

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16.05.2017 r., II Aka 35/17, Lex nr 2329069

ZYGMUNT KUKUŁA*

STRESZCZENIE

Przestępstwa związane z organizowaniem i przeprowadzaniem przetargów publicznych cechuje duży stopień szkodliwości społecznej. Ich ofiarami stają się nie tylko instytucje publiczne, lecz także społeczeństwo, które odczuwa konsekwencje wadliwie wybranych ofert. Komentowane orzeczenie zwraca uwagę na bardzo ważne elementy, prowadzące do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa związanego z przetargiem, a mianowicie na zdefiniowanie pojęcia działania na szkodę organizatora przetargu oraz publicznego charakteru przetargu. W rezultacie rzuca to na granice ochrony przetargów publicznych ze strony prawa karnego.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, przetarg, szkoda majątkowa, przestępstwo, odpowiedzialność karna

1. Zawarte w art. 305 k.k. sformułowanie „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 dokonywany.

2. Przetargiem publicznym może być również przetarg ograniczony. Przetarg publiczny w rozumieniu art. 305 § 2 k.k. to taki, którego ogłoszenie ma charakter publiczny – jest skierowane do bliżej nieskonkretyzowanego kręgu podmiotów. Chodzi

* Dr hab. Zygmunt Kukła, funkcjonariusz III Komisariatu Policji w Bielsku-Białej, pracownik naukowy Wyższej Szkoły Administracji w Bielsku-Białej.

o to, że publiczne ogłoszenie o przetargu kierowane jest do niezindywidualizowanej grupy podmiotów spełniających określone wymagania. Zawężenie owej grupy adresatów, do których kierowane jest ogłoszenie o przetargu, nie eliminuje jego publicznego charakteru.

Karnoprawna ochrona przetargów publicznych, o której mowa w art. 305 k.k.¹, cieszyła się dotąd niewielkim zainteresowaniem orzecznictwa sądowego, co sprawia, że dorobek ten w porównaniu z innymi przepisami z rozdziału dotyczącego przestępstw gospodarczych nie jest liczny. Od wprowadzenia w życie tego przepisu, najpierw w postaci art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego², a następnie w kodeksie karnym z 1997 r. upłynęły ponad 24 lata. W tym czasie doczekaliśmy się zaledwie sześciu orzeczeń, wydanych przez sądy rozpoznające sprawy z tego zakresu. Tym bardziej należy docenić opublikowanie kolejnego judykatu, wzbogacającego naszą wiedzę z tego obszaru, przyczyniające się do rozbudowy wykładni przepisu. Jego doniosłość dla stosujących prawo karne jest bezsporna, gdyż oprócz poszerzenia wiedzy o kolejny element, wpływa też na ustabilizowanie wykładni jego znamion. Artykuł ten zapewnia karnoprawną ochronę przetargów publicznych.

Sfera zamówień publicznych, o czym należy pamiętać, charakteryzuje się ujawnianymi często w ostatnim czasie nadużyciami, których rezultatem stają się kierowane zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Gwoli ścisłości warto przypomnieć, że przepis zabezpieczający przed przestępstwami w obszarze zamówień publicznych obecny był, choć w innej formie, już w kodeksie karnym z 1932 r., w art. 283, a następnie w art. 245 kodeksu karnego z 1969 r.

W sprawie będącej przedmiotem glosowanego orzeczenia sąd apelacyjny rozpatrywał apelację od wyroku sądu okręgowego, uznającego winę trojga oskarżonych. Akt oskarżenia obejmował kwalifikacje prawne z kilku przepisów kodeksu karnego: art. 231 § 1, art. 233 § 4, art. 271 § 1, art. 296 § 1 i 3 oraz art. 305 § 2. Treść zarzutów kierowanych przeciwko oskarżonym była dosyć rozbudowana, toteż ich dokładne przytaczanie nie jest wskazane, zważywszy na cele stojące przed opracowaniem. Warto zwrócić uwagę jedynie na najważniejsze tezy oskarżenia, potwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym, bezpośrednio odnoszące się do czynu określonego w art. 305 k.k. Pierwszy z oskarżonych uznany został za winnego niedopełnienia obowiązków. Jako członek komisji kwalifikacyjnych i przetargowych, powołanych w celu sprzedaży nieruchomości należących do Skarbu Państwa, wystąpił do właściwej dla ich położenia gminy o wydanie wypisu

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.).

² Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu prawnego (Dz. U. z 1994 r. Nr 126, poz. 615).

i wrysu z planu zagospodarowania przestrzennego. Nie zadał przy tym pytania, czy przystąpiono do zmiany obowiązującego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania tych nieruchomości, mimo że z wcześniejszych informacji wynikało, iż jest ono na etapie opracowywania zmiany. Wskutek tego zaniechania (przemilczenia – ustawowe znamię czynu, *uzup. Z.K.*) w ogłoszeniach przetargów ustnych ograniczonych pominięta została istotna okoliczność, mająca znaczenie dla zawarcia umów sprzedaży tychże nieruchomości. Zaistniałe okoliczności powodowały, że przetarg na sprzedaż nieruchomości powinien mieć charakter nieograniczony, a nie – ograniczony, jak w przypadku gruntów przeznaczonych pod uprawy polowe. Oskarżony został następnie przewodniczącym komisji przetargowej przeprowadzającej postępowanie kwalifikacyjne do udziału w przetargach ograniczonych na sprzedaż tych nieruchomości, w wyniku czego sprzedane zostały one jako grunty przeznaczone pod uprawy polowe, poniżej wartości możliwej do uzyskania w przetargu nieograniczonym nieruchomości.

Drugiemu z oskarżonych zarzucono poświadczenie nieprawdy w wypisie z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Zatajona została bowiem informacja, że gmina jest na etapie opracowywania zmiany studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego. Następstwem opisywanych wydarzeń było przemilczenie w ogłoszeniach przetargów ustnych ograniczonych istotnej okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umów sprzedaży tychże nieruchomości. Oskarżony został członkiem komisji przetargowej i doprowadził do sprzedaży gruntów poniżej wartości możliwych do uzyskania w przetargu nieograniczonym.

Trzeci z oskarżonych, będący rzeczoznawcą, na podstawie umowy zawartej z Agencją Nieruchomości Rolnych, w ramach prowadzonej na podstawie ustawy procedury przetargowej wydał fałszywe dokumenty w postaci operatów szacunkowych, określających wartość rynkową tych nieruchomości. Poświadczenie nieprawdy dotyczyło stanu prawnego związanego z przeznaczeniem tych działek, w szczególności obejmując zatajenie dokonanych zmian studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego.

Apelację od wyroku skazującego wnieśli obrońcy oskarżonych oraz prokurator. Obrońca zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie prawa materialnego z art. 305 k.k. przez jego zastosowanie w sytuacji, gdy z opisu czynu wynikało, że oskarżony nie wypełnił swym działaniem znamion w postaci działania na szkodę właściciela mienia przez jej spowodowanie czy też narażenie na jej spowodowanie w ustalonej w śledztwie wysokości. Prokurator wniósł apelację, ale wyłącznie w zakresie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 296 k.k. Sąd apelacyjny uwzględnił częściowo jedynie apelację obrońców. Nie podzielił jednak ich stanowiska w przedmiocie odpowiedzialności za czyn z art. 305 § 2 k.k. W treści uzasadnienia sąd

odwoławczy zaznaczył, że nietrafiony jest wywód obrońcy, według którego odpowiedzialność na podstawie art. 305 § 2 k.k. uwarunkowana jest koniecznością ustalenia, iż zachowań tych dopuścić się można tylko w czasie trwania przetargu, albowiem takiego znamienia przepis ten nie zawiera.

Przystępując do oceny słuszności wydanego orzeczenia, podnieść należy, iż jego tezy koncentrują się wokół dwóch znamion, wchodzących do treści art. 305 k.k., tj. „działania na szkodę” i „publicznego charakteru przetargu”. Analizę zacząć należałoby od nawiązania do problematyki przetargu publicznego, co uczyni bardziej transparentnym dalsze rozważania prawnokarne i pozwoli ocenić słuszność komentowanego wyroku.

Zagadnienia przetargów unormowane zostały w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p.)³, w związku z czym postanowienia tej ustawy oddziaływać będą na wykładnię części znamion art. 305 k.k. Przez zamówienie publiczne należy, zgodnie z art. 2 pkt 13 u.p.z.p., rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Ustawa nie zawiera w sobie definicji przetargu, jednakże wspomnieć należy, że w art. 2 pkt 7a zdefiniowano postępowanie o udzielenie zamówienia. Rozumie się przez to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłanie zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub w wypadku zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania przedmiotu takiej umowy. Podstawowymi trybami udzielenia zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, na co zwrócił uwagę sąd w glosowanym wyroku.

Kontynuując, wypada przypomnieć, że zgodnie z art. 15 u.p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Dla potrzeb określenia oraz selekcji podmiotów przestępstwa z art. 305 § 2 k.k. kluczową rolę przypisać należy postanowieniom ust. 2 art. 15, albowiem zamawiający może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce lub osobie trzeciej. Osoby te działają jako pełnomocnicy zamawiającego. W związku z tym wpływ na kształtowanie odpowiedzialności karnej ma też art. 18 ust. 2 ustawy, według którego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności związane z przygotowaniem postępowania, a kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonanie zastrzeżonych dla niego czynności swoim pracownikom. Powołana do rozstrzygnięcia przetargu komisja przetargowa

³ Dz. U. z 2017 r. poz. 1579; obecnie Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.

jest zespołem pomocniczym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert. Osoby, które zostały powołane do składu komisji, stosownie do zakresu przyznanych im obowiązków i uprawnień, stają się podmiotami odpowiadającymi karnie za czyn, o którym tu mowa.

Szczególnym aktem wpływającym na indywidualizację odpowiedzialności karnej jest art. 21 ust. 3 ustawy. Na podstawie tego przepisu kierownik zamawiającego określa: organizację, skład (co najmniej trzy osoby), tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystość jej prac. Przywołać w związku z tym należy normę z art. 7 ust. 2 prawa zamówień publicznych, w którym podano, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzaniem postępowań wykonują osoby, zapewniające bezstronność i obiektywizm. Jak widać z zapisów tej ustawy znajdujemy tam odpowiednią paletę przepisów, które będą uwzględniane w procesie prawnokarnej oceny czynu karalnego z art. 305 § 2 k.k. Wśród osób zaliczanych do kręgu odpowiadających karnie na podstawie art. 21 ust. 4 wspomnianej ustawy zaliczani są biegli.

Odnosząc się do zapisów jednej z tez, w której mowa jest o publicznym charakterze ogłoszenia, należałoby wyjaśnić, że zwrot „publiczny” ma rozległy zasięg znaczeniowy i ogólnie oznacza „powszechnie dostępny, do powszechnego użytku, coś co jest przeznaczone do użytku powszechnego, zbiorowego”⁴. Teza, w świetle której szeroko rozumie się publiczny charakter przetargu, znajduje swoje oparcie w poglądach doktryny. Tu bowiem podziela się zapatrywanie, że nie ma znaczenia rodzaj przetargu, a więc, to, czy jest to przetarg nieograniczony, ograniczony, w trybie zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Wiodącą rolę przypisuje się publicznoprawnemu charakterowi instytucji, która przetarg organizuje oraz publicznemu charakterowi środków przeznaczonych na ten cel⁵. Tezę drugą komentowanego wyroku w świetle przedstawionych argumentów należy uznać za słuszną. Na tej podstawie oprócz przetargu ograniczonego ochronie przewidzianej w art. 305 § 2 k.k. podlegają również zamówienia publiczne: w postaci negocjacji z ogłoszeniem – art. 54 ustawy, dialog konkurencyjny – art. 60a, negocjacje bez ogłoszenia – art. 61, zamówienia z wolnej ręki – art. 66, zapytanie o cenę – art. 69, partnerstwo innowacyjne – art. 73a oraz licencja elektroniczna. Wszystkie bowiem informacje o tych formach zamówienia ogłaszane są publicznie, a więc

⁴ M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa-Kraków 2007, s. 97-98.

⁵ Zob. B. Kurzępa, *Przestępstwa związane z udzielanymi zamówieniami publicznymi*, „Prokurator” 2004, nr 4, s. 12-13.

są dostępne dla innych chętnych do wzięcia w nich udziału. Brak jest racjonalnych argumentów za wyłączeniem tych trybów zamówień publicznych spod zakresu ochrony karnoprawnej.

Przestępstwo opisane w art. 305 § 2 k.k. posiada charakter skutkowy, choć z opisu jego znamion można pozornie wyprowadzić nieco inny wniosek. To, że działanie na szkodę jest w rzeczywistości skutkiem, dostrzeżono już wcześniej, w sposób zbieżny w opublikowanym dotąd orzecznictwie sądowym⁶. W podobny sposób podchodzi do tego nauka prawa karnego. Nie stawia się wymogu spowodowania szkody, a jedynie trzeba wykazać sprawcy podejmowanie zachowań mogących taką szkodę spowodować⁷ bądź działanie sprawcy, które do niej prowadzi⁸. Szerzej na temat „działania na szkodę” wypowiedziała się w swoim czasie Oktawia Górniok. Zwróciła ona uwagę, że zwrot ten, użyty w przepisie, pojawia się w stosunkowo licznych typach przestępstw i nie wymaga ustalenia, iż została wyrządzona szkoda materialna⁹. Uzasadniła to dodatkowo uchwałą Trybunału Konstytucyjnego, w której zaznaczono, że wystarczające do spełnienia takiego stanu rzeczy jest doznanie uszczerbku w jakichkolwiek prawnie chronionych interesach¹⁰. Zważywszy na charakter przetargu, będą to interesy majątkowe zagrożone stratami na wypadek niepodpisania umowy bądź utratą zysków, spodziewanych do osiągnięcia w przyszłości.

Jako przestępstwo skutkowe w postaci narażenia na niebezpieczeństwo dobra chronionego staje się też ono łatwiejsze do procesowego udowodnienia. Wystarczy wykazać naruszenie procedur prowadzących do zgodnego z przepisami postępowania przetargowego, co zagraża wystąpieniem uszczerbku, a więc przyszłej szkody. Odpada konieczność ustalenia szczegółów szkody, którą można rozpatrywać jako szkodę rzeczywistą (*damnum emergens*) czy utracone korzyści (*lucrum cessans*). Oczywiście, jeśli szkoda rzeczywiście wystąpiła i możliwe staje się jej wyliczenie, wówczas okoliczność ta będzie dodatkowo wzmocniać podstawy oskarżenia. Przykładem działania na szkodę może okazać się błędne opisanie przedmiotu przetargu, skutkujące nieprawidłowym wydatkowaniem środków publicznych, z budżetu instytucji organizującej przetarg. Może też nim być wybór oferty, w której skutek zatajenia pewnych istotnych okoliczności o zwycięzcy przetargu okaże się, że nie posiada on możliwości serwisowania dostarczonego sprzętu, co generuje

⁶ Wyrok SN z 14.01.1999 r., V KKN 671/98, „OSN Prokuratura i Prawo” 1999, nr 6, poz. 9; wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNKW 2006, nr 1, poz. 19; postanowienie SN z 7.02.2012 r., V KK 402/11, „Biuletyn Prawa Karnego” 2012, nr 5, s. 22-24.

⁷ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 625-626.

⁸ Zob. J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Orzecznictwo. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 582.

⁹ Zob. O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXV i XXXVII k.k. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 93.

¹⁰ Uchwała TK z 18.11.1992 r., W 7/92, OTK w 1992 r., cz. II, poz. 34, s. 127.

konieczność wydatkowania kolejnych funduszy na ten cel, choć można było temu zapobiec na etapie wyboru oferty. Kolejny przykład to sytuacja, gdy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, przed podpisaniem umowy dokonuje cesji prac na rzecz innych przedsiębiorców, którzy nie uczestniczyli w postępowaniu przetargowym¹¹. Działaniem na szkodę właściciela mienia lub osoby czy instytucji, na rzecz której przetarg jest organizowany, staje się w tej sytuacji zachowanie podjęte w zamiarze bezpośrednim, polegające na naruszeniu oczywistych przepisów prawa zamówień publicznych, przez co pojawia się stan obawy o prawidłowość prowadzonego przetargu. Stan obawy staje się skutkiem samym w sobie. Skutkiem tym może być również niemożność lub trudność w rozwiązaniu niekorzystnej umowy, wynikająca z przepisów proceduralnych.

W zestawieniu z typem przestępstwa ujętego w art. 305 § 1 k.k. w § 2 nie wymaga się od sprawcy działania dodatkowego o charakterze kierunkowym, podjętego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Zamiast tego jednak niezbędne jest wykazanie, co rzeczywiście świadczy o działaniu na szkodę właściciela mienia lub osoby albo instytucji, na rzecz których przetarg jest organizowany.

Rozstrzygnięcia znajdujące się w obydwu poddawanych ocenie tezach wyroku w sposób właściwy wpisują się w trwający proces wykładni przepisu art. 302 § 2 k.k. Wskazują one nie tylko na kierunek zgodny z dotychczasowym dorobkiem orzecznictwem i opinią doktryny, lecz także, zważywszy na ocenę poszczególnych rodzajów przetargów publicznych, uzupełniają dotychczasowy dorobek naukowy z tego zakresu. Biorąc pod uwagę specyfikę i złożoność problematyki przetargów, należy liczyć się z możliwością innego niż dotąd spojrzenia na interpretację ustawowych znamion przepisu, która powstanie na fundamencie doświadczeń praktycznych w nieodległej przyszłości. Mimo tych uwag, w świetle aktualnego stanu wiedzy oraz dorobku nauki, głosowane orzeczenie należy zaaprobować.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

- Górniok O., *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXV i XXXVII k.k. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 93.
Kurzępa B., *Przestępstwa związane z udzielanymi zamówieniami publicznymi*, „Prokurator” 2004, nr 4, s. 12-13.
Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 625-626.
Stahl M., *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa-Kraków 2007, s. 97-98.
Suwaj P.J., Kijowski R.D., *Patologie w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s. 687.
Wojciechowski J., *Kodeks karny. Orzecznictwo. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 582.

¹¹ Zob. P.J. Suwaj, R.D. Kijowski, *Patologie w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s. 687.

Akty normatywne

Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu prawnego (Dz. U. z 1994 r. Nr 126, poz. 615).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579. obecnie Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.).

Orzecznictwo

Postanowienie SN z 7.02.2012 r., V KK 402/11, „Biuletyn Prawa Karnego” 2012, nr 5.

Uchwała TK z 18.11.1992 r., W 7/92, OTK w 1992 r., cz. II, poz. 34.

Wyrok SN z 14.01.1999 r., V KKN 671/98, „OSN Prokuratura i Prawo” 1999, nr 6, poz. 9.

Wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNKW 2006, nr 1, poz. 19.

Comments to the judgement of the Appeal Court in Wrocław of 16.05.017, II Aka 35/17, Lex No. 2329069

SUMMARY

Offences related to the organisation and performance of public tenders are highly harmful in the social context. Not only are public institutions victims to such offences but also society at large is affected by the consequences of defectively selected bids. The judgement notes very important elements resulting in criminal liability for offences related to tenders – the definition of the notion of acting to the detriment of the tender organiser and the public nature of tenders. In effect, this has an impact on the protection limits of public tenders by penal law.

Key words: public procurement, tender, material loss, offence, penal liability