

**PRZESTĘPSTWO UDAREMNIANIA LUB UTRUDNIANIA  
PRZETARGU ALBO ROZPOWSZECHNIANIA INFORMACJI  
LUB PRZEMILCZANIA OKOLICZNOŚCI MAJĄCYCH ZNACZENIE  
DLA ZWARCIA UMOWY BĘDĄCEJ JEGO PRZEDMIOTEM  
W ŚWIETLE AKTUALNYCH REGULACJI PRAWNYCH ZE  
SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM PERSPEKTYWY  
SAMORZĄDU GMINNEGO**

**Abstrakt**

Przestępstwo przetargu publicznego polega na jego utrudnieniu lub udaremnieniu i może dotyczyć także samorządu gminnego. Gmina funkcjonuje bowiem w obszarze zamówień publicznych, realizując inwestycje i inne zдания. Problemem są rozbieżności interpretacyjne dotyczące tego przestępstwa, jak też jego wnioskowy tryb ścigania, gdy sprawa dotyczy przestępstwa z pokrzywdzeniem gminy.

**Słowa kluczowe:** przetarg publiczny, przestępstwo, utrudnianie, udaremnianie, samorząd gminny

Płaszczyzna zamówień publicznych zajmuje istotne miejsce w obszarze spraw publicznych, gdyż zarówno jej zakresy podmiotowy, jak i przedmiotowy są szerokie, co wynika z tego, że w toku postępowań o zamówienia publiczne uczestniczy wiele podmiotów tak po stronie instytucji organizujących przetargi, jak i przystępujących do nich, a będących zainteresowanymi w zawieraniu umów na roboty, usługi i dostawy w różnych dziedzinach. Jej funkcjonowanie wiąże się z dysponowaniem środkami publicznymi w celu realizowania zadań publicznych z wykorzystaniem potencjału podmiotów niepublicznych w takim znaczeniu, że to podmioty publiczne w drodze zamówień publicznych pozyskują dla realizacji zadań publicznych podmioty niepubliczne płacąc im za roboty, usługi i dostawy środkami publicznymi, a w konsekwencji podmioty niepubliczne zainteresowane są ich

uzyskiwaniem dla osiągnięcia własnych celów gospodarczych. Chodzi więc o to, aby z jednej strony system zamówień publicznych stwarzał jak najlepsze warunki dla racjonalnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz pozwalał osobom za to odpowiedzialnym wykonywać ich zadania w sposób jak najbardziej transparentny, z drugiej zaś o to, aby przedsiębiorcy mieli dostęp do zamówień publicznych na zasadach równości i konkurencyjności.

W płaszczyźnie tej udział mają jednostki państwowe i samorządowe, gdyż dysponują one środkami publicznymi, przy czym te drugie mając coraz to więcej zadań własnych i zleconych, funkcjonują w obszarze zamówień publicznych w coraz to większym zakresie, co w szczególności dotyczy gmin jako podstawowych jednostek samorządu terytorialnego. Wszak zadania między innymi z zakresu budowy, remontów oraz utrzymania dróg, sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, budowy oraz rozbudowy szkół i placówek oświatowych, jak też infrastruktury z nimi związanej, w tym sportowej, rekreacyjnej i dydaktycznej, a także zakupu pojazdów, dostaw opału, energii elektrycznej, jak również co do udzielania kredytów i innych obszarów wymagają przeprowadzania przetargów będących zasadniczą formą udzielania zamówień publicznych.

Podstawowe znaczenie normatywne dla zamówień publicznych ma ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>, która określa zasady i tryb ich udzielania, jak też ich kontrolę, środki ochrony prawnej oraz organy właściwe w sprawach zamówień publicznych. Jej regulacje w sposób zasadniczo wyczerpujący regulują problematykę zamówień publicznych, przewidując także odpowiedzialność za naruszenie jej przepisów opartą o kary pieniężne. Jednakże stanowi ona jedynie jedną z postaci odpowiedzialności w tym zakresie, gdyż dla prawidłowego przebiegu przetargów w zakresie zamówień publicznych ustawodawca przewiduje także odpowiedzialność karną na gruncie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.



którego art. 305 statuuje przestępstwo udaremniania lub utrudniania przetargu albo rozpowszechniania informacji lub przemilczania okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej jego przedmiotem. Nie jest to jedyny przepis tego aktu prawnego, który może znaleźć zastosowanie w związku z przestępczymi zachowaniami związanymi z przeprowadzaniem przetargów, gdyż w grę wchodzić mogą także inne przepisy, w szczególności dotyczące innych przestępstw przeciwko ochronie obrotu gospodarczego, przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, przeciwko ochronie informacji, przeciwko wiarygodności dokumentów, ale ma on znaczenie zasadnicze. Dlatego w pracy poświęconej różnym aspektom funkcjonowania samorządu gminnego warto jest pochylić się nad tym przestępstwem, które pozostaje wprawdzie opisane dość szeroko w dotychczasowym dorobku doktryny prawa karnego, ale przede wszystkim w publikacjach z zakresu prawa karnego, a w konsekwencji znane jest przede wszystkim specjalistom z zakresu tej dziedziny prawa, gdy tymczasem ma ono istotne znaczenie dla osób zainteresowanych różnymi aspektami działalności samorządu terytorialnego, w tym gminnego. W przedmiotowym opracowaniu nie chodzi przy tym o to, aby zanurzać się w szczegóły ustawowych znamion i ustawowego zagrożenia karą analizowanego przestępstwa, gdyż te pozostają przedmiotem rozstrzygnięć licznych komentarzy do kodeksu karnego oraz innych publikacji specjalistycznych, lecz o to, aby zwięźle odnieść się do nich mając na względzie perspektywę samorządu gminnego odnośnie do zamówień publicznych.

Jak trafnie wskazuje M. Bojarski przedmiotem ochrony art. 305 k.k. jest prawidłowość i rzetelność przetargów publicznych oraz interesy majątkowe podmiotów uczestniczących w takich przetargach<sup>3</sup>. Analogicznie co do istoty, aczkolwiek nieco szerzej, przedmiot ten postrzega R. Góral, według którego przepis ten

---

<sup>3</sup> J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar (red.), W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. S. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1264.

chroni właściwą organizację i prawidłowy oraz rzetelny przebieg przetargu publicznego, jak też interes właściciela mienia i uczestników przetargu przed działaniami mającymi na celu osiągnięcie korzyści majątkowej ze szkodą dla tych podmiotów, a w konsekwencji chroni prawidłowy obrót gospodarczy<sup>4</sup>. Rzeczywiście, jeśli chodzi o rodzajowy przedmiot ochrony, to jest nim obrót gospodarczy, o czym świadczy to, że analizowany przepis zamieszczony jest w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, a jest to pierwszorzędny przedmiot ochrony, gdyż jako drugorzędny przedmiot ochrony widzieć tu trzeba także prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządowych, w tym gmin, które organizują przetargi publiczne. Zresztą w ustawie z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny<sup>5</sup> analogiczny do dzisiejszego art. 305 k.k. jego art. 245 k.k. umiejscowiony był w rozdziale XXXII „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych”, co powodowało konieczność innego aniżeli aktualnie postrzegania bezpośredniego przedmiotu ochrony, który nie tylko poprzez ten pryzmat dostrzegać należy nadal, gdyż ma on także swoje merytoryczne uzasadnienie.

Słusznie zauważa przy tym J. Skorupka, że ustawa Prawo zamówień publicznych poza przetargiem nieograniczonym i przetargiem ograniczonym, które to swoją ochroną obejmuje art. 305 k.k., reguluje też inne sposoby udzielania zamówień publicznych, w tym negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę oraz licytację elektroniczną. Jest więc tak, że liczba trybów udzielania zamówień publicznych dopuszczonych przez przedmiotową ustawę nie pokrywa się z ochroną, jaką wynika z art. 305 k.k., gdyż przepis ten chroni jedynie prawidłowość przetargów publicznych, poza zakresem ochrony pozostawiając inne sposoby udzielania zamówień publicznych. Ponadto zakres ustawy Prawo zamówień publicznych jest węższy od zakresu ochrony, jaką poręcza art. 305 k.k., gdyż ustawa ta reguluje jedy-

---

<sup>4</sup> R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 535.

<sup>5</sup> Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.



nie nabywanie dostaw, usług i robót budowlanych, a art. 305 k.k. dotyczy także przetargów, w drodze których podmioty publiczne zbywają rzeczy<sup>6</sup>. W konsekwencji, gdyby w jakiejś gminie doszło do nieprawidłowości w sferze zamówień publicznych realizowanych w drodze przetargu publicznego, to można by na gruncie art. 305 k.k. rozważać odpowiedzialność karną z tym związaną, co nie byłoby możliwe w przypadkach innych sposobów udzielania zamówień publicznych, co ukazuje stosunkowo wąsko ujęty przedmiot ochrony obszaru zamówień publicznych. Być może de lege ferenda rozważać można jego rozszerzenie także na inne tryby zamówień publicznych, co oczywiście jeśli już mogłoby dotyczyć całej sfery zamówień publicznych, a nie tylko realizowanych w gminach. Swoistą rekompensatą jest w tym zakresie jednak to, że przedmiot ochrony art. 305 k.k. jest też szerszy o zbywanie rzeczy, jak choćby działek budowlanych, terenów inwestycyjnych, wyeksploatowanych pojazdów lub urządzeń, a zatem, gdyby w samorządzie gminnym miały miejsce nieprawidłowości w tym zakresie, to możliwe byłoby ewentualne sięgnięcie do odpowiedzialności karnej opartej o analizowany przepis.

Zgodnie z art. 305 §1 k.k. 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. Natomiast art. 305 §2 k.k. stanowi, że 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. Za R. Zawłockim wskazać więc należy, że ustawo-

---

<sup>6</sup> J. Bojarski, J. Długosz, E. Guzik - Makaruk, E. Hryniewicz, P. Kardas, M. Kulik, A. Marek, B. Michalski, T. Oczkowski, J. Piskorski, E. Pływaczewski, J. Skorupka, R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, Warszawa 2011, s. 691 - 692.

dawca uznaje za karalne następujące alternatywne czynności: udaremnianie przetargu publicznego, utrudnianie przetargu publicznego, wejście w porozumienie z inną osobą, rozpowszechnianie informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, przemilczanie istotnej okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, wejście w porozumienie z inną osobą w związku z przetargiem publicznym<sup>7</sup>. Poszczególne z tych czynności sprawczych wymagają wyjaśnienia, tym bardziej, że niektóre z nich mogą rodzić trudności interpretacyjne mogące mieć istotny wpływ na praktyczne stosowanie art. 305 k.k., w tym odnośnie do gmin organizujących przetargi w celu realizacji zamówień publicznych.

Jeśli chodzi o udaremnianie przetargu publicznego to, jak zasadnie wskazuje M. Kulik, polega ono na doprowadzeniu do nieodbycia się przetargu, zaś utrudnianie to zakłócanie procedury przetargowej, odbywające się na szkodę właściciela mienia lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, a w konsekwencji wejście w porozumienie stanowi w istocie przygotowanie do udaremnienia lub utrudnienia przetargu. Natomiast rozpowszechnienie w rozumieniu przedmiotowego przepisu niekoniecznie musi oznaczać uczynienie informacji znanymi nieokreślonymu z góry kręgowi podmiotów, gdyż wystarczy, jeżeli sprawca ujawni informację określonymu z góry, lecz szerszemu kręgowi osób, na przykład części uczestników przetargu. Przemilczanie informacji zachodzi zaś wówczas, kiedy sprawca ma obowiązek ich ujawnienia, czego jednak nie czyni. Wejście w porozumienie w tym przypadku stanowi zarówno przygotowanie do wskazanych powyżej czynności, jak też samodzielną odmianę przedmiotowego czynu zabronionego<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> O. Górniok, W. Koziół, E. Pływaczewski, B. Kunicka - Michalska, R. Zawłocki (red.), B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222 - 316*, Warszawa 2010, s. 1564.

<sup>8</sup> M. Budyn - Kulik, P. Kozłowska - Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 637.



Rację ma przy tym R. Zawłocki, że pojęcie czynności sprawczej w postaci wejścia w porozumienie z inną osobą, jako samodzielnej czynności karalnej, jest trudne do zdefiniowania, gdyż ustawodawca nie precyzuje treści tego przestępnego porozumienia, a trudno też ją wyinterpretować z przepisów art. 305 §1 i 2 k.k.<sup>9</sup>. Autor ten odwołuje się do stanowiska W. Wróbla, z którym zgadza się co do tego, że przepis ten w tym zakresie narusza konstytucyjną zasadę określoności czynu zabronionego, o której mowa w art. 42 ustawy zasadniczej<sup>10</sup>, który to pogląd reprezentowała także O. Górniok<sup>11</sup>. Rzeczywiście zasada *nullum crimen sine lege certa* wymaga od ustawodawcy unikania sformułowań, których nie sposób należycie zinterpretować co do tego, jaki jest ich zakres znaczeniowy, a w konsekwencji rozważać można *de lege ferenda* usunięcie tej postaci czynności sprawczej z przedmiotowego przepisu, tym bardziej, że nie wydaje się, aby w praktyce odgrywała ona samodzielną rolę w takim znaczeniu, że jeżeli już ma miejsce przestępstwo z art. 305 k.k. to w innej postaci aniżeli tylko przestępne wejście w porozumienie, co dotyczy także ewentualnych nieprawidłowości w tym zakresie na gruncie zamówień publicznych realizowanych przez gminy.

Problematyczne co do wykładni jest także działanie sprawcy tego przestępstwa polegające na rozpowszechnianiu informacji, gdyż jak wskazuje L. Gardocki przepis nie mówi, w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującego w tym zakresie uregulowania, że rozpowszechniane informacje mają być nieprawdzie, nie ulega jednak wątpliwości, że rozpowszechnianie prawdziwych informacji nie może być przestępstwem, nawet jeśli jest to niekorzystne dla osoby lub instytucji, na której rzecz

---

<sup>9</sup> O. Górniok, W. Koziulewicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka - Michalska, R. Zawłocki (red.), B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, op. cit., s. 1565.

<sup>10</sup> G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska - Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278 - 363 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 475.

<sup>11</sup> O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdziały XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 94 - 95.

dokonuje się przetarg<sup>12</sup>, który to pogląd reprezentował także A. Marek pisząc o rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji<sup>13</sup>. Odmiennego zdania co do tej postaci czynności sprawczej była O. Górniok, zdaniem której nie ma tu znaczenia, czy rozpowszechniane wiadomości są prawdziwe, czy też nie<sup>14</sup>, z czym zgadza się M. Kulik<sup>15</sup>, który to pogląd zasługuje na aprobatę. W szczególności na gruncie przetargów organizowanych przez gminy do wyobrażenia jest bowiem sytuacja, że pracownik urzędu gminy mający dostęp do dokumentacji przetargowej, w tym do ofert nadsyłanych przez uczestników przetargu, podstępnie otwiera je zapoznając się z nimi po to, aby poinformować innych przedsiębiorców o szczegółach ofert, w następstwie czego mogą oni złożyć w wymaganym terminie oferty korzystniejsze, czego nie mogli by uczynić bez posiadanych informacji, które wszak są prawdziwe, ale zostały rozpowszechnione w sposób bezprawny.

Dla bytu przestępstwa z art. 305 §1 k.k. niezbędnym jest, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W grę nie wchodzi tu jednak działanie w celu osiągnięcia korzyści osobistej, co stanowi istotne i nieuzasadnione ograniczenie kryminalizacji w tym zakresie, gdyż nie powinno być żadnej różnicy w zakresie celu działania sprawcy pomiędzy chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej czy też osobistej, które to na równi warunkują zaistnienie innych przestępstw tak przeciwko obrotowi gospodarczemu, jak w przypadku korupcji gospodarczej z art. 296a k.k., jak też przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, w tym sprzedajności z art. 228 k.k., przekupstwa, o którym mowa w art. 229 k.k., płatnej protekcji z art. 230 k.k. oraz handlu wpływami stypizowanego w art. 230a k.k. Jest przy tym tak, jak trafnie ujął to A. Marek, że korzyścią majątkową są wszelkiego rodzaju świadczenia, któ-

---

<sup>12</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 339 - 340.

<sup>13</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 568.

<sup>14</sup> O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 479.

<sup>15</sup> M. Budyn - Kulik, P. Kozłowska - Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*, op. cit., s. 637.



rych wartość da się wyrazić w pieniądzu, a więc mogą to być świadczenia w gotówce, darowizny, pożyczki na wyjątkowo atrakcyjnych zasadach, zaś przez korzyść osobistą rozumie się świadczenia o charakterze niemajątkowym, które mają znaczenie dla uzyskującego je, polepszają jego sytuację, a nawet oznaczają określoną przyjemność, czego przykładem może być pomoc w uzyskaniu zatrudnienia, organizowanie atrakcyjnych wyjazdów na preferencyjnych warunkach, a nawet kontakty seksualne<sup>16</sup>. Postulować więc *de lege ferenda* trzeba, aby także w art. 305 §1 k.k. cel działania sprawcy oprócz korzyści majątkowej obejmował też korzyść osobistą. W perspektywie gmin i organizowania przez nie przetargów publicznych do wyobrażenia są przypadki, kiedy to na przykład wójt, burmistrz lub prezydent miasta ustawia przetarg i gdy czyni to w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w postaci określonej kwoty pieniędzy, co wypełnia znamiona przedmiotowego przestępstwa, zaś gdy analogiczne jego zachowanie polega na osiągnięciu korzyści osobistej na przykład w postaci zatrudnienia kogoś z jego najbliższych przez przedsiębiorcę przystępującego do przetargu w zamian za jego rozstrzygnięcie na jego rzecz, to wówczas zachowanie takie nie stanowi przedmiotowego przestępstwa, co jest niedorzecznością, ale spowodowaną takim a nie innym brzmieniem analizowanego przepisu *de lege lata*.

Natomiast przestępstwo z art. 305 §2 k.k. ma miejsce wówczas, gdy sprawca działa na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji na rzecz której przetarg jest dokonywany, a zatem wówczas, gdy działanie lub zaniechanie sprawcy nie doprowadziło lub nie mogło doprowadzić do takiej szkody przestępstwo nie zachodzi, choć jego niezbędnym warunkiem nie jest jej spowodowanie, lecz także podejmowanie zachowań mogących taką szkodę spowodować. Przykładowo zatem, gdyby przewodniczący komisji przetargowej w gminie rozpowszechniał informacje istotne dla przetargu publicznego, ale przetarg odbył się i w jego drodze wyłoniono wykonawcę robót po cenie

---

<sup>16</sup> A. Marek, *Kodeks karny*, op. cit., s. 430 - 431.

korzystnej dla gminy, a w konsekwencji gmina nie poniosła jakiegokolwiek szkody, to jego pociągnięcie do odpowiedzialności karnej na podstawie przedmiotowego przepisu nie wchodziłoby w grę, co także daje asumpt do twierdzenia, że zakres ochronny tego przepisu jest mocno okrojony, gdyż dla jego zastosowania ustawodawca wymaga przynajmniej narażenia na taką szkodę, a w konsekwencji także w tym zakresie potrzeba nowelizacji, w następstwie której samo już działanie sprawcy w sposób określony w przepisie bez konieczności spowodowania szkody lub jej zagrożenia przesądzałyby o bycie przedmiotowego przestępstwa.

Rację ma R. Zawłocki, że podmiotem czynów określonych w art. 305 §1 i 2 k.k. może być każda osoba podlegająca odpowiedzialności karnej, a zatem są to przestępstwa powszechne, choć w zakresie czynności wskazanej w art. 305 §2 k.k. w postaci przemilczenia istotnych okoliczności przestępstwo to należy uznać za indywidualne, albowiem czynność tą może zrealizować wyłącznie osoba zobowiązana do informowania. Autor ten słusznie wskazuje także, że przestępstwo z art. 305 §1 k.k. można popełnić umyślnie wyłącznie z zamiarem bezpośrednim kierunkowym, gdyż w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zaś przestępstwo z art. 305 §2 k.k. także umyślnie, ale z zamiarem bezpośrednim albo ewentualnym<sup>17</sup>, który to pogląd reprezentuje także R. Góral<sup>18</sup> oraz M. Bojarski, według którego przestępstwo z art. 305 §1 k.k. można popełnić tylko umyślnie w postaci zamiaru bezpośredniego, a uzależnione jest to od stwierdzenia celu działania sprawcy, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej, zaś przestępstwo z art. 305 §2 k.k. można popełnić tylko umyślnie, a więc wtedy, gdy sprawca celowo na przykład rozpowszechnia określone informacje, a także wtedy, gdy godzi się na to, że dotrą one do bliżej nieokreślonej liczby osób i spowodują określoną podstawę zawarcia umowy będącej przedmiotem

---

<sup>17</sup> O. Górniok, W. Koziół, E. Pływaczewski, B. Kunicka - Michalska, R. Zawłocki (red.), B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, op. cit., s. 1570 - 1571.

<sup>18</sup> R. Góral, *Kodeks karny*, op. cit., s. 536.



przetargu<sup>19</sup>. Innego zdania w tej kwestii był A. Marek, zdaniem którego wobec braku bliższych określeń ustawowych stroną podmiotową obu form przestępstwa może wypełniać zamiar bezpośredni lub ewentualny<sup>20</sup>, a podobne zapatrywanie wydaje się reprezentować także J. Skorupka, który uważa, że sprawca czynów zabronionych z art. 305 §1 i 2 k.k. musi działać umyślnie w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym, a sprawca przestępstwa z art. 305 §1 k.k. musi ponadto działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej<sup>21</sup>, którego to poglądu nie można zaakceptować, gdyż przecież działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej możliwe jest tylko w zamiarze bezpośrednim kierunkowym.

Przedmiotowe przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3, co wydaje się być sankcją stosunkowo surową z uwagi na brak alternatywy w postaci zagrożenia karą grzywną i karą ograniczenia wolności, które w przypadkach mniejszej wagi także mogłyby okazać się adekwatne do wagi czynu i właściwości sprawcy, choć jak trafnie wskazuje W. Wróbel sąd powinien w oparciu o art. 58 §3 k.k. rozważyć możliwość orzeczenia, w miejsce kary pozbawienia wolności, grzywny lub kary ograniczenia wolności, jak też, że może tu mieć zastosowanie art. 59 k.k.<sup>22</sup>. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, sąd może orzec zamiast kary pozbawienia wolności grzywnę albo karę ograniczenia wolności do lat 2, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny, zaś

---

<sup>19</sup> J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar (red.), W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. S. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny*, op. cit., s. 1267.

<sup>20</sup> A. Marek, *Kodeks karny*, op. cit., s. 568.

<sup>21</sup> J. Bojarski, J. Długosz, E. Guzik - Makaruk, E. Hryniewicz, P. Kardas, M. Kulik, A. Marek, B. Michalski, T. Oczkowski, J. Piskorski, E. Pływaczewski, J. Skorupka, R. Zawłocki (red.), *System prawa*, op. cit., s. 694.

<sup>22</sup> G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska - Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, op. cit., s. 482.

według drugiego jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, a cele kary zostaną przez ten środek osiągnięte. W przypadkach przestępczych nadużyć przy przetargach w gminach w grę wchodzić może orzekanie środków karnych zakazu zajmowania stanowiska, wykonywania zawodu, jak też naprawienia szkody wyrządzonej szkody, a zatem sięganie do instrumentów łagodzenia kar i odstępowania od ich wymierzania byłoby formalnie w pełni możliwe, oczywiście przy spełnieniu ku temu merytorycznych przesłanek.

Zgodnie z art. 305 §3 k.k. jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w §1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego. Rozwiązanie to istotnie ogranicza możliwości ścigania przedmiotowych zachowań, gdyż zgodnie z art. 17 §1 pkt 10 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego<sup>23</sup> nie wszczyna się postępowania, w wszczęte umarza, gdy brak jest wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, co stanowi jedną z negatywnych przesłanek procesowych, a inaczej przeszkód procesowych. Zgodnie zaś z art. 12 §1 tego aktu prawnego w sprawach o przestępstwa ścigane na wniosek postępowanie z chwilą złożenia wniosku toczy się z urzędu, a organ ścigania poucza osobę uprawnioną do złożenia wniosku o przysługującym jej uprawnieniu, przy czym na podstawie art. 12 §3 k.p.k. wniosek o ściganie może być cofnięty w postępowaniu przygotowawczym za zgodą prokuratora, a w postępowaniu sądowym za zgodą sądu do rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej.

W konsekwencji, jeśli chodzi o przestępstwo z art. 305 §1 lub 2 k.k. popełnione w związku z przetargiem organizowanym przez gminę, to jego ściganie jest możliwe właśnie w trybie wnioskowym, gdyż za W. Wróblem wskazać trzeba, że Skarb

---

<sup>23</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.



Państwa nie jest podmiotem komunalnych praw majątkowych, a zatem w przypadku, gdy pokrzywdzonym jest jednostka samorządu terytorialnego, w tym gmina, dla wszczęcia ścigania konieczne jest złożenie wniosku przez uprawniony organ tej jednostki<sup>24</sup>, co jest rozwiązaniem absolutnie nieprawidłowym, gdyż przestępstwo to także powinno być ścigane z urzędu, a zatem postulować należy nowelizację w tym zakresie, w następstwie której tak właśnie byłoby. Nie jest to uwaga nowatorska na gruncie doktryny prawa karnego, gdyż kwestię tę tak postrzegała O. Górniok, zdaniem której ściganie z urzędu powinno obejmować także działanie na szkodę jednostek samorządu terytorialnego, które często korzystają z instytucji przetargu publicznego, ponosząc szkody w wyniku działań lub zaniechań także pracowników tych jednostek<sup>25</sup>, z czym zgadzał się także A. Marek<sup>26</sup>.

Nie przekonuje przy tym zupełnie uzasadnienie takiego trybu ścigania zawarte w rządowym uzasadnieniu do obowiązującego Kodeksu karnego, według którego rozwiązanie takie zmierza do ograniczenia spraw rozstrzyganych przed sądami, umożliwienie zawierania ugody pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym i rozwiązanie powstałego konfliktu społecznego przez naprawienie szkody<sup>27</sup>. Oczywiście kompensacyjna funkcja prawa karnego jest bardzo ważna, ale nie może ona być dominującą, gdy chodzi o przestępstwo sprowadzające się do nadużyć w związku z gospodarowaniem środkami publicznymi, co byłoby ewentualnie bardziej racjonalne, gdyby chodziło o środki prywatne, z czym jednak nie mamy do czynienia na gruncie przestępstwa z art. 305 §1 lub 2 k.k., gdy chodzi o nadużycia w związku z przetargami prowadzonymi przez jednostki samorządu terytorialnego, w tym gminnego.

---

<sup>24</sup> G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska - Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, op. cit., s. 483.

<sup>25</sup> O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, op. cit., s. 480.

<sup>26</sup> A. Marek, *Kodeks karny*, op. cit., s. 568.

<sup>27</sup> *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 212.

W aktualnym stanie prawnym ważną kwestią pozostaje kto może złożyć wniosek o ściganie przedmiotowego przestępstwa, gdy zachodzi jego podejrzenie w związku z przetargiem w gminie. Z pomocą przychodzi w tym zakresie art. 51 §1 k.p.k., zgodnie z którym za pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną czynności procesowych dokonuje organ uprawniony do działania w jego imieniu, co w przypadku gminy daje takie kompetencje wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta, a także przewodniczącemu rady gminy lub miasta. Problem pojawia się jednak wówczas, gdy osoby te nie są zainteresowane w złożeniu wniosku o ściganie albo wręcz z uwagi na zaangażowanie w ustawianie przetargów są zainteresowane w nieskładaniu wniosku, który przynajmniej częściowo można jednak rozwiązać dzięki regulacji art. 49 §4 k.p.k., z której wynika, że w sprawach o przestępstwa, którymi wyrządzono szkodę w mieniu instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, jeżeli nie działa organ pokrzywdzonej instytucji, prawa pokrzywdzonego mogą wykonywać organy kontroli państwowej, które w zakresie swojego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania. Z perspektywy funkcjonowania gmin organami taki w szczególności są regionalne izby obrachunkowe, ale także Najwyższa Izba Kontroli oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne.

Jak trafnie podkreśla W. Cieślak przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, do których należy także przestępstwo udaremniania lub utrudniania przetargu albo rozpowszechniania informacji lub przemilczania okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej jego przedmiotem, chronią ten obrót, który jest jedną z podstaw funkcjonowania państwa oraz społeczeństwa<sup>28</sup>. Dla tego funkcjonowania potrzeba w szczególności rzetelnych i zgodnych z prawem działań jednostek samorządu terytorialnego, w tym gmin będących przecież wspólnotami mieszkańców im najbliższymi, których zadania w zakresie realizowania różnych zadań publicznych na ich rzecz z wykorzystaniem środków publicznych gwarantuje między innymi system

---

<sup>28</sup> W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 335.



zamówień publicznych, który powinien działać bez potrzeby ingerencji prawa karnego, co do którego zawsze najbardziej pożądanym jest, aby pozostawało ono w sferze abstrakcyjnego zagrożenia, a nie konkretnego wykorzystywania dla pociągania do odpowiedzialności sprawców naruszeń prawa. Niestety sfera zamówień publicznych i organizowanych w ich toku przetargów stanowi bardzo kuszący kąsek tak dla przedstawicieli podmiotów, na rzecz których przetargi są organizowane, jak i dla przedsiębiorców będących ich uczestnikami, co wiąże się w szczególności z dużymi środkami finansowymi, na które zamówienia te opiewają, a które to środki pozostają w znacznej części w dyspozycji gmin.

**The offence of pre-empting or hampering a tender, or disseminating information or concealing the circumstances relevant to concluding an agreement being the subject of the tender — in the light of current legal regulations with particular emphasis on the perspective of a local self-government**

**Abstract**

A public tender offence consists in obstructing or thwarting the tender, which may also refer to a municipal self-government. A municipality functions within the confines of public tenders, realizing investments and other tasks. The problem is that differences in interpretation of that offence occur, as well as its proposed criminal prosecution when the matter relates to an offense detrimental to the municipality.

**Keywords:** public tender, crime, obstruction, thwarting, municipal self-government