

Lubelska Akademia WSEI

DAGNY DEREWIECKA
ORCID: 0000-0001-5534-2823
dagny.derewiecka@interia.pl

Prawnokarna ochrona przetargu w świetle zmian przepisu art. 305 Kodeksu karnego

Criminal Law Assured Protection of the Tender in the Light of Changes
to Article 305 of the Penal Code

WPROWADZENIE

Znaczącą rolę w nabywaniu dóbr i usług we współczesnej gospodarce rynkowej odgrywają różnego rodzaju tryby przetargowe, w największym stopniu gwarantują one bowiem zachowanie mechanizmów konkurencji. Ich rolą jest doprowadzenie do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej – z jego punktu widzenia – oferty realizacji danego zamówienia spośród tych przedstawionych przez podmioty, które są zainteresowane jego realizacją.

Procedury przetargowe są w sposób szczegółowy regulowane przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Spośród nich przede wszystkim należy wskazać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych¹. Nie można jednak pomijać innych aktów prawnych regulujących tego typu postępowania, jak chociażby przepisy art. 70¹–70⁵ Kodeksu cywilnego², odnoszące się do aukcji i przetargu. W tym zakresie należy mieć na uwadze również przepisy innych aktów prawnych, które regulują zagadnienia związane z przetargami, jak chociażby przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami³ regulujące tryb przetargowy dla zbywania

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1605), dalej: p.z.p.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1610), dalej: k.c.

³ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. 2023, poz. 344).

nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego (art. 37–42).

Wszystkie te akty prawne określają pewne zasady i procedury odnoszące się do przygotowania, przeprowadzenia i rozstrzygnięcia przetargu, regulując zwłaszcza kwestie związane z zapewnieniem wszystkim jego uczestnikom równego traktowania przez podmiot organizujący przetarg, m.in. zapewnienie dostępu do takich samych informacji na temat przedmiotu zamówienia czy też jasnych, przejrzystych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Przestrzeganie tych reguł jest ważne, gdyż ich naruszenie może doprowadzić do zniweczenia (unieważnienia) całego postępowania przetargowego.

W ramach uczestniczenia w procedurach przetargowych dopuszczalna jest pewnego rodzaju współpraca pomiędzy oferentami świadczącymi dobra czy usługi danego rodzaju (takie same, zbliżone lub powiązane ze sobą). Między innymi sama ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje wspólne ubieganie się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (art. 117 p.z.p.) czy tzw. udostępnienie zasobów (art. 118 p.z.p.). Tego typu porozumienia, mające na celu wspólne uczestniczenie w danym przetargu i oczywiście uzyskanie zamówienia, o ile mieszczą się w granicach prawa, są niczym innym jak wyrazem swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Jeśli jednak tego typu działania podejmowane są w celu naruszenia lub obejścia właściwych procedur przetargowych, mogą zostać uznane za jedną z zakazanych praktyk rynkowych.

W tym kontekście należy wskazać na zawarty w treści przepisu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴ katalog antykonkurencyjnych porozumień. Zgodnie z tą regulacją zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.), co określane jest mianem tzw. zmów przetargowych lub zmów cenowych⁵.

Oczywiście obowiązujące przepisy prawa przewidują pewne sankcje za nielegalne wpływanie na wynik postępowania przetargowego. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w treści przepisu art. 106 przewiduje możliwość nałożenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na przedsiębiorcę, który naruszył zakaz określony w art. 6 u.o.k.i.k., a więc również na

⁴ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1689), dalej: u.o.k.i.k.

⁵ Tak m.in. A. Stawicki, *Komentarz do art. 6*, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, LEX/el.; K. Kohutek, *Komentarz do art. 6*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX/el. 2014.

oferenta, który działał w znowie przetargowej, kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu uzyskanego przez tego przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

W tym kontekście należy wskazać na przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które określają obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia, spośród których na uwagę – w związku z tematem niniejszego artykułu – zasługuje ta, która określa, że „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę (...) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe” (art. 108 ust. 1 lit. g p.z.p.). Nie można zapominać o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne, który może zostać orzeczony wobec podmiotu zbiorowego. Taką możliwość przewiduje przepis art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁶.

Wreszcie należy wskazać, że tego typu działania podlegają penalizacji na podstawie przepisu art. 305 Kodeksu karnego⁷, który w 2023 r. doczekał się aż dwóch nowelizacji. Co istotne, były to pierwsze nowelizacje od czasu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r.⁸, a więc od ponad 25 lat.

PROBLEMY INTERPRETACYJNE DOTYCZĄCE WYKŁADNI PRZEPISU ART. 305 K.K. W JEGO DOTYCHCZASOWYM BRZMIENIU

W dotychczasowym brzmieniu przepis art. 305 k.k. stanowił: „§ 1. 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 3. § 2. Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. § 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

⁶ T.j. Dz.U. 2023, poz. 659.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1138), dalej: k.k.

⁸ Kodeks karny wszedł w życie w dniu 1 września 1998 r.

Taka redakcja przywołanego przepisu budziła pewne zastrzeżenia, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, co wynikało przede wszystkim z rozbieżności co do jego wykładni i zakresu zastosowania. Dotyczyły one przede wszystkim kwestii związanych z ustaleniem znaczenia pojęcia przetargu publicznego. Wynikało to z faktu, że żaden z aktów prawnych powszechnie obowiązujących, które regulowały kwestie związane z postępowaniami przetargowymi, nie zawierał legalnej definicji przetargu publicznego. Natomiast próby zdefiniowania tego pojęcia w doktrynie prawa karnego prowadziły do rozbieżności w zakresie doboru kryteriów służących jego wyodrębnieniu⁹.

Część przedstawicieli doktryny wskazywała, że o publicznym charakterze przetargu decydowało kryterium jego pierwotnej dostępności (otwartości) dla nieograniczonej liczby uczestników oraz publicznoprawny charakter aktu normatywnego regulującego procedurę przetargową¹⁰. Rozpowszechniony był też pogląd, zgodnie z którym przetarg ma charakter publiczny, jeżeli przeprowadza go instytucja publiczna lub inna osoba działająca na podstawie upoważnienia ustawowego¹¹. Ponadto pojawiały się podglądy wskazujące, że kryterium decydującym o publicznym charakterze przetargu jest charakter środków dysponowanych w danym postępowaniu¹².

W tym kontekście należy również odnotować, że część przedstawicieli doktryny – w zależności od poglądów na temat kryteriów decydujących o zaliczeniu przetargu do „publicznego” – wskazywała, że „przetarg określony w art. 70¹ k.c. ma charakter prywatny i podjęcie wskazanych w komentowanym przepisie czynności w stosunku do niego nie stanowi czynu zabronionego”¹³. Podobny charakter ma twierdzenie, że „do przetargu, o którym mowa w art. 305 k.k., będą miały zastosowanie przepisy art. 70¹–70⁵ k.c., o ile przetarg taki będzie miał charakter publiczny”¹⁴. Odmienne stanowisko wskazywało, że „przesłankę publiczności

⁹ M. Makowski, *Ochrona prawno-karna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7–8, s. 89.

¹⁰ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański et al., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Kraków 2006; O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 83.

¹¹ M. Kulik, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2015; A. Marek, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2010; A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarzczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2016.

¹² R. Zawłocki, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 2, Warszawa 2005, s. 1360; Ł. Pasternak, *Przestępstwo udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 9, s. 92.

¹³ M. Kulik, *op. cit.*

¹⁴ K. Buczkowski, „Zmowy przetargowe” jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k., „Prawo w Działaniu” 2015, nr 23, s. 212.

przetargu w art. 305 k.k. należy traktować przedmiotowo, a nie podmiotowo. Do przetargu, o którym mowa w art. 305 k.k., mają więc w pełni zastosowanie art. 70¹–70⁵ k.c.”¹⁵.

Można było też spotkać się z poglądami, które wskazywały, że przepis art. 305 k.k. ma zastosowanie do przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego, natomiast pozostałe tryby udzielania zamówień publicznych nie podlegają już ochronie na podstawie tego przepisu¹⁶.

Wątpliwości, które pojawiały się w odniesieniu do wykładni i właściwego stosowania art. 305 k.k., dotyczyły także trybu ścigania przestępstw stypizowanych w § 1 i 2 tego przepisu. Zwracano uwagę, że dotychczasowe rozwiązanie przewidywało, iż oba typy przestępstwa określonego w treści przepisu art. 305 k.k. ścigane są na wniosek pokrzywdzonego, jeżeli nie jest nim Skarb Państwa. Wniosek taki nie był natomiast wymagany, gdy pokrzywdzonymi tymi przestępstwami były jednostki samorządu terytorialnego lub inne instytucje samorządowe, korzystające równie często co Skarb Państwa z instytucji przetargu. Niejednokrotnie mogło to oznaczać, że wniosek o ściganie nie był składany, chociażby z uwagi na zaangażowanie osób zatrudnionych w tych jednostkach czy instytucjach w proceder kryminalizowany na podstawie art. 305 k.k.¹⁷. Takie stanowisko wydaje się tym bardziej aktualne w świetle członkostwa Polski w Unii Europejskiej i związanego z tym finansowania różnego rodzaju inwestycji ze środków europejskich (a więc publicznych), kiedy to w sytuacji ewentualnego nielegalnego porozumienia pomiędzy organizatorem danego postępowania przetargowego a jego uczestnikiem lub uczestnikami, mającego na celu wyłudzenie jak najwyższej kwoty dotacji, organizator przetargu w żadnym wypadku nie będzie zainteresowany złożeniem wniosku o ściganie, natomiast zamknięta jest droga do wszczęcia takiego postępowania karnego z urzędu.

W związku ze wskazanymi problemami interpretacyjnymi w doktrynie pojawiały się postulaty pilnych zmian w zakresie redakcji przepisu art. 305 k.k. i objęcie zakresem jego ochrony także innych, konkurencyjnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przetargów prywatnych czy innych postępowań o charakterze przetargowym, prowadzonych na podstawie przepisów szczególnych. Wskazywano między innymi, że przemawia za tym zasada racjonalności ustawodawcy, skoro bowiem wprowadzono regulację karnoprawną, której celem jest ochrona uczciwej konkurencji, to tym bardziej zasadna jest ochrona prawidłowości stosowania tych trybów udzielenia zamówienia

¹⁵ J. Skorupka, [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 690.

¹⁶ *Ibidem*, s. 691–692; M. Kulik, *op. cit.*; P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2, s. 89.

¹⁷ O. Górniok, *op. cit.*, s. 87.

publicznego, z którymi wiąże się szczególne ryzyko naruszenia reguł uczciwej konkurencji. Co istotne, istnieje większe potencjalne zagrożenie naruszenia zasad uczciwej konkurencji w ramach zamkniętych procedur o ograniczonej konkurencyjności, takich jak zapytanie o cenę czy negocjacje bez ogłoszenia (np. w zakresie porozumienia wykonawców na szkodę zamawiającego), niż w odniesieniu do trybów adresowanych do nieograniczonej liczby wykonawców¹⁸.

Ponadto wskazywano, że konsekwencją tej pierwszej zmiany powinno być wykreślenie § 3, który przewiduje, z wyłączeniem Skarbu Państwa, ściganie przestępstw stypizowanych w treści przepisu art. 305 k.k. na wniosek pokrzywdzonego. Przyjęcie, że ochroną tego przepisu będą objęte wszystkie przetargi, uzasadnia wprowadzenie trybu publicznoskargowego także względem wszystkich pokrzywdzonych tym przestępstwem¹⁹.

ZMIANY PRZEPISU ART. 305 K.K. PODYKTOWANE POTRZEBĄ DOPRECYZOWANIA JEGO TREŚCI

Wychodząc naprzeciw formułowanym wśród przedstawicieli doktryny, ale i praktyków wnioskowi *de lege ferenda* w zakresie zmiany treści przepisu art. 305 k.k., ustawodawca w dniu 7 lipca 2022 r. uchwalił ustawę o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁰, na mocy której nadał przepisowi art. 305 k.k. następujące brzmienie: „§ 1. Kto utrudnia lub udaremnia przetarg albo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, działając na szkodę właściciela mienia, osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany bądź która prowadzi postępowanie, albo na szkodę interesu publicznego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Kto, w celu wywarcia bezprawnego wpływu na wynik trwającego lub przygotowywanego przetargu lub postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wchodzi w porozumienie z inną osobą,

¹⁸ M. Makowski, *op. cit.*, s. 100; K. Buczkowski, *op. cit.*, s. 245. W tym kontekście należy również zwrócić uwagę na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w piśmie z dnia 5 czerwca 2012 r. (UZP/DP/L-AS/25187/6080/12) skierowanym do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w którym wskazuje, że „zmiany wymaga przepis art. 305 § 1 Kodeksu karnego, który swym zakresem obejmuje wyłącznie zachowania, które polegają na utrudnianiu lub udaremnianiu tych postępowań zmierzających do uzyskania jak najkorzystniejszej ceny, które toczyły się w przetargu publicznym. Natomiast poza zakresem regulacji pozostają inne niż przetarg publiczny formy postępowania zmierzające do uzyskania jak najkorzystniejszej ceny lub oferty. W szczególności niechroniona jest ta sfera, w której zamówienia publiczne udzielane są na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w trybie nieprzetargowym. Z takimi sytuacjami mamy do czynienia w przypadkach: negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, zamówienia z wolnej ręki, dialogu konkurencyjnego czy licytacji elektronicznej”.

¹⁹ K. Buczkowski, *op. cit.*, s. 245.

²⁰ Dz.U. 2022, poz. 2600.

przekazuje lub rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności, działając na szkodę właściciela mienia, osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest lub ma być dokonywany bądź która prowadzi lub, ma prowadzić postępowanie, albo na szkodę interesu publicznego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 lub 2 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 4. Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio do aukcji. § 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 1–4 następuje na wniosek pokrzywdzonego, chyba że pokrzywdzonym jest Skarb Państwa lub przedmiot przetargu, aukcji lub zamówienia publicznego jest co najmniej w części finansowany ze środków publicznych”.

Zmiany te weszły w życie w dniu 1 października 2023 r. Jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu tej ustawy, miały one na celu „usunięcie powszechnie dostrzeganych na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu trudności w racjonalnym i efektywnym stosowaniu instrumentów prawa karnego, zmianę w obrębie tych instytucji, które dotknięte są wadami merytorycznymi bądź które uniemożliwiają osiąganie pożądaných i oczekiwanych rezultatów w zakresie polityki karnej, w tym w szczególności w płaszczyźnie realizacji funkcji sprawiedliwościowej oraz ochronnej prawa karnego i powiązanych z nią funkcji afirmacyjno-motywacyjnej oraz prewencyjnej”²¹. Projekt proponowanych i ostatecznie uchwalonych zmian ukierunkowany był też na „wyeliminowanie niespójności i luk prawnych, jakie zostały ujawnione w trakcie stosowania obowiązujących unormowań, również tych zgłaszanych w doktrynie prawa karnego lub w judykaturze”²².

Zmiany w zakresie treści przepisu art. 305 k.k. wynikały przede wszystkim z potrzeby doprecyzowania i unowocześnienia ujętych w nim przepisów karnych, gdyż dotychczasowe jego brzmienie rodziło liczne uwagi krytyczne, zarówno ze strony praktyków, jak i teoretyków prawa karnego. W tym zakresie w uzasadnieniu do projektu wskazano, że przepis art. 305 § 1 k.k. w dotychczasowym brzmieniu „powtarzał, w postaci prawie niezmienionej, brzmienie art. 245 Kodeksu karnego z 1969 r., recypowane z kolei z Kodeksu karnego z 1932 r. Mimo że przepis ten powstał w zupełnie innych realiach gospodarczych, określone w nim znamiona są w dalszym ciągu użyteczne, z tym jednak, że stały się one niewystarczające dla objęcia szerszej gamy współczesnych zachowań kryminalnych”²³.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że zakres przedmiotowy dotychczasowej w tym zakresie regulacji był zbyt wąski w stosunku do realiów obrotu gospodarczego. Kryminalizował jedynie czyny podjęte w związku z „przetargiem

²¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 lutego 2022 r., Druk sejmowy nr 2024, s. 4.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, część szczególna, teza 26, s. 92.

publicznym”, którego rozumienie okazało się dyskusyjne, przede wszystkim z uwagi na fakt, że nie istnieje jego prawna definicja. Tym samym przeciwstawiając pojęcie przetargu publicznego przetargowi prowadzonemu na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, doprowadzono do sytuacji, w której te same zachowania były kryminalizowane, gdy dotyczyły przetargu prowadzonego w trybie Prawa zamówień publicznych, a irrelevantne prawnokarnie, gdy dotyczyły przetargu prowadzonego w trybie przepisów prawa cywilnego. Ponadto za przedstawicielami doktryny wskazano, że przetarg publiczny bywa też rozumiany jako przetarg prowadzony przez instytucję publiczną lub związany z wykorzystaniem środków publicznych, co wyłączało spod ochrony prawno-karnej przetargi dokonywane przez podmioty prywatne. Zwrócono także uwagę, iż dotychczasowy przepis art. 305 k.k. odnosił się wyłącznie do przetargów, wyłączając tym samym spod zakresu tej regulacji pozostałe tryby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego²⁴.

Mając powyższe na uwadze, co zresztą podkreślali przedstawiciele doktryny prawa karnego, dokonano zmiany dotyczącej zakresu przedmiotowego art. 305 k.k., obejmując jego zakresem ochrony przetargi zarówno publiczne, jak i prywatne, w szczególności prowadzone na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, a wśród nich również aukcję, jako że aukcja i przetarg stanowią dwie zbliżone formy prowadzące do zawarcia umowy, regulowane przez przepisy art. 70¹–70⁵ k.c. Nowelizowane brzmienie przepisu uzupełniło art. 305 k.k. także o pozostałe rodzaje zamówień publicznych²⁵.

Nie były to jedyne zmiany w zakresie omawianego przepisu art. 305 k.k. Projektodawca dostrzegł jeszcze jeden problem, dotyczący zakresu czasowego czynów określonych w treści § 2 art. 305 k.k., regulującego tzw. znowę przetargową. Jak wskazano za poglądami nauki prawa karnego, dotychczasowe znamię utrudniania lub udaremniania przetargu mogło odnosić się jedynie do przetargu już rozpoczętego, co wynikało z faktu, iż „przetarg” jako taki swój byt prawny rozpoczyna nie wcześniej niż w momencie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne akurat w tym trybie. Natomiast tzw. znowa przetargowa, uregulowana w treści § 2, zazwyczaj ma miejsce już przed rozpoczęciem przetargu. Doprecyzowując brzmienie tego przepisu, jasno określono, że zakres czasowy obejmuje zarówno trwający, jak i dopiero przygotowywany przetarg lub postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego²⁶.

Dokonano również zmian w zakresie trybu ścigania czynu, co również było przedmiotem wątpliwości doktrynalnych. Dotychczasowe rozwiązanie, zgodnie z którym czyny z art. 305 k.k. ścigane były na wniosek pokrzywdzonego, chyba

²⁴ *Ibidem*, s. 92–93.

²⁵ *Ibidem*, s. 93.

²⁶ *Ibidem*, s. 93.

że pokrzywdzonym był Skarb Państwa, było racjonalne, ale w praktyce okazało się zbyt wąskie, nie uwzględniało bowiem pomysłowości osób dokonujących przestępstw gospodarczych. Można było spotkać się z sytuacjami, kiedy podmiot formalnie pokrzywdzony w ogóle nie był zainteresowany złożeniem wniosku o ściganie, ponieważ sam współpracował ze sprawcą czynu w wyłudzeniu mienia od innej osoby. Tym samym uzupełniono przepis art. 305 k.k. poprzez wskazanie, że kryminalizowane czyny mogą być popełnione także na szkodę interesu publicznego, a ponadto aby przepis ten pozwalał na wszczęcie postępowania karnego z urzędu w wypadku, gdy przedmiot przetargu, aukcji lub zamówienia publicznego jest co najmniej w części finansowany ze środków publicznych²⁷.

Ostatnia ze zmian wprowadzonych w treści przepisu art. 305 k.k. dotyczyła wysokości zagrożenia karą. Do dnia 1 października 2023 r. za wszystkie czyny określone w tym przepisie groziła kara pozbawienia wolności do lat 3. Według projektodawcy zagrożenie to było zbyt niskie, zarówno z uwagi na społeczną szkodliwość tych czynów, jak i ze względu na fakt, że karalność przestępstw zagrożonych taką karą ustawała z upływem lat 5 od ich popełnienia, co wynika z treści przepisu art. 101 § 1 pkt 4 k.k., regulującego instytucję przedawnienia. W znowelizowanym brzmieniu przepisu art. 305 k.k. pozostawiono zagrożenie karą bez zmian w wypadku czynów określonych w § 1, natomiast podniesiono to zagrożenie w wypadku tzw. zmów przetargowych, regulowanych w treści § 2, które to przestępstwa są częściej popełniane i prowadzą do większych szkód²⁸. Zmiana ta zgodna była zresztą z podstawowym założeniem, jakie legło u podstaw pracy nad projektem zmian Kodeksu karnego, którym była potrzeba wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak: życie i zdrowie człowieka, wolność, wolność seksualna i własność²⁹.

ZMIANY PRZEPISU ART. 305 K.K. WYNIKŁE Z POTRZEBY DOSTOSOWANIA JEGO TREŚCI DO INSTRUMENTÓW OCHRONY KONKURENCJI

Omówiona powyżej obszerna zmiana treści przepisu art. 305 k.k., która była wynikiem przede wszystkim wskazanych wcześniej problemów związanych z właściwą, jednolitą jego wykładnią, a w konsekwencji z jego skutecznym stosowaniem, nie była jedyną, która weszła w życie w ostatnim czasie. Otóż na podstawie ustawy z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw³⁰ do treści przepisu art. 305 k.k.

²⁷ *Ibidem*, s. 94–95.

²⁸ *Ibidem*, s. 95.

²⁹ *Ibidem*, uwagi wprowadzające, s. 1.

³⁰ Dz.U. 2023, poz. 852.

została dodana jednostka redakcyjna w postaci § 6 o następującym brzmieniu: „§ 6. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub § 2, który zawiadomił o fakcie jego popełnienia organ powołany do ścigania przestępstw lub organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub Komisję Europejską i ujawnił wszystkie istotne okoliczności tego przestępstwa, zanim organ powołany do ścigania przestępstw o nim się dowiedział”.

Ustawa ta weszła w życie w dniu 20 maja 2023 r. Została ona uchwalona w związku z transpozycją do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego³¹. Celem tej dyrektywy było zwiększenie skuteczności egzekwowania unijnych reguł konkurencji na rynku wewnętrznym przez krajowe organy ds. konkurencji państw członkowskich³².

W tym zakresie dyrektywa odnosi się m.in. do konieczności ustalenia szczegółowych zasad dotyczących tzw. systemu łagodzenia kar (*leniency*). W treści dyrektywy wskazano na dotychczasowe różnice pomiędzy programami łagodzenia kar w poszczególnych państwach członkowskich, leżące u podstaw braku pewności prawa dla potencjalnych wnioskodawców o złagodzenie kary, a co za tym idzie braku motywacji do składania wniosków o łagodzenie kar, co z kolei może obniżać skuteczność egzekwowania reguł konkurencji w Unii Europejskiej. Podniesiono przy tym, że różnice między programami łagodzenia kar na szczeblu państw członkowskich mogą także zagrażać równości warunków działania dla przedsiębiorstw prowadzących działalność na rynku wewnętrznym. Tym samym uzasadniano, że wdrożenie przez państwa członkowskie jaśniejszych i zharmonizowanych zasad łagodzenia kar w obszarze objętym dyrektywą nie tylko przyczyniłoby się do realizacji celu, jakim jest utrzymanie motywacji wnioskodawców do ujawniania danych o tajnych kartelach z myślą o zapewnieniu jak największej skuteczności egzekwowania reguł konkurencji w Unii, lecz także zagwarantowałyby równe warunki działania dla przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym³³.

Podkreślono jednocześnie, że programy łagodzenia kar są jednym z podstawowych narzędzi umożliwiających wykrywanie tajnych karteli, a zatem przyczyniają się one do skutecznego ścigania najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji i nakładania za nie kar³⁴.

³¹ Dz.Urz. UE L 11/3, 14.01.2019.

³² Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw z dnia 31 stycznia 2023 r., Druk sejmowy nr 2990, s. 1.

³³ Motywy 11, 50 i 51 dyrektywy 2019/1.

³⁴ Motyw 50 dyrektywy 2019/1.

W treści dyrektywy przyjęto założenia, zgodnie z którymi przedsiębiorstwa będą ujawniać dane o tajnych kartelach, w których uczestniczyły, jedynie wówczas, gdy będą dysponować dostateczną pewnością prawa odnośnie do możliwości uzyskania zwolnienia z kar. Odniesiono się jednak nie tylko do samych przedsiębiorców, ale i do ich pracowników, którym można by czynić zarzuty w tym zakresie. Wskazano bowiem, że brak pewności prawa co do tego, czy obecni i byli dyrektorzy, obecna i była kadra zarządzająca oraz obecni i byli inni pracownicy przedsiębiorstw wnoszących o zwolnienie z kary są chronieni przed indywidualnymi sankcjami, takimi jak kary, pozbawienie możliwości wykonywania zawodu lub pozbawienie wolności, co mogłoby zniechęcać potencjalnych wnioskodawców do wnoszenia o złagodzenie kary. W związku z ich rolą w wykrywaniu tajnych karteli i odnośnych postępowaniach osoby te powinny być zatem co do zasady chronione przed sankcjami w sprawie udziału tych osób w tajnym kartelu, którego dotyczy wniosek³⁵.

W związku z powyższym dyrektywa w art. 17 ust. 1 stanowi, że „państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy ochrony konkurencji stosowały programy łagodzenia kar, które umożliwiają im zwalnianie przedsiębiorstw z kar nakładanych za ujawnienie ich uczestnictwa w tajnych kartelach”. Natomiast w treści przepisu art. 23 ust. 2 dyrektywa przewiduje, że państwa członkowskie zapewniają, aby obecni i byli dyrektorzy, obecna i była kadra zarządzająca oraz obecni i byli inni pracownicy wnioskodawców ubiegających się w organach ochrony konkurencji o zwolnienie z kar byli w pełni chronieni przed sankcjami nakładanymi w postępowaniu karnym w związku z udziałem tych osób w tajnym kartelu, którego dotyczy wniosek o zwolnienie z kar za naruszenie przepisów krajowych.

Mając na uwadze określone w omawianej dyrektywie kierunki zmian, jakie powinny nastąpić w ustawodawstwach krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej, a także leżącą u ich podstaw konieczność stworzenia zachęt dla przedsiębiorców do składania do organu antymonopolowego wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary tudzież o jej obniżenie w trybie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, zasadne było wyłączenie karalności przy stosowaniu art. 305 k.k. dla skutecznych wnioskodawców (tzn. tych spełniających przesłanki odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej albo przesłanki do obniżenia kary – odpowiednio art. 113b i 113c u.o.k.i.k.), co jednocześnie stanowi implementację art. 23 ust. 2 dyrektywy.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy implementującej zapisy tej dyrektywy, system łagodzenia kar (*leniency*) jest jednym z najważniejszych mechanizmów wykrywania praktyk przez organy ochrony konkurencji, stosowanych zarówno w Polsce, jak i na świecie. Jednakże skuteczność instytucji *leniency*

³⁵ Motyw 64 dyrektywy 2019/1.

jest uzależniona od istnienia szeregu zachęt dla przedsiębiorców, również spoza systemu prawa konkurencji. W przypadku praktyk zmów przetargowych z uwagi na zagrożenie odpowiedzialnością karną przewidzianą w treści przepisu art. 305 k.k. dotychczas obserwowano niską skuteczność programu łagodzenia kar, co jednocześnie przekłada się negatywnie na wykrywalność i karalność praktyk ograniczających konkurencję. Tym bardziej, że w praktyce organu antymonopolowego horyzontalne porozumienia ograniczające konkurencję, w tym zmony przetargowe, są tymi, które w największym stopniu wywierają negatywne skutki dla rynku, a zarazem są praktykami najtrudniejszymi do wykrycia. Ich wykrywanie opiera się głównie na informacjach pochodzących od przedsiębiorców i osób zaangażowanych w przygotowanie i przeprowadzenie przetargów lub od osób biorących udział w przetargach³⁶.

Jednocześnie należy wskazać, że ustawa, która wprowadziła do art. 305 k.k. omawianą jednostkę redakcyjną, dodała do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przepis art. 113l, zawierający regulację przewidującą przekazywanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na wniosek właściwego prokuratora lub sądu lub z urzędu, informacji niezbędnych do ustalenia istnienia podstaw niepodlegania karze sprawcy przestępstwa określonego w art. 305 § 1 lub 2 k.k. w związku z zaistnieniem przesłanek z art. 305 § 6 k.k. lub też występowanie o takie informacje do innych organów.

PODSUMOWANIE

Biorąc pod uwagę przedstawione w niniejszym artykule rozważania odnoszące się do dotychczasowego brzmienia przepisu art. 305 k.k., zwłaszcza w kontekście rozbieżności w jego interpretacji, a tym samym w praktycznym zastosowaniu, należy stwierdzić, że zmiany wprowadzone ustawą z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, które weszły w życie w dniu 1 października 2023 r., były słuszne i w pełni uzasadnione. Należy pokładać nadzieję, że obecne jasne i doprecyzowane brzmienie tego przepisu pozwoli w przyszłości na bardziej efektywne jego stosowanie w zakresie ścigania określonych w nim przestępstw wymierzonych w prawidłowość przygotowania i przeprowadzania przetargów i innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (w ich szerokim znaczeniu). Jak dotąd bowiem, mając na uwadze orzecznictwo sądów w tych sprawach, można pokusić się o stwierdzenie, że przepis art. 305 k.k. był w zasadzie martwy, o czym świadczy niewielka liczba rozpoznawanych przez sądy spraw o kryminalizowane nim czyny, nie mówiąc już o wyrokach skazujących zapadających w tego typu postępowaniach.

³⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów..., s. 51–53.

Pozytywnie należy również ocenić wprowadzenie do treści przepisu art. 305 k.k. niemającego wcześniej swojego odpowiednika § 6, przewidującego niepodleganie karze za przestępstwa określone w treści art. 305 § 1 i 2 k.k. przez osoby fizyczne, będące osobami zarządzającymi lub innymi pracownikami przedsiębiorców, którzy chcą skorzystać z przewidzianej w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów instytucji odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia w sprawach porozumień ograniczających konkurencję (art. 113a i n. u.o.k.i.k.). Jego istnienie może realnie przyczynić się do wzrostu skuteczności systemu łagodzenia kar, który – jak zostało zauważone zarówno w treści dyrektywy 2019/1, jak i w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw – jest podstawowym i jednym z bardziej skutecznych narzędzi służących wykrywaniu niepożądanych praktyk przez organy ochrony konkurencji.

Należy podkreślić, że rzeczywistą skuteczność wprowadzonych w 2023 r. zmian w treści przepisu art. 305 k.k. będzie można ocenić dopiero po pewnym czasie ich obowiązywania i stosowania, zwłaszcza w oparciu o praktykę organów ścigania oraz organów ochrony konkurencji, oczywiście z uwzględnieniem orzecznictwa sądowego w tym zakresie.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

- Buczkowski K., „Zmowy przetargowe” jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k., „Prawo w Działaniu” 2015, nr 23.
- Górniok O., *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997.
- Kohutek K., *Komentarz do art. 6*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX/el. 2014.
- Kulik M., *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2015.
- Makowski M., *Ochrona prawnokarna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7–8.
- Marek A., *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2010.
- Michalska-Warias A., *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2016.
- Pasternak Ł., *Przestępstwo udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 9.
- Skorupka J., [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015.
- Stawicki A., *Komentarz do art. 6*, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, LEX/el.
- Szostakiewicz P., *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2.
- Wróbel W., *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski et al., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Kraków 2006.
- Zawłocki R., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 2, Warszawa 2005.

Miscellaneous

Pismo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 czerwca 2012 r. skierowane do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, UZP/DP/L-AS/25187/6080/12.

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 lutego 2022 r., Druk sejmowy nr 2024.

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw z dnia 31 stycznia 2023 r., Druk sejmowy nr 2990.

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L 11/3, 14.01.2019).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1610).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1138).

Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. 2023, poz. 344).

Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz.U. 2023, poz. 659).

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1689).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1605).

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2022, poz. 2600).

Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 852).

ABSTRACT

The aim of the article is to present the instruments intended to ensure the correct preparation and conduct of tenders and other procurement procedures in the light of criminal law provisions. The author analyzes the current content of the provision of Article 305 of the Penal Code, penalizing behavior such as obstructing or disrupting tender procedures, especially in the context of issues relating to interpretation of the individual parts of these acts, which in turn had an undoubted impact on the provision's application in practice, when it comes to the detection and prosecution of this type of crimes. In addition, the author discusses the changes in the provisions of Article 305 of the Penal Code, which took place in 2023, taking into account in particular the motives behind them, as well as the expectations regarding the effective and efficient application of this provision in the future.

Keywords: public tender; private tender; procurement procedure; criminal law provisions; disrupting the tender; obstructing the tender

ABSTRAKT

Celem artykułu jest przybliżenie instrumentów mających zapewnić prawidłowość przygotowywania i przeprowadzania przetargów i innych postępowań o udzielenie zamówienia w świetle przepisów prawno-karnych. Przeprowadzono analizę dotychczasowej treści przepisu art. 305 Kodeksu karnego, penalizującego zachowania polegające na utrudnianiu lub udaremnianiu postępowań przetargowych, zwłaszcza w kontekście problemów interpretacyjnych odnoszących się do poszczególnych znamion tych czynów, co miało niewątpliwą wpływ na jego stosowanie w praktyce

w zakresie wykrywania i ścigania tego typu przestępstw. Ponadto omówiono zmiany, jakie w treści przepisu art. 305 Kodeksu karnego nastąpiły w 2023 r., ze szczególnym uwzględnieniem motywów, jakie legły u ich podstaw, jak również oczekiwań w zakresie skutecznego i efektywnego stosowania tego przepisu w przyszłości.

Słowa kluczowe: przetarg publiczny; przetarg prywatny; postępowanie o udzielenie zamówienia; przepisy prawne; udaremnianie przetargu; utrudnianie przetargu

