



RZECZPOSPOLITA POLSKA
MINISTER SPRAWIEDLIWOŚCI

Warszawa, dnia 12 MARCIA 2007 r.

DL-P 0700-16/07

BPS / DSK - 043 - 053 / 07

B14-I - 0700 - 43 / 07

GABINET MARSZAŁKA SENATU

BPS

wpiętno dn. 14.03.07

nr. 1266 podpis

Stowa Poczta Senatu
Wpłynęło dn. 14.03.07
nr. 2294
Kazur

Pan

Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu

Rzeczypospolitej Polskiej

SZANOWNY PANIE MARSZAŁKU

W odpowiedzi na oświadczenie Senatora Kazimierza Wiatra, dotyczące kwestii wykładni art. 305 Kodeksu karnego w kontekście komentarza autorstwa Jerzego Skorupki, zamieszczonego w bazie Lex, pod numerem publikacji 50230, uprzejmie przestawiam następujące stanowisko.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164 poz. 1163 z późn. zm.), określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie, w tym zasady podejmowania decyzji dotyczących zamówień publicznych oraz zasady odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Celem ustawy jest zapewnienie właściwego gospodarowania środkami publicznymi oraz ochrona interesu Skarbu Państwa i zasad równego traktowania podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym.

Jednym z przepisów chroniących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone na podstawie powołanej wcześniej ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz przetargi publiczne prowadzone na podstawie przepisów odrębnych, jest art. 305 § 1 i 2 Kodeksu karnego.

Konstrukcja przepisów art. 305 § 1 i 2 k.k., a konkretnie użycie w ich dyspozycji wyrazu „kto”, przesądza, iż statuują one przestępstwa powszechne. Ich sprawcą może być zatem zarówno osoba reprezentująca zamawiającego, dostawca lub wykonawca (oferent), jak i każda inna osoba niebiorąca bezpośredniego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub innym postępowaniu przetargowym. Warunkiem ponoszenia odpowiedzialności jest jedynie działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Sprawcą omawianych przestępstw może być również reprezentant zamawiającego, który w takim przypadku będzie działał na szkodę zamawiającego. W tym miejscu należy podkreślić, że nie dojdzie tu do dublowania ról procesowych oskarżonego i pokrzywdzonego, albowiem sprawcą będzie osoba zatrudniona przez zamawiającego lub działająca na jego rzecz na innej podstawie prawnej, bądź faktycznej. Przykładowo, na gruncie przepisów art. 585 § 1 i 2 ustawy z dnia 15 września 2000r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) sprawcą opisanego tam przestępstwa na szkodę spółki może być członek zarządu spółki, nawet wówczas, gdy jest właścicielem udziałów w tej spółce. Analogiczna sytuacja może zachodzić przy przestępstwie z art. 267 a ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. z 2003r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.), typizującym działanie, między innymi, osoby będącej członkiem zarządu lub rady spółdzielni na szkodę tej spółdzielni.

Teza artykułu Jerzego Skorupki, w której autor wyraża pogląd, że art. 305 § 1 k.k. nie znajdzie zastosowania do tzw. ustawienia przetargu, gdy stroną przestępnego porozumienia jest właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, jest jedynie jedną z wielu tez prezentowanych w piśmiennictwie. W bazie „Lex” zamieszczone są także tezy artykułów innych autorów: Adama

Bartosiewicza, Ryszarda Kubackiego, Waldemara Jarocho, Przemysława Szustakiewicza i Ryszarda Zakrzewskiego.

I tak na przykład Adam Bartosiewicz i Ryszard Kubacki twierdzą, że „Sprawcą zachowań opisanych w art. 305 k.k. może być (...) każdy człowiek (osoba fizyczna), nie wyłączając ani właściciela mienia objętego przetargiem (np. wchodzącego w porozumienie z uczestnikami przetargu, aby uzyskać jak najwyższą, nieuzasadnioną cenę), ani tej osoby, na rzecz której przetarg jest przeprowadzany. Wydaje się także, że nie ma przeszkód, aby sprawcą przestępstwa opisanego w art. 305 § 1 lub 2 k.k. mógł być prowadzący przetarg”.

Natomiast Przemysław Szustakiewicz wyraża przekonanie, że „W trakcie trzeciego etapu przetargu może dochodzić do największej liczby zdarzeń wyczerpujących znamiona czynu z art. 305 § 1 i 2 k.k. Sprawca może bowiem udaremnić przetarg poprzez działanie polegające na bezprawnym unieważnieniu przetargu. Przetarg zostaje unieważniony, chociaż jest więcej niż jedna oferta odpowiadająca wymaganiom ustawowym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem sprawcy może być bowiem doprowadzenie do sytuacji, gdy zamawiający zastosuje tryb niekonkurencyjny (np. zamówienie z wolnej ręki), który umożliwi zawarcie umowy z oferentem, z którym wszedł w porozumienie, działając na szkodę instytucji lub osoby. Sprawca może działać na szkodę instytucji, która przeprowadza postępowanie przetargowe albo na szkodę wykonawcy lub dostawcy, który wygrałby przetarg. Sprawca może także, działając w porozumieniu z innymi osobami na szkodę instytucji, doprowadzić do wyboru wbrew przepisom ustawy oferty, która nie jest najkorzystniejsza albo takiej, która podlegałaby odrzuceniu. Sprawca może także działać na szkodę instytucji, podając nieprawdziwe informacje dotyczące treści oferty i wyjaśnień jej treści złożonych przez zamawiającego. Śladem takiej działalności sprawcy może być zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych składane na podstawie art. 138 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.) przez organy kontroli i nadzoru”.

Zaznaczyć należy, że do istoty publicystyki prawniczej należy prezentowanie przez autorów swoich, często prywatnych, poglądów, które odbiorcy mogą albo podzielać, albo z nimi polemizować.

Analizując kwestię zakresu ochrony prawno-karnej przepisów art. 305 § 1 i 2 k.k., należałoby posiłkować się, jako bardziej miarodajnymi, komentarzami do Kodeksu karnego.

Z WYKAZAMI PRACOWNI I UKŁADAMI

Ministerstwo Sprawiedliwości

Andrzej Dudz

PROKURATOR