



**Dr Mikołaj G. Goss**

Adwokat, Partner Zarządzający i założyciel kancelarii GGL.



**Izabela Hęćlik**

Of Counsel, Head of Public Procurement Practice GGL.



# Co mi zrobisz jak mnie złapiesz?

**W artykule dokonujemy subiektywnego spojrzenia na kwestie odpowiedzialności za naruszenia w obszarze zamówień publicznych.**

**P**o co nam te zamówienia w reżimie ustawy pzp? A tym bardziej odpowiedzialność karna za naruszenie zasad ich stosowania? Wydajemy pieniądze, nie niczyje tylko nasze – moje i Twoje również, nasze wspólne. Margaret Thatcher mówiła: *Nie ma czegoś takiego jak publiczne pieniądze. Jeśli rząd mówi, że komuś coś da, to znaczy, że zabierze tobie, bo rząd nie ma żadnych własnych pieniędzy.* Zatem są to środki, o które trzeba dbać, pilnować zasadności ich wydatkowania, transparentności, równego dostępu do ich pozyskania i ... chronić przed nadużyciami.

Postępowania zatem, prowadzone w celu prawidłowego wydatkowania pieniędzy publicznych powinny być szczególnie chronione. Trafnie zostało ujęte to w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2024 r. KIO 617/24, gdzie Izba stwierdziła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolne, luźne tylko stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy z podmiotem publicznym, gwarantującym

wypłatę środków finansowych, przy zachowaniu środków ochrony prawnej dla uczestników.

System zamówień publicznych zarówno w Polsce, jak i w innych krajach pełni kluczową rolę w gospodarce, umożliwiając prawidłową realizację projektów publicznych. Jest to również z zasady system narażony na różnego rodzaju nieprawidłowości i nadużycia, ze względu na ogromne środki dystrybuuje. I mimo, że w obecnej odsłonie Prawo zamówień publicznych jest aktem niezwykle obszernym, to żaden z przepisów tej ustawy nie odnosi się wprost do przepisów prawa karnego, które penalizują nieprawidłowości, których dopuściły się konkretne osoby biorące udział w udzielaniu zamówienia. W ustawie znalazły się jedynie przepisy przewidujące nakładanie kar pieniężnych na zamawiających przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tym zakresie są to jednak sankcje o charakterze administracyjnym, które nie dotykają konkretnych osób, które swoimi działaniami naruszyły ustawę pzp. Być może z tego powodu odpowiedzialność karna w sektorze zamówień publicznych nie jest sferą, która jest dobrze uświadomiona wśród pracowników zamawiających i podmiotów, które ubiegają się o zamówienia.

Ustawodawstwo przewiduje mechanizmy odpowiedzialności dla osób zaangażowanych w tym procesie, zarówno po stronie

zamawiającego, jak i wykonawcy. Niewątpliwie celem tych regulacji jest przeciwdziałanie korupcji, nepotyzmowi, oraz wszelkim formom nadużyć, które mogą narazić środki publiczne na uszczuplenie.

Przepisy dotyczące odpowiedzialności za przestępstwa popełniane w obszarze udzielania zamówień i wydatkowania środków publicznych znajdują się głównie w Kodeksie karnym oraz w unormowaniach szczególnych, dotyczących ochrony interesu publicznego. Wśród wielu różnych regulacji, które powinny gwarantować uczciwość, przejrzystość i transparentność całego systemu oraz chronić przed szeroko rozumianą patologią, znajdują się w szczególności przepisy sankcjonujące łapownictwo bierne i czynne (tj. art. 228 i 229 kk), powoływanie się na wpływ (tj. art. 230 kk i art. 230a kk), przekroczenie lub niedopełnienie obowiązków służbowych przez funkcjonariuszy publicznych (tj. art. 231 kk), podrabianie dokumentów, poświadczanie nieprawdy, jak i ukrywanie i niszczenie dokumentów (tj. art. 270 kk, art. 271 kk), wyłudzenie podstępem poświadczenia nieprawdy (tj. art. 272 kk, art. 273 kk, art. 276 kk), nadużycie zaufania (tj. art. 296 kk, art. 297 kk) oraz oszustwo kapitałowe. W ostatnim czasie szeroko opisywane są przez prasę przypadki istnienia niedozwolonych porozumień pomiędzy wykonawcami, którzy świadomie manipulują przebiegiem postępowania ws.

Pracując po stronie zamawiającego...  
czytaj co podpisujesz ... czyli  
Gdy coś myślisz, nie mów. Gdy mówisz,  
nie pisz. Gdy piszesz, to się nie podpisuj.  
(Mariusz Czubaj)

udzielenia zamówienia (tzw. zmowy przetargowe z art. 305 kk.). Widać zatem, że katalog czynów, które ustawodawca penalizuje przy wykorzystaniu norm prawa karnego, jest szeroki. Trzeba dodać, że penalizacji w obszarze zamówień podlegają przestępstwa popełniane nie tylko umyślnie (z zamiarem popełnienia czynu niedozwolonego), ale także nieumyślnie, gdzie sprawca nie ma zamiaru popełnienia takiego czynu, ale na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach dopuszcza się jego popełnienia, i za które również ponosi odpowiedzialność karną. Warto przy tym zauważyć, że karnoprawna odpowiedzialność uczestników procesu zamówień publicznych obejmuje nie tylko dysponentów środków, czyli stronę zamawiającego, ale penalizacji podlegają również wykonawcy, oraz osoby trzecie, które podejmują działania sprzeczne z interesem publicznym. To ważne, gdyż znaczna część spraw karnych toczy się nie tylko przeciw wykonawcom, ale także przeciwko niestarannym „zamówieniowcom” czy kierownikom jednostek odpowiedzialnym za zamówienia w różnych podmiotach.

Zatem ochroną przed niezgodnym z przepisami działaniem ustawodawca objął wszystkich uczestników biorących udział w całym przedsięwzięciu i zagwarantował ściganie działających z zamiarem wywarcia nieuprawnionego wpływu na przebieg postępowania.

Z uwagi na krąg podmiotowy przestępstwa przetargowe można podzielić na te z udziałem zamawiającego oraz te, które mogą wystąpić w relacjach między wykonawcami.

Jest, naszym zdaniem, kilka typów przestępstw z udziałem pracowników zamawiającego, które warto bliżej omówić. Pierwszy dotyczy

czynności na tyle oczywistych i wykonywanych niemal mechanicznie przez członków komisji przetargowej, że w naszej ocenie warto właśnie od niego zacząć.

W każdym postępowaniu składane jest oświadczenie o braku pozostawania z wykonawcą w stosunku prawnym lub faktycznym mogącym budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności członków komisji przetargowej. Fałsz w tym zakresie to przestępstwo z art. 233 § 6 kk w zw. z art. 56 ust. 4 pzp. Sprawca takiego czynu podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Przyjrzyjmy się przyczynom, dla których ustawodawca zdecydował się na tak poważną sankcję.

Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Ustawodawca nakazał, by w sytuacji konfliktu interesów członkowie komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania, lub udzielające zamówienia podlegały wyłączeniu. W uzasadnieniu do projektu ustawy (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624) możemy znaleźć następujące wyjaśnienie tego pojęcia: *Należy przez to rozumieć każdą sytuację, w której bezstronność lub niezależność osób działających po stronie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest lub może być postrzegana jako zagrożona z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.*

Zainteresowanie problemem bezstronności i jednocześnie odpowiedzialnością w tym względzie jest również przedmiotem rozważań KIO. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 6.09.2021 r., KIO 2179/21, LEX nr 3306143: stwierdza *W kontekście powyższego nie ulega zatem wątpliwości, że istniały powiązania faktyczne pomiędzy członkiem Komisji Przetargowej a osobą, która pełniła funkcję prezesa zarządu odwołującego, będącą jednocześnie współwłaścicielem w tej spółce, których charakter opisał Pan M. B., jako mogące budzić wątpliwości co do jego bezstronności. [...] W konsekwencji uznać należy, że rację ma zamawiający, iż wszystkie czynności podejmowane w postępowaniu przez Pana M. B. (poza otwarciem ofert), w których ten uczestniczył jako członek Komisji Przetargowej, w świetle przepisu art. 17 ust. 3 ustawy pzp są nieskuteczne i podlegają obowiązkowi powtórzenia. Mając na względzie etap, na którym członek komisji złożył oświadczenie i został wyłączony z postępowania – powtórzenie tych czynności nie jest już możliwe, a co za tym idzie wada postępowania ma charakter nieusuwalny.* Na tym przykładzie widać, że niezależnie od odpowiedzialności karnej,



konsekwencje powiązań pomiędzy członkami komisji a wykonawcą mogą drastycznie wpływać na przebieg proceduralny prowadzonego postępowania, w tym na konieczność jego unieważnienia, właśnie poprzez złożenie niewłaściwego oświadczenia. To klasyczne przewinienie jakie po stronie zamawiającego może popełnić każdy członek komisji przetargowej. Czynności zamawiającego, odpowiedzialności wykonawców i granica wzajemnych relacji jest czasem trudna do określenia. Poniżej, omawiając odpowiedzialność wykonawcy okaże się że również czyny podmiotów biorących udział w postępowaniu często zależą od działań zamawiającego, również tych nietycznych, a co za tym – karalnych.

Pora w tym miejscu przejść do tej grupy przestępstw, których mogą dopuścić się pracownicy po stronie wykonawców.

#### **Uwaga! Wykonawca też odpowiada...**

Na pierwszy plan wysuwają się zmywy pomiędzy wykonawcami. Sytuacje takie kwalifikować można jako przestępstwa z art. 305 kk, 297§1 kk lub 286§1 kk. Najwięcej

emocji budzi oczywiście doniosłość art. 305 kk, szczególnie w znowelizowanym brzmieniu. Przed 1 października 2023 r. penalizacja zakłóceń przetargów była dyskusyjna, problemów dostarczało przede wszystkim samo pojęcie przetargu publicznego. Znowelizowany kodeks karny zakazuje każdego rodzaju naruszeń przetargowych i tym samym rozszerza oraz weryfikuje wątpliwości związane z kwalifikacją i z rozumieniem pojęcia przetargu publicznego.

Zmowa przetargowa z art. 305 kk, to jedna z najczęściej spotykanych patologii w zamówieniach publicznych. Polega ona na wejściu w porozumienie wykonawców, w celu uzgodnienia wyników prowadzonego postępowania i w konsekwencji skutkuje działaniem naruszającym zasadę konkurencyjności i transparentności. W praktyce spotykane są niedozwolone uzgodnienia dotyczące zakresu ofert, aż do manipulacji cenowych, mających bezpośredni wpływ na czynności zamawiającego. Zwykle, w wyniku nieuczciwego działania, dochodzi do wyboru oferty nieoptymalnej. Takim działaniem jest także „dzielenie rynku” między wykonawcami startującymi o uzyskanie

kontraktu publicznego, ustalaniem między sobą cen lub warunków w celu ograniczenia konkurencji. Zmowa przetargowa to przestępstwo umyślne, sprawcy zatem muszą działać z zamiarem bezpośrednim, ze świadomością i wiedzą działania na szkodę i ograniczenia konkurencji. O zmowie w zamówieniach publicznych mówimy wówczas, gdy przedsiębiorcy (wykonawcy), biorący udział w postępowaniu, uzgadniają zarówno między sobą jak i z samym zamawiającym warunki współpracy proponowanej w ofertach (w odniesieniu do cen oraz innych elementów dotyczących realizacji zamówienia publicznego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, istotnych postanowieniach umowy, warunkach udziału czy kryteriach oceny). I pomimo, iż ustawa pzp przewiduje mechanizmy, które mają przeciwdziałać tym praktykom, to jednak wciąż nie jest możliwe całkowite wykluczenie tego typu zachowań.

Warunkiem odpowiedzialności karnej jest tutaj zamiar bezpośredni – porozumienie musi być zawarte w celu wywołania określonych skutków dla wyniku postępowania przetargowego.

I co istotne – skutkiem tego działania nie musi być wcale realna szkoda majątkowa lecz również samo wywołanie zagrożenia. Dotyczy to przede wszystkim porozumienia z osobami, które z racji pełnionej funkcji w jednostce lub na podstawie pełnomocnictwa wywierają lub mogą wywrzeć wpływ zarówno na przebieg postępowania, jak i na wybór przyszłego wykonawcy. Na temat tego, jak interpretować ten przepis wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 maja 2012 r. (sygn. akt V KK 402/11, OSNKW 2012/8/84), w którym wprost wyraził pogląd, iż *zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie „działając na szkodę” jest znamiem skutku przestępstwa.*

W zakresie 305 kk §5 kk, warto wspomnieć, w odniesieniu do uzasadnienia do projektu że: *można wskazać przetargi dotyczące usług dotowanych z funduszy europejskich, gdy spółka organizująca przetarg działa w zmowie z podmiotem, który przetarg wygrywa, fikcyjnie zawyżając, i przez to wyłudza kwotę dotacji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami nie jest wówczas możliwe ściganie takiego wyłudzenia, gdyż spółka organizująca przetarg nie składa wniosku o ściganie, zaś brzmienie art. 305§3 kk nie pozwala na wszczęcie postępowania z urzędu. Należało zatem uzupełnić*



art. 305 kk poprzez wskazanie że kryminalizowane czyny mogą być popełnione również na szkodę interesu publicznego, oraz uzupełnić odpowiednik art. 305 §3 kk tak aby pozwalał on na wszczęcie postępowania karnego z urzędu w wypadku, gdy przedmiot przetargu, aukcji lub zamówienia publicznego jest co najmniej w części finansowany ze środków publicznych. Zakres odpowiedzialności jest bardzo szeroki – znajdzie się tu każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego gdzie interes publiczny został (potencjalnie lub realnie) narażony na szkodę.

Także eliminacja z przepisu określenia „publiczny” wprost wskazuje, że od 1 października 2023 r. omawiany przepis Kodeksu karnego ma zastosowanie do przetargów publicznych i prywatnych, prowadzonych przez każdy podmiot wydający środki publiczne. Znowelizowane brzmienie uzupełnia więc art. 305 o pozostałe rodzaje zamówień publicznych, dotyczy on zatem także przetargów prowadzonych na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, takich jak aukcja.

Niewątpliwie do czasu zmiany przepisów za granicę odpowiedzialności uznawano poziom kwotowy zastosowania ustawy pzp. W obecnych realiach odpowiedzialność występuje niezależnie od konieczności stosowania pzp, czyli zarówno w postępowaniach ustawowych jak i pozaustawowych – jako typowy zamawiający oraz jako podmiot, który z racji otrzymanych środków zobowiązany jest do ich wydatkowania na zasadach takich jak podmiot publiczny.

Czynności przygotowania postępowania nie są abstrakcyjne. Co do zasady, to wszelkie czynności niezbędne do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania, w tym w szczególności określenie rodzaju zamówienia, ustalenie jego

wartości, dokonanie analizy potrzeb i wymagań, przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych, wyboru trybu udzielenia zamówienia, opracowanie dokumentów zamówienia. To więc nie tylko postępowanie ogłoszone, ale również przygotowywane. Zmienia się więc zarówno zakres przedmiotowy, jak i czasowy odpowiedzialności za naruszenia.

Samo jednak przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia obejmującej niekonkurencyjny i celowo zawężający opis przedmiotu zamówienia, nie powoduje na tym etapie skutku realnego zagrożenia dla interesów majątkowych zamawiającego, nie jest bowiem wiadome, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie wszczęte i co do zasady traktować je należy jako niekaralne przygotowanie. Inaczej oczywiście wygląda sytuacja kiedy w ramach ogłoszonego postępowania na tenże wadliwy opis złożona zostanie oferta, jednego, najlepszego wykonawcy.

Wyobraźmy sobie sytuację, gdy nieuczciwy wykonawca złoży tę jedyną, najlepszą ofertę, jednak jego działanie nie będzie cechować należyta staranność i oferta zostanie odrzucona na podstawie przesłanek z art. 226 ust.1 pzp. Wówczas ustawiony opis przedmiotu zamówienia będzie mógł mieć wpływ na wynik, gdy uprawdopodobnimy że inni wykonawcy, potencjalnie zainteresowani zamówieniem, przy zachowaniu uczciwej konkurencji, mogliby złożyć korzystniejsze oferty.

I w ten sposób dochodzimy do sytuacji, gdzie odpowiedzialność zarówno wykonawcy, jak i działania zamawiającego przenikają się. Nie ma zatem rzeczywistości czarno białej i do działań wykonawcy, który chce działać nieuczciwie wielokrotnie przyczynia się sam zamawiający działając świadomie bądź nie.

**Czy do działań przestępczych wykonawcy nie jest potrzebny zamawiający? Najgorzej, jak się za przestępstwa biorą przyzwoici ludzie, pomysły mają nie z tej ziemi i sam diabeł za nimi nie trafi...**

**(Joanna Chmielewska)**

**Każde uwzględnione, zasadne i udowodnione odwołanie jeszcze przed otwarciem ofert oznacza poniekąd, że istnieje podejrzenie popełnienia przestępstwa**

A jak z kwalifikacją przedmiotu zamówienia czy też z ustaleniem jego wartości zamówienia? Art. 619 ust.1 pkt. 1 lit.c) pzp wskazuje, że karze pieniężnej podlega zamawiający, który udzielił zamówienia, nie przeprowadzając żadnej procedury przewidzianej w ustawie, mimo iż był on tym zakresie zobowiązany. Niestety, regulacja ta znajdzie zastosowanie również wówczas, gdy zamawiający błędnie przyjął, że nie ma obowiązku stosowania ustawy oraz także w wyniku błędów związanych z szacowaniem wartości zamówienia i w konsekwencji niewłaściwą procedurą, czy też nieprawidłowym wyłączeniem stosowania ustawy.





W rozumieniu ustawodawcy, czynności te są związane z pominięciem tej fazy w następstwie udzielenia zamówienia bez stosowania ustawy.

Zakładając, że działanie na szkodę oznacza również realne zagrożenie dla zasady konkurencyjności, to czynności zamawiającego od ogłoszenia ograniczających nadmiarowo warunków, kryteriów oceny, a dalej wadliwego w świetle ustawy opisu przedmiotu zamówienia, traktowane winno być jako działanie na szkodę interesu publicznego.

### **Zamówieniowy „świadek koronny”**

Zgodnie z art. 305§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. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa winno być rozumiane jako przekazanie wszystkich faktów związanych z popełnieniem tak przestępstwa własnego jak i sprawcy przestępstwa łapownictwa biernego, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie stanowi ujawnienia wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa – podobnie jak na gruncie art. 60 § 3 k.k. relacjonowanie tylko niektórych znanych faktów, co oznacza przecież zatajenie innych okoliczności, czy też wybiórcze ich prezentowanie (SN z 26.01.2015, II KK 186/14).

Dodajmy również że wszelkie nadużycia, w tym obszarze są także przedmiotem

działań antymonopolowych, prowadzonych przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W ramach przeciwdziałania nieuczciwym praktykom, w tym w szczególności znikom przetargowym UOKiK proponuje program łagodzenia kar, zachęcając do współpracy z organami ścigania. Przy dobrowolnym ujawnieniu zmywy, przekazaniu informacji, istnieje możliwość uniknięcia czy złagodzenia kary, co ma istotne znaczenie, w przypadku wykrywania trudnych do udowodnienia porozumień gospodarczych. Monitoring poprawności gospodarowania środkami publicznymi zapewniają w szczególności ponadto takie organizacje jak CBA, NIK czy UZP, które współpracując z organami ścigania i prowadząc działania kontrolne oraz wspierające, dbają o czystość procedur prowadzonych przez zamawiających publicznych.

## A stare, klasyczne oszustwo?

Przestępstwo z art. 297 § 1 kk (oszustwo) występuje również w zamówieniach publicznych. Zgodnie z treścią art. 297 § 1 kk to, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi [...] zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W obszarze zamówień publicznych, wyłudzenia dopuszcza się najczęściej wykonawca, ubiegający się o zamówienie publiczne, przekazując zamawiającemu fałszywy dokument lub oświadczenie, w celu wykazania spełnienia warunków lub w związku z wykazaniem braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie pzp, czynności podejmuje głównie na podstawie oświadczeń składanych przez wykonawców i w sytuacji przedłożenia nieprawdziwego dokumentu, udziela bezzasadnie zamówienia podmiotowi, który nie spełnił wymagań wskazanych w dokumentacji przetargowej a co gorzej – zawiera z nim umowę. Podkreślić też należy, że z perspektywy art. 297 kk bez znaczenia pozostaje, czy wykonawca wybrany na podstawie fałszywych oświadczeń w sposób należyty zrealizował zamówienie lub czy wybrana oferta była obiektywnie najlepsza. Istota oszustwa w art. 297 § 1 kk tkwi we wprowadzeniu w błąd zamawiającego, celem uzyskania zamówienia publicznego, a co zatem złamaniu jednej z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania – zasady uczciwej konkurencji. Dotyczy to także realnego wpływu na krąg wykonawców, którzy wskutek dokonania czynu zabronionego tracą szansę na uzyskanie zamówienia publicznego i dostępu do publicznych środków.

Ubieganie się o zamówienie publiczne w sposób wskazany w art. 297 § 1 kk, zakłóca całość systemu zamówień publicznych, niezależnie od sposobu i pobudek popełnienia przestępstwa.



Klauzula bezkarności w tym obszarze przewiduje, że nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wykorzystaniu wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, określonych w § 1, zrezygnował z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego. Rezygnacja wymaga złożenia stosownego oświadczenia lub rezygnacji (odstąpienia) z realizacji zamówienia publicznego.

### Małżeństwo doskonałe? Czy na pewno?

Przecież możemy wyobrazić sobie sytuację, gdy w omawianym czynie niedozwolonym bierze udział również zamawiający w ramach pomocnictwa do oszustwa w zamówieniach publicznych, i umyślnego działania, udzielania rad, celem ułatwienia innym osobom popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 kk. (art. 18 § 3 kk w zw. z art. 297 § 1 kk). W tej sytuacji w pełni odpowiada osoba, na której spoczywał obowiązek prawny niedopuszczania do nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. SA

w Łodzi, w wyroku z dnia 26.7.2000 r., II Aka 93/00, Legalis stwierdził, iż *dla ustalenia, że doszło do realizacji znamion strony przedmiotowej oszustwa przetargowego, konieczne jest wykazanie, że sprawca, ubiegając się o uzyskanie zamówienia publicznego, zrealizował jedną z alternatywnie określonych czynności sprawczych, tj. przedłożył chociażby jeden: dokument podrobiony; dokument przerobiony; dokument poświadczający nieprawdę; nierzetelny dokument; nierzetelne pisemne oświadczenie co do okoliczności istotnych w rozumieniu Prawa zamówień publicznych.*

Zatem dla urealnienia odpowiedzialności karnej nie ma znaczenia wystąpienie skutku w postaci uzyskania zamówienia publicznego. Jeżeli dodatkowo uzyskanie zamówienia naraziło interes majątkowy zamawiającego, zasadnym jest przypisanie obok oszustwa przetargowego znamion oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 kk i art. 297 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk).

W tym przypadku wystarczające jest wykazanie, że sprawca w momencie przedkładania opisanych w art. 297 § 1 kk miał zamiar przedłożenia tego rodzaju dokumentów



**Należy sobie powiedzieć uczciwie:  
Gdyby przestępstwo się nie opłacało,  
byłoby naprawdę niewielu przestępców  
(Steve Perry)**

i oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wszędzie zatem tam, gdzie w grze są duże pieniądze, ryzyko korupcji i zmywy przetargowe i wszelakie inne naruszenia będą zawsze istniały. Pamiętajmy, że system wydatkowania środków publicznych istnieje nie tylko w Polsce, ale także na poziomie unijnym i na każdym z tych poziomów podatny jest na nadużycia. KE w celu zwalczania naruszeń i zmyw przetargowych stosuje wysokie kary finansowe i dolegliwości dla chcących testować możliwości inne niż proponowane przez ustawodawcę, gdzie ich wykrywanie i karanie pozostaje kluczowe dla ochrony interesu publicznego.

Doświadczenia pokazują, że do zmyw przetargowych i najczęstszych innych nadużyć dochodzi głównie w branży budowlanej, informatycznej, farmaceutycznej oraz również w ochronie zdrowia. Walka z nimi wymaga współpracy z prokuraturą, urzędami antymonopolowymi, organami ścigania, jak też stosowania specjalnych procedur prewencyjnych.

Ze statystyk policji wynika, że liczba przestępstw z art. 305 kk stwierdzona w ostatnich latach utrzymuje się na podobnym poziomie. W 2023 r. było 59 tego typu przestępstw, w 2022 r. – 37, a w 2021 r. – 61. Jak dotąd, zważywszy na orzecznictwo sądów w tych sprawach, można stwierdzić, że przepis art. 305 kk był w zasadzie martwy, o czym

świadczą relatywnie niewielka liczba rozpoznawanych spraw. Jednakże rzeczywistą skuteczność wprowadzonych w 2023 r. zmian w treści przepisu art. 305 kk będzie można ocenić dopiero po pewnym czasie. Z perspektywy obserwatora karnych postępowań zamówieniowych wnioskować można również, że ilość spraw w tym obszarze zdecydowanie zwiększy się, głównie ze względu na znamiona przestępstwa, które w istotny sposób zostały zmodyfikowane, w związku z czym możliwość popełnienia czynu jest bardziej realna, szersza i będzie znacznie większa.

### **Kropka nad „i”**

Podsumowując, osoby podejmujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny liczyć się z odpowiedzialnością uregulowaną w szeregu przepisów prawa. Konsekwencje naruszenia odpowiedzialności w zakresie zamówień publicznych, z którymi łączyć się może naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czy wręcz popełnienie deliktu karnego, są jak najbardziej realne. Podkreślenia wymaga także fakt, że w nawet w przypadku pociągnięcia osoby naruszającej przepisy prawa do odpowiedzialności karnej poprzez zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, poszkodowany może w procesie karnym lub niezależnie od niego w postępowaniu cywilnym dochodzić odszkodowania z tytułu szkody wyrządzonej przez czyn przestępczy (M. Kośmicka, Odpowiedzialność za naruszenie przepisów pzp, LEX/el. 2023).

I na koniec – w kontekście odpowiedzialności przy wydatkowaniu środków publicznych niewątpliwie musimy pamiętać o trzech kluczowych zasadach. Zasada pierwsza – *Transparentność* – bo działania przy środkach publicznych muszą być czyste i przejrzyste. Po drugie – *Uczciwość* bo jeśli nie, to możliwości systemu dyscyplinowania są jak widać szerokie, mogą być uciążliwe i przy obecnym obciążeniu spraw w sądach ... raczej długofalowe. A po trzecie – *Równe traktowanie*... bo wspominając przytoczone na początku słowa Margaret Thatcher ... to w końcu pieniądze nas wszystkich, więc dbajmy o ich prawidłowe wydatkowanie i dostępność dla szerokiego rynku wykonawców zapewniających należyte wykonanie zamówień, a próbującym naginać prawo zalecamy lekturę w szczególności obowiązujących obecnie przepisów karnych. ■