłe z faktu jego wystąpienia.

³⁵ Przykładem może być jeden z przetargów, który został ogłoszony w 2009 r. w związku z przebiegiem wyścigu kolarskiego Tour de Pologne – zamówienie określano jako bardzo pilne. Pierwszy przetarg wyznaczono na 18 maja 2009 r., nie udało się jednak uzyskać oferty na poziomie niższym, niż kwota, którą zamierzał przeznaczyć inwestor, tj. 1 803 032,29 zł netto. Wszystkie oferty przekraczały wskazany budżet inwestora. Przetarg unieważniono, a dzień później ponownie go ogłoszono, nie zmieniając kwoty, jaką zamierzano przeznaczyć na zlecane prace. Wpłynęło sześć ofert, które oscyływały w przedziale od 1 530 129,45 zł do 1 793 783,00 zł netto, w tym także od wykonawcy, który pierwotnie wycenił prace na kwotę znacznie wyższą. Wynikiem tego było udzielenie zamówienia za kwotę ponad 20 proc. niższą niż najkorzystniejsza oferta z pierwszego przetargu, jednocześnie przy krótszym terminie realizacji prac. W związku z pierwszym przetargiem

De lege ferenda rozważenia wymaga postulat wprowadzenia samodzielnej przesłanki uprawniającej zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku powzięcia racjonalnego przypuszczenia, że złożenie ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji³⁶.

Analiza prawna wejścia w porozumienie, o którym mowa w art. 305 § 1 kk

Analizując stronę podmiotową przestępstwa z art. 305 § 1 kk, należy stwierdzić, że niezbędne jest udowodnienie zamiaru kierunkowego jako działania wynikającego z dążenia do celu, jakim jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Trzeba jednak zauważyć, że w przeciwieństwie do typowego przestępstwa korupcyjnego działanie w celu osiągnięcia korzyści osobistej nie będzie objęte dyspozycją wskazanej normy prawnej. Należy jednak mieć na względzie fakt, że zgodnie z art. 115 § 4 kk: *Korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego*, co dla omawianej problematyki ma takie znaczenie, że nie jest konieczne udowodnienie, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści dla samego siebie, lecz wystarczy udowodnić, że działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez określony podmiot. Z praktycznego punktu widzenia trzeba wskazać, że przytoczona dyspozycja obejmuje osoby zarządzające podmiotem ubiegającym się o uzyskanie określonych zamówień publicznych przy udowodnieniu, że działały w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez ten podmiot.

Czynności wykonawcze, jakie składają się na znamiona czynu z art. 305 § 1 kk, obejmują *udaremnienie* bądź *utrudnienie* przetargu, bądź też *wejście w porozumienie z innymi osobami*. Tematyka artykułu obejmuje nielegalne porozumienia, w związku z czym czyn z art. 305 § 1 kk zostanie ujęty w aspekcie jednego z trzech wskazanych, rozłącznych znamion tego przestępstwa. W doktrynie brakuje zgody, jak w praktyce rozumieć przestępne *wejście w porozumienie*, o którym mowa w art. 305 § 1 kk. Wyrażane są poglądy, że przepis nie określa bliżej, na czym miałyby polegać działanie objęte porozumieniem, ani nie wskazuje na cel tego porozumienia. Z tego powodu unormowanie jest oceniane jako sprzeczne z konstytucyjną zasadą dostatecznej określoności czynu karalnego³⁷ (*nullum crimen sine lege certa* – art. 42 Konstytucji RP³⁸). Podnoszony jest również zarzut nieproporcjonalnej, a zatem zbędnej, kryminalizacji (penalizacji). Jest on oparty na stwierdzeniu, że w odmianie sprawczej określonej w art. 305 § 1 kk zachowanie polegające na wejściu w porozumienie z inną osobą nie zostało powiązane z przetargiem publicznym, a w konsekwencji karalną czynność będzie stanowiło dowolne zachowanie dwóch lub więcej osób polegające na wejściu w porozumienie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, stanowiące działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na której rzecz przetarg jest dokonywany³⁹.

DABW w Lublinie przekazała do prokuratury materiały wskazujące na możliwość zaistnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Przedstawiciel pokrzywdzonego, którym była jednostka samorządowa, odmówił jednak złożenia wniosku o ściganie ujawnionego czynu.

³⁶ Art. 93 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

³⁷ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, A. Zoll (red.), t. 3, Komentarz do art. 278–363 k.k., Kraków 2006, Zakamycze (LEX nr 22999); także: K. Padrak, *Przestępstwo udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2010, nr 9, str. 2–27.

³⁸ *Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (...).*

³⁹ J. Skorupka, *Podstawy karania oszustw przetargowych ze szczególnym uwzględnieniem zamówień*

Odnosząc się do zasadności podnoszonych zarzutów w zakresie sprzeczności art. 305 kk z konstytucyjną regułą określoności ustawy karnej, nie można pominąć wyrażanych w doktrynie poglądów wskazujących na szczególne problemy, jakie wynikają z konsekwencji zasady *nullum crimen sine lege certa* na gruncie prawa karnego gospodarczego. Istota wskazanej reguły nie budzi wątpliwości – przepis karny musi określać zabronione zachowanie w sposób umożliwiający jego adresatowi odróżnienie zachowania zabronionego od dozwolonego⁴⁰. Podnoszona jest wtórność prawa karnego gospodarczego w stosunku do prawa gospodarczego – wyraźnie akcentowana jest konieczność udowodnienia naruszenia normy gospodarczej. W konsekwencji *a contrario* zachowanie zgodne z prawem gospodarczym nie narusza dobra prawnego w postaci prawidłowości obrotu gospodarczego⁴¹.

Swoboda działalności gospodarczej, z jej ustawowymi wyjątkami, jest zgodnie z Konstytucją RP jedną z fundamentalnych zasad określających ustrój państwa polskiego⁴². Nie ma ona jednak charakteru nieograniczonego – w myśl ustawy zasadniczej obowiązkiem władz publicznych jest m.in. ochrona przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi⁴³. W powyższym kontekście unormowanie z art. 305 kk w istocie gwarantuje równość szans na rynku i zachowanie uczciwej konkurencji. Przedsiębiorca stosujący się do szeroko rozumianych zakazów ustawowych naruszania reguł uczciwej konkurencji – zgodnie z zasadą zaufania obywatela do państwa – ma prawo oczekiwać, że reguł tych będą przestrzegali wszyscy przedsiębiorcy. Zaufanie to musi być oparte na istnieniu i skuteczności mechanizmów prawnych przeciwdziałania znikom, a zwłaszcza na funkcjonowaniu realnych sankcji za dopuszczenie się wskazanych praktyk. Ustanowienie wymienionych zakazów powinno być zatem powiązane z istnieniem realnych środków prawnych gwarantujących ich przestrzeganie.

W doktrynie podkreśla się, że istotą przestępstwa z art. 305 kk jest naruszenie reguł przetargu publicznego. Przetarg ma na celu wykorzystanie mechanizmów rynkowych w celu wyznaczenia odpowiedniej i najkorzystniejszej ceny lub oferenta na określone dobra lub zamówienia. W tym znaczeniu przetarg publiczny, jako jedna z instytucji zawierania umów w gospodarce rynkowej, podlega ochronie jako instrument prawidłowego obrotu gospodarczego, w szczególności gwarantujący równość podmiotów gospodarczych⁴⁴.

W kontekście konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej należy się opowiedzieć za poglądem, że w przypadku prawa karnego gospodarczego, a więc także normy z art. 305 kk, zachowanie zabronione przez prawo karne zawsze powinno być pierwotnie niedozwolone w ramach prawa gospodarczego⁴⁵. W takim ujęciu wyraźnie

publicznych. „Prokurator” 2008, nr 1, s. 14–22 (LEX nr 92810/3).

⁴⁰ A. Zientara, *Nullum crimen sine lege certa*, w: *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010, Wolters Kluwer, s. 250 (LEX nr 121108).

⁴¹ Tamże.

⁴² Art. 20 Konstytucji RP: *Spółeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*. Unormowanie jest umieszczone w rozdziale I zatytułowanym *Rzeczpospolita*. Zasada wolności gospodarczej została powtórzona w *Ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.).

⁴³ Art. 74 Konstytucji RP: *Władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa*.

⁴⁴ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305...*

⁴⁵ A. Zientara, *Nullum crimen...*, s. 38.

rysuje się istnienie zarówno norm sankcjonowanych (prawo gospodarcze), jak i sankcjonujących (prawo karne). W konsekwencji jest podkreślana niesamodzielność większości przepisów prawa karnego gospodarczego – ich wykładnia wymaga uwzględnienia tych niejako pierwotnych norm, ich zasięgu i celu⁴⁶.

Autor artykułu opowiada się za poglądem, że w takim ujęciu czyn opisany w art. 305 kk ma charakter niesamodzielny – pierwotną normą jest wcześniej wskazane unormowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazujące m.in. porozumień polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, szczególnie zakresu prac lub ceny⁴⁷.

Zestawiając wskazane przeciwstawne poglądy doktryny, należy stwierdzić, że w istocie twierdzenia odnośnie do sprzeczności z Konstytucją RP czynu z art. 305 § 1 kk są oparte na uznaniu, że wskazana norma ma charakter samodzielny, oderwany od unormowań prawa gospodarczego. W konsekwencji wyprowadzany jest zarzut niedostatecznej określoności zachowań wskazanych jako bezprawne. Zarzut *nullum crimen sine lege certa* musi jednak zostać skonfrontowany z kategorycznymi unormowaniami ustawowymi wyraźnie zakazującymi określonych porozumień. Niedozwolony charakter uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, zwłaszcza ceny, jest na tyle precyzyjnym opisem zachowania, że umożliwia odróżnienie zachowań legalnych od nielegalnych. W kontekście konieczności udowodnienia naruszenia normy gospodarczej⁴⁸ naturalną konsekwencją jest uznanie, że nie każde porozumienie, które mieści się w opisie czynu art. 305 § 1 kk, będzie miało charakter przestępny. Koniecznym warunkiem uznania zachowania za przestępcze będzie jednocześnie naruszenie stosownej normy gospodarczej⁴⁹. W takim ujęciu zarzut nieproporcjonalnej, a zatem zbędnej, kryminalizacji (penalizacji) wynikający z opisu porozumienia, o którym mowa w art. 305 § 1 kk, jest nieuzasadniony.

Praktyczne przykłady decyzji merytorycznych dotyczących przestępstwa z art. 305 § 1 kk

Analizując praktyczną skuteczność wskazanych wyżej unormowań prawnych, trudno dojść do jednoznacznych wniosków. Zgodnie z ustawą *Prawo zamówień publicznych* przetarg publiczny jest zasadniczym trybem udzielania zamówień finansowanych ze środków publicznych⁵⁰, a powszechność stosowania tej instytucji nie budzi wątpliwości. Opierając się na danych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji⁵¹ można stwierdzić, że czyn opisany w art. 305 kk jest niezwykle rzadko stwierdzany w praktyce⁵². Przedstawiciele nauki zajmujący się badaniem przestępczości podkreśla-

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Por. przypis 29.

⁴⁸ Por. przypis 45.

⁴⁹ A. Zientara wskazuje na koncepcję, że przedmiot przestępstwa stanowi pozaustawowe znamię czynu zabronionego – brak naruszenia dobra prawnego chronionego przepisem wykluczy przestępczy charakter czynu. Druga z proponowanych koncepcji jest oparta na kontratybie działania w ramach uprawnień i obowiązków (wskazane wcześniej unormowania statuujące zasadę wolności gospodarczej), A. Zientara, *Nullum crimen...*, s. 45.

⁵⁰ Por. art. 10 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

⁵¹ *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2012 roku*, Warszawa 2013, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, www.bip.msw.gov.pl.

⁵² Tamże, s. 253 i nast. Jedyne dane ilościowe oraz statystyczne dotyczą przestępczości przeciwko interesom finansowym Unii Europejskiej. W 2009 r. stwierdzono i wykryto 551 tego typu przestępstw - tylko w jednym przypadku kwalifikacja prawna obejmowała czyn z art. 305 kk. W 2010, 2011 oraz 2012 r. stwierdzo-

ją, że oprócz liczby przestępstw oficjalnie zgłoszonych i stwierdzonych należy również uwzględnić tzw. ciemną liczbę, która obejmuje przestępstwa rzeczywiście zaistniałe, lecz niezgłoszone organom ścigania⁵³.

Przedstawione powyżej powody w istotny sposób przekładają się na niezwykle ubogie orzecznictwo sądowe, zwłaszcza Sądu Najwyższego, w odniesieniu do czynów z art. 305 § 1 kk oraz różne rozstrzygnięcia prokuratury w wydawałoby się analogicznych stanach faktycznych. Pozwalają jedynie na zdiagnozowanie problemów, jakie mogą wystąpić w związku z prowadzeniem postępowań karanych obejmujących zmywy cenowe. Prokuratura Apelacyjna w Warszawie w wyniku przeprowadzonego śledztwa (sygn. Ap. V Ds. 105/12) skierowała do sądu akt oskarżenia wobec 11 osób, przy czym kwalifikacja prawna obejmowała m.in. art. 305 § 1 kk. Istotna wydaje się konstrukcja zarzutu obejmującego wskazany czyn w zakresie zachowania jakiego mieli dopuścić się oskarżeni: *działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez spółki (nazwa firmy), wszedł w porozumienie z innymi osobami w celu ustalenia wysokości ofert składanych przez poszczególnych oferentów w przetargu (nazwa przetargu) oraz w celu odstąpienia od udziału w tym przetargu przez inne podmioty gospodarcze w ten sposób, aby przetarg ten wygrało (nazwa), działając przy tym na szkodę Skarbu Państwa. Niektóre z zarzutów brzmiały: poprzez złożenie ustalonej wcześniej pomiędzy uczestnikami przetargu oferty, w tym najkorzystniejszej oferty w wysokości zbliżonej do kwoty przeznaczonej przez organizatorów przetargu na wykonanie wskazanych inwestycji. Inny z zarzutów zawiera odniesienie się do podziału rynku: w ten sposób, aby przetarg (...) wygrało (...) **natomiast przetarg (...) wygrało (...)**. Niektóre z opisów czynu zawierały w opisie porozumienia, który podmiot miał złożyć ofertę najtańszą: *składając ofertę najtańszą, działając przy tym na szkodę Skarbu Państwa poprzez złożenie ustalonej wcześniej pomiędzy uczestnikami przetargu oferty*⁵⁴.*

Prokuratura Apelacyjna w Warszawie podzieliła stanowisko wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego – karalność czynu ma miejsce, gdy nielegalne porozumienie nie tyle wyrządziło szkodę zamawiającemu, ile spowodowało realne niebezpieczeństwo jej wyrządzenia: *Warunkiem dokonania przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. nie jest spowodowanie efektywnej szkody, a jedynie podejmowanie działań mogących taką szkodę spowodować. Karalność tego przestępstwa obejmuje narażenie na niebezpieczeństwo interesów właściciela mienia objętego przetargiem*⁵⁵. Zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie „działając na szkodę” jest znamieniem skutku przestępstwa. Skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany⁵⁶.

Istota konstrukcji zarzutu zmywy cenowej, którą postawiła Prokuratura Apelacyjna w Warszawie, sprowadza się do faktu, że doszło do uzgodnień, który podmiot ma określony przetarg wygrać i jaka będzie wysokość tak wyłonionej najkorzystniejszej

no i wykryto odpowiednio: 560, 583 i 289 przestępstw. Nie stwierdzono kwalifikacji prawnej z art. 305 kk. W przytaczanym dokumencie przestępstwo z art. 305 kk ujęto również jako korupcyjne (s. 236) w zakresie danych ilościowych, zaliczane do grupy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (s. 239), gdzie jednak ilościowo nie zostało sklasyfikowane (s. 229 i nast.).

⁵³ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2004, LexisNexis, s. 28.

⁵⁴ Akt oskarżenia w sprawie sygn. Ap V Ds. 105/12 z 3 grudnia 2012 r.

⁵⁵ *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2006 r.*, sygn. WA 28/06, OSNwSK 2006/1/1964.

⁵⁶ *Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r.*, sygn. V KK 402/11, Biuletyn Prokuratury Krajowej 2012/5/23-24 (LEX nr 1212372).

oferty. Zatem fakt, że tak uzgodniona najkorzystniejsza oferta jest niższa od środków zabezpieczonych na inwestycję przez zamawiającego, nie ma znaczenia dla określenia bytu przestępstwa. Odmienne stanowisko zajęła Prokuratura Okręgowa w Lublinie, umarzając prowadzone postępowania karne o czyny z art. 305 § 1 kk. Przykładem może być śledztwo (sygn. VI Ds. 23/11/S)⁵⁷, które podobnie jak prowadzone przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie (sygn. Ap V Ds. 105/12), wszczęto na podstawie materiałów uzyskanych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej. Z uzasadnienia umorzenia wynika, że nie było zastrzeżeń formalnych, a wyniki zastosowania wskazanego środka zostały zaliczone na poczet materiału dowodowego w ramach śledztwa⁵⁸.

Omawiając stan faktyczny śledztwa (sygn. VI Ds. 23/11/S), należy przedstawić konkluzję ustaleń, jakie poczyniono, niezależnie od odtajnienia materiałów przez szefa ABW. Przede wszystkim warto odnotować, że ustalono, jakie oferty zostałyby złożone, gdyby porozumienia nie doszły do skutku. Jeden z przetargów na przebudowę drogi krajowej w miejscowości „D.” rozstrzygnięto za kwotę 20 mln zł, podczas gdy przed przetargiem przynajmniej dwóch przedsiębiorców, którzy wzięli w nim udział, kosztorysowali wartość prac na poziomie 10 mln zł⁵⁹. Warto również odnotować, że udokumentowano fakt dążenia zmówionych przedsiębiorców do maksymalnego wyko-

⁵⁷ Wskazane postępowanie karne dotyczyło podejrzenia zмовы przetargowej w związku z pięcioma postępowaniami przetargowymi na modernizację infrastruktury drogowej, które zostały przeprowadzone w 2009 r. Przetargi rozstrzygnięto za kwotę 150 mln zł, w sytuacji gdy z ustaleń wynika, że gdyby do zмовы nie doszło, przynajmniej jeden z uczestników przetargu złożyłby oferty na poziomie 103 mln zł.

⁵⁸ Na podstawie decyzji szefa ABW zniesiono klauzulę ich tajności i włączono je w całości do materiału dowodowego. Por. *Postanowienie Prokuratury Okręgowej w Lublinie z dnia 7 grudnia 2011 r. o umorzeniu śledztwa*, sygn. VI Ds. 23/11/S.

⁵⁹ Dzień przed przetargiem prezesi konkurencyjnych spółek, które złożyły w następnym dniu oferty, przeprowadzili rozmowę następującej treści: M: *Co z jutrzejszymi przetargami?* W: *No a co? No, są jutro przetargi.* M: *Rozmawiałeś z (nazwisko usunięte – wszystkie uwagi w cytowanym tekście pochodzą od autora)? Ale dzisiaj, dzisiaj.* W: *Dzisiaj, wczoraj, przedwczoraj, rozmawiałem z nim i sto dni temu i...* M: *To już masz wyliczone kwoty?* W: *Ile? No, to już nie powiem, no to, ale jak chcesz to...* M: *No? W: A masz problem z wyliczeniem swoich?* M: *No.* W: *Ile ci wychodzi? To powiem ci...* M: (śmieje się) W: *To powiem, czy ci dobrze wychodzi, czy źle.* M: *No to ci mówię, yy...* W: *No.* M: *Na (nazwę przetargu usunięto).* W: *No.* M: *Dwadzieścia jeden.* W: *Za dużo. Nie za dużo?* M: *A tobie ile wychodzi?* W: *K..., połowa tego wychodzi.* M: *No, no.* W: *Na kiepskim kosztorysie.* M: *I z połową, i z połową walisz?* W: *Czy ja walę z połową?.... Ja walę tyle, ile potrzeba, powiem ci tak.* No... *Dwadzieścia jeden to ci sporo wyszło, powiem ci.... To żeś musiał ceny za... strasznie dobre.* M: *A dlaczego nie?* W: *No prze... no nie wiem zresztą, to... Oby, nie? Każdy chce po dobrych cenach, jakby były dobre ceny, nie?* M: *Oby były.* A na..., a na (nazwę drugiego przetargu usunięto) *ile ci wyszło?* W: *Wiesz, nie wiem. Możesz wygrać, no. Cholera go wie, tak że nie wiem.* M: *A na (nazwę przetargu usunięto) ile ci wychodzi?* W: (nazwę przetargu usunięto). M: (nazwę przetargu usunięto)? *Rozumiem* (śmieją się). M: *No dobra, nie ma sprawy, Waldek.* W: *Nie, Marek, jest wszystko, przecież wiesz, no to co tutaj tam... Jak jest pouzgardniane, to dobrze, u mnie wiesz, że u mnie jest pouzgardniane. Jak nie jest, to nie jest, no i...* M: *No ale jest czy nie jest?* W: *Byłeś wczoraj na rozmowach?* M: *Tak.* W: *No to co się, k..., pytasz, no.* M: *No to dobra. Dzięki. Na razie. Ciao.* W: *Stary, co ty takie pytania zadajesz, no...* M: *No to..., no to..., bo się pytam! Czy do ciebie już to doszło wczorajsze czy nie?* W: *Jak było, jak to było, tylko te 21 za ch..a mi nie chce wyjść. No, ale no nie wiem, nuż k..., może i tak.* M: *No, ale musi* (śmiech). Ustalono, że jedna z osób zarządzających firmą „S”, która oprócz wskazanych przedsiębiorców również wzięła udział we wskazanym przetargu, przed zawiązaniem zмов szacowała wartość zamówienia na kwotę nie przekraczającą 11 mln zł, złożona w warunkach zмовy oferta tej firmy opiewała natomiast na ponad 20 mln zł. Warto odnotować, że nie było żadnych przeszkód formalnych w wykorzystaniu wskazanej rozmowy na etapie ewentualnego postępowania sądowego. Powodem zastosowania kontroli operacyjnej były wiarygodne informacje o prowadzeniu działań mających na celu zawiązanie zмовy przetargowej właśnie w związku ze wskazanym przetargiem, co znalazło uzasadnienie we wnioskach o zarządzenie, względnie przedłużenie kontroli operacyjnej, a kwalifikacja prawna czynu odnosiła się właśnie do art. 305 § 1 kk. Ponadto w stosunku do rozmówcy osoby objętej kontrolą operacyjną uzyskano tzw. zgodę następczą, która expressis verbis wskazywała stan faktyczny wskazanego przetargu z kwalifikacją czynu z art. 305 § 1 kk.

rzystania możliwości finansowych zamawiającego⁶⁰. Na podstawie powyższych ustaleń Prokuratura Okręgowa w Lublinie uznała jednak, że nie doszło do wypełnienia znamion czynu z art. 305 § 1 kk:

Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie daje podstaw do stwierdzenia, że wejście w porozumienie ustalonych osób reprezentujących podmioty z branży budowlanej w związku z wyszczególnionymi wyżej przetargami stanowiło obiektywne, realne i bezpośrednie zagrożenie dla interesów beneficjenta przetargu publicznego i faktycznie miało miejsce (...) Wzajemne ustalenia pomiędzy przedstawicielami firm głównie w zakresie kwot, jakie zawierały ich oferty, w pewien sposób mogły mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej z ofert, to jednak same w sobie nie przesadzają o wejściu w porozumienie i działaniu wymienionych osób, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ze szkodą dla zleceniodawcy. Nie można wykluczyć sytuacji, że przedmiotowe inwestycje mogłyby zostać zrealizowane za mniejsze kwoty niż te, które zawierały zwycięskie oferty, ale w realiach gospodarki wolnorynkowej wartość zamówienia reguluje rynek, a wykonawca, do którego kierowane jest zaproszenie do składania ofert wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, otrzymuje przedmiar, na podstawie którego może sam ustalić wartość zamówienia z bardzo dużą dokładnością, korzystając przy tym z przepisów rozporządzenia w sprawie kosztorysu inwestorskiego⁶¹.

Stwierdzenie tożsamyh okoliczności, jakimi były ustalenia pomiędzy przedstawicielami firm w zakresie kwot ofert cenowych, spotkało się z różną oceną prawną – Prokuratura Apelacyjna w Warszawie postawiła zarzuty i skierowała akt oskarżenia do sądu, Prokuratura Okręgowa w Lublinie natomiast umorzyła postępowanie. Trzeba podkreślić, że również skutki wskazanych porozumień, pomimo ich odmiennej oceny co do ustaleń, były tożsame. Stwierdzony w Prokuraturze Okręgowej w Lublinie stan faktyczny obejmował również ten element, że uzgodnienia mogły przełożyć się na wybór najkorzystniejszej oferty w ten sposób, że przedmiotowe inwestycje mogłyby zostać zrealizowane za kwoty mniejsze niż te, które zawierały zwycięskie oferty. Przy takim ustaleniu trudno podzielić ocenę Prokuratury Okręgowej w Lublinie, że jednocześnie nie stanowiło to realnego, bezpośredniego niebezpieczeństwa dla interesów majątkowych przeprowadzającego przetarg.

Wydaje się, że pod pojęciem regulowania wartości zamówienia przez rynek prokurator rozumie pełną swobodę kształtowania najkorzystniejszej oferty przez przedsiębiorcę, bez żadnych ograniczeń. W uzasadnieniu jest przywoływany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wskazujący na dopuszczalność złożenia przez przedsiębiorcę oferty na tyle konkurencyjnej, że wypada ona nawet poniżej kosztów produkcji, w przypadku gdy stan faktyczny sprawy obejmuje sytuację odwrotną, tj. złożenie w wyniku porozumień wyraźnie wyższej oferty z pełną świadomością, że nie będzie ona zwycięska⁶².

Prokuratura Okręgowa w Lublinie, uzasadniając rozstrzygnięcie, wskazała, że porozumienie, o którym mowa w art. 305 § 1 kk musi mieć charakter nielegalny. W ustawie zaś nie zdefiniowano czynu nieuczciwej konkurencji, odsyłając do innej regulacji praw-

⁶⁰ Osoba opisana jako „M” w poprzednim przypisie na etapie przetargu kontaktowała się z urzędnikami, aby ustalić, jaki budżet zamawiający zabezpieczył na wskazane prace. Wiedzę taką na bieżąco uzyskiwała: U (urzędnik): *Na (nazwę przetargu z rozmowy zacytowanej w poprzednim przypisie usunięto) tam jest zapisane trzydzieści milionów, ale to tak wiesz z wyrostem*, M: *No, ale to z wyrostem, ale przez debilstwo pójdzie za piętnaście*.

⁶¹ *Postanowienie Prokuratury Okręgowej w Lublinie z dnia 7 grudnia 2011 r.*, s. 10.

⁶² W uzasadnieniu umorzenia wskazano na wyrok KIO z 11 maja 2009 r. (KIO/UZP/532/09).

nej, jaką jest ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawarto w niej klauzulę generalną stanowiącą, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Lubelska prokuratura uznała, że: *Zachowanie przedstawicieli poszczególnych firm, współpracujących w zakresie złożenia wspólnej oferty, nie sposób ocenić jako działanie sprzeczne z prawem, tym samym jako zagrażające zasadom uczciwej konkurencji albo naruszające interes innego przedsiębiorcy, co powoduje, że nie może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji*⁶³.

Jednocześnie trzeba zauważyć, że w stanie faktycznym omawianego śledztwa opisane zdarzenia wystąpiły podczas przetargów ograniczonych, gdy doszło do wyłonienia podmiotów lub konsorcjów zaproszonych do złożenia ofert i nie było już możliwości dokonania żadnej modyfikacji w tym zakresie w sensie prawnym. Na tym etapie przetargu budowanie wspólnej oferty było możliwe wyłącznie poprzez podjęcie rozmów z konkurentami.

Analizując zakres swobody przedsiębiorców w kształtowaniu oferty w przetargu, warto raz jeszcze wrócić do czynu nieuczciwej konkurencji, który w sposób ogólny został zdefiniowany w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako (...) *działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. O ile jednak posługiwanie się zwrotami niedookreślonymi, takimi jak *dobre obyczaje* jest dopuszczalne na płaszczyźnie prawa gospodarczego, o tyle definiowanie w ten sposób opisu zachowania sankcjonowanego normami prawa karnego wydaje się niedopuszczalne z uwagi na wymóg jednoznacznego, niepodlegającego interpretacji opisu zachowania podlegającego penalizacji, jaki jest wyprowadzany z art. 42 Konstytucji RP⁶⁴. Tym samym zachowanie sprawcy musi mieć charakter nie tylko nielegalny, lecz także naruszona norma prawna musi być jednoznaczna, niepozostawiająca żadnej swobody interpretacyjnej. Taki charakter mają porozumienia wskazane w art. 6 ust. 1 pkt ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a także wymienione expressis verbis*⁶⁵ polegające na: *uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny*. Unormowanie to obejmuje zarówno tzw. zmowy pionowe, tj. z udziałem zamawiającego, jak i poziome, tj. pomiędzy przedsiębiorcami. Wykładnia wskazanego artykułu prowadzi do wniosku, że przedsiębiorcy przystępujący do przetargu nie mogą uzgadniać pomiędzy sobą warunków złożenia ofert, a zatem uzależniać złożenia oferty bądź jej treści, szczególnie co do ceny, od wyników wzajemnych uzgodnień. Zakazany jest każdy warunek złożenia oferty, w tym także jeśli sam w sobie nie jest bezpośrednio związany z przedmiotem przetargu. Nie zmienia to oczywiście faktu, że aby porozumienie uznać za nielegalne, tak sformułowany warunek w ramach uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorcami musi być powiązany ze złożeniem oferty bądź zaniechaniem tego działania, a w przypadku złoże-

⁶³ *Postanowienie Prokuratury Okręgowej w Lublinie z dnia 7 grudnia 2011 r.*, s. 12.

⁶⁴ Art. 42 ust. 1 Konstytucji RP: *Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego.*

⁶⁵ Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

nia oferty – także z jej treścią. Warto odnotować, że ustawodawca posługuje się pojęciem przedsiębiorca przystępujący do przetargu, a nie uczestnik przetargu. W podstawowym modelu przetargu nieograniczonego przedsiębiorca staje się uczestnikiem przetargu dopiero w momencie złożenia ofert, pojęcie przedsiębiorca przystępujący do przetargu natomiast obejmuje również zakres czasowy przed złożeniem oferty.

Odnosząc się do czynu nieuczciwej konkurencji w ujęciu klauzuli generalnej, należy stwierdzić, że owszem, za taką klauzulę trzeba uznać działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, ale już działanie sprzeczne z prawem taką okolicznością nie jest. Czyn nieuczciwej konkurencji faktycznie nie jest jednoznacznie zdefiniowany w tym sensie, że ustawodawca, pozostawiając szerokie pole do interpretacji klauzuli, jaką są *dobrze obyczaje*, jednocześnie *expressis verbis* wskazuje, co ponad wszelką wątpliwość na mocy ustawy ma taki właśnie charakter.

Sama istota i cel zmywy przetargowej sprowadza się do takiego uzgodnienia ofert, które zostaną złożone w przetargu, aby po ich otwarciu i dokonaniu oceny zamawiający dokonał wyboru zgodnie z zawartymi przed przetargiem uzgodnieniami, jakie oferty zostaną złożone, i ich gradacji, najczęściej cenowej. W powyższym kontekście nie można pominąć także jednego z normatywnie opisanych czynów nieuczciwej konkurencji: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (...) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy*⁶⁶.

Analizując wskazane unormowanie, istotny wydaje się fakt, że w jego kontekście już samo działanie ukierunkowane na osiągnięcie tego celu jest nielegalne i nie jest konieczne, aby wystąpił skutek w postaci wyeliminowania wszystkich kontrofert. W warunkach przetargu publicznego wymuszenie na zamawiającym wyboru określonej oferty bądź też stwarzanie warunków umożliwiających wymuszenie na zamawiającym zlecenia zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy można osiągnąć wyłącznie przez wyeliminowanie innych kontrofert lub wpłynięcie na nie w taki sposób, aby w odniesieniu do znanych kryteriów oceny okazały się mniej korzystne. Dokonując wykładni wskazanych unormowań, należy stwierdzić, że istota czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do utrudnienia dostępu do rynku, a nie jego uniemożliwienia. Ustawodawca używa zwrotów *działanie w celu* oraz *stwarzanie warunków*, co wskazuje, że samo podejmowanie tego typu działań jest nielegalne i nie zależy od ich skuteczności.

Prokuratura Okręgowa w Lublinie prowadziła również śledztwo (sygn. VI Ds. 13/08/Sp), w którym istotny zakres wątków dotyczył zmyw przetargowych, o których mowa w art. 305 § 1 kk. Jedną z czynności śledczych było wywołanie opinii biegłych w zakresie prawidłowości przeprowadzenia przetargu. Po analizie zabezpieczonej dokumentacji przetargowej biegli nie stwierdzili zmywy. Wobec ich ustaleń prokurator umorzył postępowanie⁶⁷. Biegli, opierając się wyłącznie na dokumentacji urzędowej,

⁶⁶ Art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

⁶⁷ W uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania prokurator stwierdził, że w toku śledztwa celem było ustalenie, czy w wyniku rozstrzygnięcia przetargu i wyboru ofert nastąpiło działanie na szkodę zamawiającego, celem działania biegłych było natomiast zweryfikowanie poprawności przebiegu wskazanego postępowania przetargowego.

stwierdzili, że poza ewentualnymi drobnymi uchybieniami proceduralnymi postępowanie przetargowe przeprowadzono prawidłowo. Opinia biegłych⁶⁸ pozwala na zweryfikowanie prawidłowości przeprowadzenia przetargu. Wydaje się jednak, że należy się odnieść z ostrożnością do możliwości zbadania za pomocą powyższego środka dowodowego okoliczności, że ustalone osoby porozumiały się co do poziomu cen w ofertach. Jest to o tyle istotne, że podstawą wszczęcia śledztwa były właśnie informacje o zaistnieniu zmywy wykonawców, a nie o nieprawidłowym przeprowadzeniu przetargu przez zamawiającego poprzez jego ukierunkowanie na preferowanie określonego podmiotu⁶⁹.

Wydaje się, że skape orzecznictwo, zwłaszcza Sądu Najwyższego w odniesieniu do czynów z art. 305 § 1 kk w głównej mierze przekłada się na niejednorodność praktyki i brak wypracowanej metody skutecznego prowadzenia postępowań przygotowawczych. W doktrynie brak jest spójnego stanowiska, jakie zachowania stanowią przestępcze porozumienia, co powoduje trudności praktycznego określenia, jakie zachowanie ma być przedmiotem śledztwa prowadzonego w kierunku wymienionego wcześniej czynu. Świadczy o tym kolejna sytuacja ze śledztwa VI Ds. 13/08/Sp. Z ustaleń funkcjonariuszy Delegatury ABW w Lublinie wynikało, że doszło do zmywy przetargowej na szkodę jednej z podlubelskich gmin w ten sposób, że przedsiębiorca porozumiał się z innymi przedsiębiorcami, jaki podmiot ma wygrać przetarg. Zwycięzca jednak był zobligowany do podziału uzyskanych prac poprzez ich zlecenie ich podwykonawcom⁷⁰. Z uzasadnienia umorzenia postępowania wynika, że zabezpieczono dwie oferty – oprócz firmy, która wygrała przetarg, w przetargu wziął udział również inny podmiot, który złożył ofertę z ceną około 30 proc. wyższą. Powołani biegli nie stwierdzili uchybień w procedurze

⁶⁸ Niejako na marginesie wyводу trzeba stwierdzić, że trudno jest znaleźć biegłych o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu w zakresie praktyki na gruncie ustawy *Prawo zamówień publicznych*, o czym świadczą wyniki ich pracy przytoczone przez prokuratora w postanowieniu o umorzeniu śledztwa. Odnośnie do opisywanego wątku sprawy (przetarg toczył się równoległe na dwa zadania) zabezpieczono dokumentację z otwarcia przetargu, a konkretnie oferty, jakie zostały złożone przy pominięciu ofert, jakie zostały złożone, lecz zostały przez zamawiającego odrzucone. Na podstawie powyższych dokumentów biegli stwierdzi, że zamawiający dokonał prawidłowego wyboru, podczas gdy wskazany wybór w wyniku odwołania złożonego przez podmiot, którego oferta została odrzucona, został zakwestionowany jako nieprawidłowy przez Krajową Izbę Odwoławczą w Warszawie. W rzeczywistości to wskazany trzeci podmiot zrealizował inwestycję, w uzasadnieniu umorzenia prokurator, powtarzając za biegłymi, wymienił natomiast jedynie podmioty, które złożyły oferty pierwotnie uznane za jedynie ważne przez zamawiającego. Prokurator jednocześnie podał za biegłymi, że podmioty te zrealizowały inwestycję, oferty były najkorzystniejsze, tj. wskazywały najniższe ceny, które ponadto mieściły się w wysokości środków finansowych, jakie zamawiający przeznaczył na realizację wskazanych robót drogowych. Oferty pozostałych uczestników postępowania na poszczególne zadania były mniej konkurencyjne z uwagi na zaferowane ceny. Faktycznie jednak było inaczej niż ustalili to biegli – oferta trzeciego podmiotu była korzystniejsza o 5 mln zł i to właśnie ten podmiot, jak już wspomniano, zrealizował inwestycję. Wydaje się, że wskazany błąd był wynikiem ograniczenia się do dokumentacji otwarcia ofert z przetargu zamiast kompletnej dokumentacji, a zwłaszcza wyników późniejszego zaskarżenia czynności zamawiającego.

⁶⁹ Na kilka minut przed rozpoczęciem przetargów o wartości kilkudziesięciu milionów złotych osoby przechodzące w materiałach śledztwa, jak się następnie okazało prezesi podmiotów, które wygrały przetarg, przeprowadzili następującą rozmowę: W: *No słuchaj, no (nazwa firmy) złożyła ofertę, cholera. Nic nie wiesz na ten temat?* E: *Ale miała złożyć wysoką.* W: *Poważnie?* E: *Miała złożyć wyższą rozumiesz o, nie pamiętam, o pięćset ku...a czy ileś, rozumiesz. No wyższą od, wyższą od tego kurde...* W: *Od limitu...* E: *Ma być wyższa od limitu.* Wypada nadmienić, że wskazana instytucja zlecająca prace wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu podała szacunkową wartość zamówienia, która jednocześnie pokrywała się najczęściej z danymi z otwarcia ofert.

⁷⁰ Przed przetargiem uczestnik przetargu był pewien wygranej: E: *Dzisiaj jest ta, rozumiesz, w gminie (nazwę przetargu usunięto)... tam jest z dziesięć odcieczek, takich wiesz, tam po kilkaset metrów, po kilometr, różne tam, Z: A to my mamy szansę to wygrać, czy się coś pieprzą?* E: *No mamy wygrać, tylko się tam podzielimy z nimi, ale mamy wygrać.*

przetargowej w związku z czym uznano, że zachowano warunki konkurencyjności, a zatem do zmowy nie doszło. Uzasadnienie umorzenia pomija okoliczności, czy zwycięzca przetargu, wykonując wskazane zamówienie, udzielił jakichkolwiek prac podwykonawczych na rzecz innych podmiotów i czy ewentualnie podmioty te mogły samodzielnie brać udział w przetargu, pomijając nawet ustalenie, czy konkurent w przetargu nie okazał się później podwykonawcą⁷¹.

Z analizy decyzji Wydziału VI ds. Przystępności Gospodarczej Prokuratury Okręgowej w Lublinie wynika, że do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 305 § 1 kk nie dochodzi wówczas, gdy przedsiębiorca złoży najkorzystniejszą ofertę w przetargu, osiągając ten cel w drodze ustaleń ze swoim konkurentem, aby ten ostatni złożył ofertę cenową na kwotę nie niższą niż uzgodniona wartość (sygn. VI Ds. 11/12/S)⁷². Taka ocena dotyczy sytuacji, w której kwota tak określonej najkorzystniejszej oferty przekraczała wysokość środków, jaką pierwotnie planował przeznaczyć inwestor i na skutek takiego ukształtowania ofert wartość ta została zwiększona poprzez zmiany budżetowe kilku jednostek samorządowych. Do skutecznego i ważnego przeprowadzenia przetargu nie było konieczne złożenie więcej niż jednej oferty – jedyną funkcją kontroferty było urynnowienie *najkorzystniejszej oferty*. Dokonując ustaleń strony podmiotowej przestępstwa w zakresie działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej prokurator uznał, że osoba, która – jak się okazało skutecznie – dążyła do wygrania przetargu, w powyższy sposób działała w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jaką było udzielenie firmie zlecenia objętego przedmiotowym przetargiem Z uzasadnienia decyzji merytorycznej podjętej przez prokuratora wynika, że drugi z przedsiębiorców nie dążył do osiągnięcia celu w postaci korzyści majątkowej, pomimo stwierdzenia, że finalnym celem podjętych przez niego działań było uzyskanie wyższych wynagrodzeń za zlecane prace podczas kolejnych przetargów publicznych⁷³.

⁷¹ Ustalony przez funkcjonariuszy DABW w Lublinie stan faktyczny sprawy wskazywał na brak racjonalnych przesłanek do udzielenia prac podwykonawczych. Spółka, która wygrała przetarg, jest jednym z największych lokalnych przedsiębiorstw branży drogowej, ma wytwórnię mas bitumicznych w rejonie miejsca realizacji prac, a jednocześnie mobilizacja sprzętu oraz osób wykonujących zamówienie przekreślała zasadność podzlecenia części prac.

⁷² Akta sprawy sygn. VI Ds. 11/12/S. Na dzień przed przetargiem przedsiębiorcy przeprowadzili rozmowę o następującej treści: W: *Jutro to jest do (nazwę przetargu usunięto), taki jeden odcinek...* M: *Tak, tak, ten do (nazwę przetargu usunięto), no.* W: *No, no.* M: *Tak, tak.* W: *Tam jest dość duża ta...* M: *No.* WS: *Robótka, no i tak jak mówiliśmy, jak wiesz, jak chciałeś, no to niech będzie, że weźmiesz to, tylko, że coś ja będę musiał później sobie. To się jakoś tam dogadamy później.* M: *No to dogadamy się, nie ma sprawy.* W: *Następne ten, bo jak ci zależy, no to niech leci...* M: *No.* W: *Pójść na ustępstwo, nie?* M: *No to fajnie, no to fajnie.* W: *Jako dobry człowiek. M: Ale mnie by pasowało, żebyś złożył też ofertę.* W: *Nie słuchaj, ja to znaczę ja to muszę, bo to wiesz. M: Bardzo mi pasuje.* W: *Tylko tutaj właśnie (dane osoby usunięto) dzwonił, żeby wiesz, kwotę ustalić minimalnie, tylko tam wiesz...* M: *Tak minimalnie, to mogę ci już podać.* W: *O psi paznokcie, nie.* M: *Mogę podać?* W: *No, możesz.* M: *Milion trzysta osiemdziesiąt dwa, brutto żeby ci wyszło.* W: *Milion trzysta osiemdziesiąt dwa, dobrze tutaj (imię usunięto) zapamiętał.* M: *To będzie (?) włos.* W: *No dobra, brutto tak ustawiamy i już.* M: *Brutto, brutto, milion trzysta osiemdziesiąt dwa.* W: *A ty idziesz do limitu, dobra, no i. M: Ok, dobra.* W: *A następną rzecz to już będziesz musiał...* M: *Tak będziemy gadać nie ma problemu, dobrze.* W: *Dobra, dobra.*

⁷³ Jego aktywność w całym porozumieniu ograniczała się jedynie do złożenia oferty, która miała przewyższać ofertę złożoną przez (nazwa podmiotu usunięta). Jedyną korzyścią, jaką miał odnieść z powyższego porozumienia, było uzgodnienie dokonane z (nazwisko usunięte) w zakresie obszaru działania prowadzonych przez nich firm tak, aby w przyszłości uzyskiwać większe wynagrodzenie za wykonywane zlecenia oraz ewentualna obietnica pomocy przy wygraniu przetargu złożona przez (nazwisko usunięte) – Postanowienie Prokuratury Okręgowej w Lublinie z dnia 30 czerwca 2012 r., sygn. VI Ds. 11/12/S.

Analizując aspekty zmowy przetargowej, należy zauważyć, że oprócz maksymalnego wykorzystania możliwości budżetu, który zamawiający zdecydował się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaobserwowano również sytuacje, w których podjęte działania miały na celu zwiększenie budżetu poprzez złożenie po uzgodnieniu najkorzystniejszych ofert powyżej wskazanych wartości oraz jeszcze wyższych kontrofert⁷⁴. Zasadne wydaje się rozważenie, czy tego typu działalność nie wykracza poza ramy zachowań opisanych w art. 305 kk. Dla zaistnienia powyższego przestępstwa nie jest wymagana skuteczność tak podjętych działań, rozumiana jako wygranie przetargu, ani nie jest konieczne, aby porozumienie zawarli wszyscy jego uczestnicy⁷⁵. Składanie wyższych ofert od kwoty ustalonej na poziomie najkorzystniejszej oferty w świadomości, że przekracza ona planowane przez zlecającego środki na realizację, trzeba ocenić jako *legitymizowanie najkorzystniejszych ofert*. Jest to nakierowane na wywołanie u zamawiającego błędnego przeświadczenia, że wskazane wyliczenia odzwierciedlają wartość rynkową zamówienia. Celem tego typu działań jest akceptacja przez zamawiającego tak wyłonionej oferty i podpisanie umowy wobec alternatywy, że przetarg zostanie unieważniony. Zasadne wydaje się rozważenie, czy w tego typu sytuacjach w istocie nie dochodzi do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 kk.

Kontrola operacyjna jako środek zwalczania zmów przetargowych

Zagadnienie zwalczania zmów cenowych łączy się także z problematyką możliwości zastosowania kontroli operacyjnej i wykorzystania jej wyników jako narzędzia pozwalającego na uzyskanie dowodów popełnienia wskazanego czynu. Dotychczasowe doświadczenia operacyjne i procesowe wykazały, że przedstawiciele zamawiającego mogą stwierdzić wiarygodne podejrzenie zaistnienia zmowy, nie uzyskują natomiast dowodów sensu stricto zaistnienia wskazanego czynu. Można przypuszczać, że stwierdzenie to okaże się również prawdziwe w odniesieniu do możliwości, jakie stwarzają klasyczne metody śledcze⁷⁶.

⁷⁴ Prokuratura Okręgowa w Lublinie, sygn. VI Ds. 23/11/S, VI Ds. 11/12/S.

⁷⁵ Por. K. Padrak, *Przestępstwo udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego*, „Zamówienia Publiczne. Doradztwo” 2010, nr 9, s. 23–27.

⁷⁶ Zgodnie z kpk ocena, czy dana okoliczność została udowodniona, jest dokonywana na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w związku z czym nie można marginalizować spostrzeżeń przedstawicieli zamawiającego w kontekście ich znaczenia dla oceny i ustosunkowania się do innych dowodów. Poczynione ustalenia wskazują jednak, że w normalnym toku procedowania przetargowego i wyboru najkorzystniejszej oferty nie są oni w stanie poczynić spostrzeżeń przekładających się bezpośrednio na wypełnienia znamion czynu zabronionego z art. 305 kk. Przykładem mogą być niekwestionowane ustalenia faktyczne w śledztwie (sygn. 2 Ds. 455/11/S) prowadzonym pod nadzorem Prokuratury Rejonowej w Białej Podlaskiej. Dowody rzeczowe potwierdziły, że zamawiający numerował oferty, jakie wpływały. Ostatecznie podczas przetargu otwarto oferty nr 2 oraz 3, a oferta nr 1 została wycofana. Również przesłuchany w charakterze świadka przedstawiciel zamawiającego zeznał, że jedna z ofert była nieprawidłowo zaklejona, co komisja przetargowa oznajmiła uczestnikom przetargu, którzy nie zgłosili żadnych wątpliwości. Jeden ze świadków zeznał, że można było odnieść wrażenie, że koperta była otwierana i zaklejana ponownie przed przetargiem. Przesłuchana w charakterze świadka osoba, która złożyła ofertę nr 1 zeznała, że po złożeniu oferty podeszła do niego nieznaną mu osobą, która podała mu telefon i oznajmiła, że jego (czyli świadka – przyp. red.) przełożony chce z nim rozmawiać. Świadek nie miał wątpliwości, że jego przełożony, tj. jeden z dyrektorów spółki, którego jednoznacznie rozpoznał po głosie, wydał mu polecenie wycofania złożonej oferty, co uczynił. Uzyskany w drodze procesowej wykaz połączeń telefonicznych potwierdził, że osoba, która poleciła wycofać ofertę, odebrała połączenie z numeru ustalonego jako użytkowanego przez kobietę zarządzającą spółką, która złożyła

W poszczególnych prokuraturach, w analogicznych stanach faktycznych dokonano odmiennej oceny prawnej charakteru materiałów uzyskanych w wyniku zastosowanej kontroli operacyjnej nie tylko w odniesieniu do ich wartości dowodowej, lecz także w zakresie fundamentalnej kwestii, jaką jest ich legalność.

Zgodnie z art. 27 ust. 15c ustawy o ABW oraz AW: *Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.*

Zasadne wydaje się być poruszenie kwestii, kiedy zostanie popełnione przestępstwo *inne niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej*. Uznanie, że chodzi o *inne* przestępstwo bez uzyskania zgody we wskazanym trybie, dewaluuje wartość dowodową uzyskanych materiałów, pomimo że dotyczą one osoby, wobec której sąd zarządził kontrolę operacyjną⁷⁷.

Przytaczając stan faktyczny należy wskazać, że właściwa jednostka organizacyjna, tj. Delegatura ABW w Lublinie, zastosowała kontrolę operacyjną w związku z uzyskaniem wiarygodnych informacji o prowadzeniu działań zmierzających do zawarcia porozumień cenowych przez ustalone osoby. W uzasadnieniu wniosku o podjęcie czynności wskazano na przetargi na budowę oraz modernizację infrastruktury drogowej na terenie województwa lubelskiego, które były następnie przedmiotem śledztwa (sygn. VI Ds. 23/11/S). W wyniku podjętych czynności uzyskano informacje potwierdzające zaistnienie porozumień zarówno w odniesieniu do przetargów wymienionych we wniosku o wdrożenie czynności, jak również innych przetargów, w tym także spoza terenu województwa lubelskiego.

Prokuratura Apelacyjna w Warszawie w śledztwie (sygn. Ap. V Ds. 105/12) nie dopatrzyła się okoliczności zaistnienia *innego przestępstwa* tylko na tej podstawie, że czyny popełniono na terenie innych województw RP (m.in. w województwie mazowieckim) oraz że dotyczyły one innych przetargów przy niezmiennym ich przedmiocie, tj. budowie i modernizacji infrastruktury drogowej. Po zapoznaniu się z materiałami

ofertę nr 2. Jednocześnie z zabezpieczonych w toku śledztwa dowodów rzeczowych wynikało, że wycofana oferta nr 1 była korzystniejsza o około 20 proc. (tj. o około sto tysięcy złotych), niż oferty, które wpłynęły. Podstawą wszczęcia wskazanego postępowania przetargowego były materiały uzyskane w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej. Odnosząc się do wyników czynności procesowych, należy stwierdzić, że w analogicznej sytuacji związanej z utrudnieniem przetargu trudno spodziewać się, aby za pomocą metod dostępnych w pracy śledczej poczyniono szersze ustalenia. Prokuratura Rejonowa w Białej Podlaskiej w konkluzji stwierdziła, że wyniki wskazanych czynności procesowych są niewystarczające, aby uznać, że doszło do popełnienia czynu z art. 305 kk: *brak jest niebudzących wątpliwości dowodów pozwalających na przedstawienie komukolwiek zarzutu z przestępstwa z art. 305 § 1 k.k.* Umarzając postępowanie, Prokuratura Rejonowa w Białej Podlaskiej stwierdziła: *na podstawie orzecznictwa, ad hoc należy stwierdzić, że nie może być mowy – odnośnie tego przetargu – o jego uniemożliwieniu lub utrudnieniu.* Trudno polemizować z ostatnim ze stwierdzeń prokuratury z uwagi na to, że w uzasadnieniu umorzenia nie przytoczono żadnego z orzeczeń mogących poprzeć wskazaną tezę ani też nie padło wyjaśnienie, kiedy mogłoby mieć miejsce wskazane wcześniej *uniemożliwienie względnie utrudnienie* przetargu. Autor artykułu nie dotarł do orzecznictwa odnoszącego się do czynu z art. 305 § 1 kk (uniemożliwienie lub utrudnienie przetargu).

⁷⁷ Opis przestępstwa z podaniem kwalifikacji prawnej znajduje się we wnioskach o zastosowanie kontroli operacyjnej, które po stosownej aprobacie Prokuratura Generalnego oraz Sądu Okręgowego w Warszawie stanowią podstawę prawną realizowania czynności. W większości przypadków prokuratury zwracały się o wydanie uwierzytelnionych odpisów wniosków oraz postanowień Sądu Okręgowego w Warszawie.

i przeprowadzeniu dalszych czynności procesowych zdecydowała się na skierowanie aktu oskarżenia, wśród dowodów wskazując m.in. określone wyniki kontroli operacyjnej.

Odmienne stanowisko zajęła Prokuratura Okręgowa w Siedlcach, konsekwentnie odmawiając wszczęcia postępowania przygotowawczego w sprawie⁷⁸. Jako podstawę odmowy podano, że we wnioskach o zainicjowanie kontroli operacyjnej w uzasadnieniu wskazano na działalność osób objętych kontrolą na terenie województwa lubelskiego, materiały uzyskane w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej, które trafiły do wskazanej jednostki prokuratury, dotyczyły natomiast przetargów odbywających się na terenie województwa mazowieckiego. W konkluzji Prokuratura Okręgowa w Siedlcach uznała, że materiały te dotyczą *innego przestępstwa* i z powodu braku zgody następczej nie mogą zostać wykorzystane jako dowód w sprawie, pomimo że przedsiębiorcy objęci kontrolą operacyjną mieli siedziby na terenie województwa mazowieckiego.

Prokuratura Okręgowa w Siedlcach, wyrażając oceny prawne, doszła do jeszcze dalej idących wniosków. Stwierdzając, że uzyskane materiały – z wcześniej wymienionego powodu – dotyczyły *innego przestępstwa*, przyjęła ponadto, że zostały one zebrane poza kontrolą i wykraczają poza jej cel, a w konsekwencji, że są nielegalne. Okoliczność ta przesądziła o tym, że materiały oceniono jako takie, które nie mogą być wykorzystane nawet jako dowód pozwalający na wszczęcie postępowania karnego. Na poparcie swoich tez Prokuratura Okręgowa w Siedlcach przytoczyła dwa orzeczenia: *niedopuszczalnym jest wykorzystywanie przez organy państwowe – pod jakąkolwiek postacią, w jakiegokolwiek formie i celu – informacji o obywatelach, które są pozbawione atrybutów legalności*⁷⁹ oraz: *zakaz wykorzystania takiej wiedzy, nawet w sposób pośredni, do późniejszej procesowej jej legalizacji*⁸⁰. Nie odnosząc się do trafności tych orzeczeń, należy zauważyć, że w istocie orzeczenia te dotyczyły zupełnie innych aspektów kontroli operacyjnej niż będące przedmiotem oceny Prokuratury Okręgowej w Siedlcach. Żadne z tych orzeczeń nie wskazuje, jakie elementy stanu faktycznego decydują o tym, że chodzi o *inne przestępstwo* niż to, o którym mowa we wniosku. Pierwsze z orzeczeń wskazuje na brak możliwości wykorzystania materiałów bez uzyskania zgody następczej, podczas gdy przekazane materiały dotyczyły osób objętych kontrolą operacyjną w kierunku m.in. czynu z art. 305 § 1 kk. Drugie z orzeczeń dotyczy możliwości, a właściwie ich braku, co do wykorzystania materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej w odniesieniu do tzw. przestępstwa spoza katalogu wymienionego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji⁸¹. Niejako na marginesie trzeba rozważyć, czy w odniesieniu do materiałów uzyskanych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej w stosunku do określonej osoby na podstawie określonego postanowienia sądu można w ogóle mówić o *nielegalności*, czy też jedynie o ograniczeniach w zakresie ich dowodowego wykorzystania. Wydaje się, że pojęcie nielegalności dotyczy niezgodnego z prawem uzyskania bądź posiadania określonego materiału.

Analizując dopuszczalność stosowania kontroli operacyjnej jako narzędzia zwalczania przestępstw opisanych w art. 305 kk, należy zauważyć, że wskazany czyn pozostaje we właściwości rzeczowej m.in. Policji⁸², Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁸³

⁷⁸ Sygnatura akt V Ds. 17/11, sygn. akt. V Ds. 34/11.

⁷⁹ *Wyrok SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2008 r.*, sygn. IIAKa 405/07 (LEX nr 434481).

⁸⁰ *Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 marca 2010 r.*, sygn. IIAKa 18/10 (LEX nr 577418).

⁸¹ *Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji* (tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687, z późn. zm.; dalej: ustawa o Policji).

⁸² Art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy o Policji.

⁸³ Art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o ABW oraz AW.

(w zakresie czynów godzących w podstawy ekonomiczne państwa) oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego⁸⁴. Możliwość stosowania kontroli operacyjnej jako środka służącego wykryciu i udowodnieniu tego typu czynu w ramach właściwości rzeczowej, tj. w zakresie czynów godzących w podstawy ekonomiczne państwa, ma Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁸⁵. Policja posiada tego typu uprawnienie jedynie w odniesieniu do czynów powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów⁸⁶. Centralne Biuro Antykorupcyjne nie ma tego typu uprawnień⁸⁷. Brakuje aksjologicznego uzasadnienia, aby organy dysponowały różnymi możliwościami prawnymi zwalczania określonego typu przestępstwa pozostającego w ramach ustawowych kompetencji.

De lege ferenda zasadany wydaje się postulat harmonizacji powyższych rozwiązań, przy czym ich kierunek zależy od ustawodawcy.

Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W zakresie środków zwalczania zmów przetargowych należy także wskazać na ustawowe kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), a zwłaszcza możliwość nałożenia na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, kary pieniężnej w wysokości nie wyższej niż 10 proc. przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Podstawą faktyczną nałożenia kary jest stwierdzenie nielegalnych porozumień, których celem lub skutkiem są wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Szczególnie bierze się pod uwagę uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, zwłaszcza pod kątem zakresu prac lub ceny. Postępowanie takie wszczyna się z urzędu⁸⁸.

Do postępowania dowodowego przed Prezesem Urzędu co do zasady stosuje się odpowiednio przepisy obowiązujące w postępowaniu cywilnym⁸⁹. Warto odnotować, że ustawodawca dopuścił posługiwanie się dowodem w postaci domniemania faktycznego, tj. wyprowadzania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy w drodze wniosku z innych ustalonych faktów⁹⁰. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK), badając rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK, usankcjonował jako w pełni dopuszczalną praktykę wnioskowania o zaistnieniu zmywy przetargowej *po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy*⁹¹. Stanowisko to w pełni aprobuje Sąd Najwyższy: *Sąd*

⁸⁴ Art. 2 ust. 1 lit. b ustawy o CBA.

⁸⁵ Art. 27 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW.

⁸⁶ Art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji.

⁸⁷ *A contrario* art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o CBA.

⁸⁸ Art. 49 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁸⁹ Art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: *W sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym w niniejszym rozdziale stosuje się odpowiednio art. 227–315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.*

⁹⁰ Art. 231 *Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.): *Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemania faktyczne).*

⁹¹ Wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt. XVII AmA 117/05.

ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP)⁹².

Odnosząc wymienione reguły dowodowe obowiązujące w postępowaniu administracyjnym, jakim niewątpliwie jest postępowanie przed Prezesem UOKiK, do reguł dowodowych procedury karnej, należy wskazać na istotną odrębność. Na gruncie procedury cywilnej o udowodnieniu określonej okoliczności na podstawie domniemania faktycznego można mówić już wtedy, gdy określony wniosek można wyprowadzić z innych faktów. W praktyce jest to interpretowane jako wysokie prawdopodobieństwo istnienia pierwszego i kolejnych zdarzeń sprawczych pozwalających traktować je jako oczywiste⁹³. Podkreślenia wymaga okoliczność, że nie jest konieczne kategoryczne wykazanie, że alternatywne wersje wnioskowania są niemożliwe. Odmiennie przedstawia się sytuacja na gruncie procedury karnej, w której ramach odpowiednika domniemania faktycznego można dopatrywać się w tzw. procesie poszlakowym. W tym jednak przypadku udowodnienie sprawstwa łączy się praktycznie z wykluczeniem innych wersji zdarzenia: *Rzecz w tym, że jeśli powstają dwie lub więcej wersji zdarzenia, przyjęcie jednej z nich i odrzucenie pozostałych wymaga logicznie nienagannego wykazania, że te inne ewentualne wersje zdarzenia są nieprawdopodobne lub też ich prawdopodobieństwo jest w racjonalnej ocenie znikome, niedające się rozsądnie uzasadnić, pozostaje w sprzeczności z elementarnymi zasadami życiowego doświadczenia lub w sprzeczności ze wskazaniami wiedzy*⁹⁴.

Wykazanie zmywy cenowej na drodze postępowania administracyjnego nie wymaga na tyle kategorycznych ustaleń, że wykluczone są inne wersje zdarzenia, co z kolei jest niezbędne w udowodnieniu sprawcy popełnienia przestępstwa z art. 305 § 1 kk. Nie można jednak tracić z pola widzenia środków dowodowych, jakie są dostępne w postępowaniu administracyjnym w zestawieniu z możliwościami dowodowymi organów śledczych, które jednocześnie są wyposażone w uprawnienia o charakterze operacyjnym (niejawne korzystanie z pomocy osób niebędących funkcjonariuszami tych organów, stosowanie kontroli operacyjnej itp.).

Pomimo że niektóre postępowania przed Prezesem UOKiK oraz postępowania karne odnośnie do czynów z art. 305 § 1 kk są nakierowane na wspólny cel, jakim jest zwalczanie zμών przetargowych, nie można pominąć istotnych różnic. Przedmiotem postępowania karnego jest weryfikacja, czy wystąpił czyn o znamionach określonych w ustawie karnej, natomiast, jak podkreślił Sąd Najwyższy: *Administracyjne postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję ma zaś służyć przede wszystkim eliminacji istniejących praktyk, a nie stwierdzaniu takich praktyk w przeszłości*⁹⁵.

Okoliczność ta powinna zostać uwzględniona przy analizie skuteczności działania organów ścigania w zakresie zμών przetargowych. Nie wydaje się natomiast zasadne twierdzenie, że sam fakt posiadania odpowiednich kompetencji ustawowych oraz działalność Prezesa UOKiK, nie podważając jej skuteczności, niweluje ewentualne ułomności we wskazanej dziedzinie na gruncie przyjętych rozwiązań w prawie karnym materialnym i procesowym.

⁹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. III SK 6/06 OSNP 2008/1-2/25 (LEX nr 354144).

⁹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. III CSK 245/09 (LEX nr 611825).

⁹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 marca 2007 r., sygn. II AKa 43/07 (LEX nr 301503).

⁹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r., sygn. I CKN 79/01 (LEX nr 79602).

Celem niniejszego artykułu było przybliżenie problematyki zmów przetargowych przez pryzmat czynu opisanego w art. 305 § 1 kk. Poprzez odniesienie się do konkretnych stanów faktycznych udało się – oczywiście w sposób wstępny – przybliżyć prawnokarne możliwości dowodowe organów ścigania, w tym określić środki dowodowe, jakie mogą być przydatne. Wskazano również na wykładnię tych elementów definiujących aspekty prawne, których interpretacja wywołała rozbieżności w praktyce (w analogicznych stanach faktycznych zapadły rozbieżne rozstrzygnięcia).

Analiza wykazała, że przestępstwo *wejścia w porozumienie*, o którym mowa w art. 305 kk, chroni istotne dobro prawne, jakim jest prawidłowość obrotu gospodarczego. Ratio legis obejmuje zapewnienie prawidłowego toku przetargu publicznego, a w konsekwencji stanowi m.in. ochronę przed przestępczością godzącą w podstawy ekonomiczne państwa. Poczynione ustalenia wskazują, że wskazany czyn rzadko jest stwierdzany w praktyce organów ścigania. Ustalenia funkcjonariuszy Delegatury ABW w Lublinie prowadzą do wniosku, że w związku z publicznymi przetargami dochodzi do wielu zachowań, które powodują negatywne skutki w postaci zwiększenia wydatków publicznych. W doktrynie oraz praktycznej działalności prokuratury brakuje jednak zgody, czy wskazane zachowania stanowią przestępstwo z art. 305 § 1 kk. Artykuł może zatem służyć jako wstęp do dyskusji nad oceną skuteczności unormowań prawnych odnoszących się do opisywanego zjawiska.

Abstrakt

Przedmiotem artykułu jest problematyka zmów cenowych jako zjawiska godzącego w podstawy ekonomiczne RP. Wstępnie zdiagnozowano tu skalę zagrożenia oraz skutki finansowe, jakie wynikają z wystąpienia tego typu zjawisk. Dokonując analizy unormowań prawnych, oparto się na decyzjach merytorycznych prokuratury dotyczących oceny, czy określone porozumienie wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 305 § 1 kk. Pozwoliło to na skonfrontowanie zagrożeń, jakie mogą wystąpić podczas zlecenia zamówienia publicznego, z zakresem rzeczywistego oddziaływania wskazanej normy karnoprawnej.

Dzięki nawiązaniu do konkretnych stanów faktycznych, które były przedmiotem postępowań przygotowawczych, udało się również przybliżyć karnoprawne możliwości dowodowe organów ścigania w odniesieniu do wskazanego zjawiska, w tym także określenie środków dowodowych, które mogą być przydatne. Wskazano również na wykładnię elementów, których interpretacja wywołała rozbieżności w praktyce, z tym skutkiem, że w analogicznych stanach faktycznych zapadały rozbieżne rozstrzygnięcia. Artykuł może zatem służyć jako wstęp do dyskusji nad oceną skuteczności unormowań prawnych odnoszących się do opisywanego zjawiska.

Abstract

This article deals with price fixing issues seen as a threat to the economical interest of Poland. Initial scale of this threat and financial effects observed after such incidents has been diagnosed in this article. Analyses of law regulations have been based on Prosecutor's Office decisions on the said issue if specific agreement meets the statutory

definition of a crime under Art. 305 § 1 penalty code. This method allowed confronting threats that may occur during the process of commissioning public order with range of the authentic impact of penal and legal laws.

Thanks to using references to concrete and actual cases that were a subject of preparatory proceedings, the author managed to bring closer to law enforcement penal and legal opportunities in the evidence gathering in relation to the described phenomenon, i.a. describing evidence that could be useful. This article also presents interpretations of elements that were a matter of divergence in practice to that point that comparable cases ended with divergent settlements. Therefore, this article may be used as an introduction to further discussion on the assessment of effectiveness of law regulations in the described area